RASSEGNA GIURIDICA UMBRA

2008-2

Fondazione Forense di Perugia
Giovanni Dean

INDICE-SOMMARIO

Pag.

DIRITTO CIVILE

Corte di Cassazione, 21 gennaio 2008, n. 1218 e Corte d'appello di Perugia, 7 ottobre 2002, con note di ANDREA SASSI, *Nullità del contratto e principio dispositivo* e di LUIGI SCONOCCHIA SILVESTRI, *Modifica di elementi dell'obbligazione e fattispecie novative* 385

Corte d'appello di Perugia, 11 giugno 2008, con nota di CLAUDIA RUZZICONI, *Interposizione illecita nel rapporto di lavoro, appalto di servizi e nuovi profili in tema di poteri dell'appaltatore* 404

Tribunale di Perugia, 23 febbraio 2005, con nota di ANGELA MARIA SPALAZZI CAPRONI, *La responsabilità da contagio per sangue infetto* 416

Tribunale di Perugia, 18 aprile 2006, con nota di IRENE LONGO, *Alcune osservazioni sull'affidamento condiviso dei figli* 428

Tribunale di Perugia, 14 marzo 2007, con osservazioni di ANTONIO MARINCOLO e LUCA MARZULLO 435

Tribunale di Perugia, 15 gennaio 2008 439

Tribunale di Perugia, 19 marzo 2008 445

Tribunale di Perugia, 17 giugno 2008, con nota di MARIA AMELIA, *Brevi note in tema di efficacia del giudicato penale nel giudizio civile di risarcimento del danno* 454

Tribunale di Perugia, 20 novembre 2008 (decr.), con nota di GOFFREDO ZUDDAS, *Soggetto in stato vegetativo permanente e amministrazione di sostegno* 460

Giudice di Pace di Perugia, 19 novembre 2007, con nota di ELIGIO IANNUZZIELLO e FRANCESCA INNOCENZI, *La notificazione dei provvedimenti della pubblica ammininistrazione* 468

DIRITTO PENALE

Corte di Cassazione, 16 dicembre 2008, con nota di CHIARA LAZZARI, *Postille in tema di consussione* 477

Corte d'appello di Perugia, 23 ottobre 2007, con nota di LARA GREGO, *La correlazione tra imputazione e sentenza* 488

Corte d'assise di Perugia, 24 novembre 2007, con osservazioni di DANIELA FALCINELLI 506

Pag.

Tribunale di Perugia, 26 novembre 2008, con nota di DANIELA FALCINELLI, *La regola del sospetto, nel "testo" e nel "contesto" del delitto di trasferimento fraudolento di valori* 556

G.U.P. Tribunale di Perugia, 28 maggio 2008, con nota di ALESSANDRO G. CANNEVALE, *L'elemento soggettivo del reato di calunnia nelle ipotesi di falsa denuncia di abuso d'ufficio* 582

DIRITTO PUBBLICO

Corte dei Conti, 8 aprile 2008..... 603

T.A.R. Umbria, 20 maggio 2008, con nota di GIORGIO VERCILLO, *Brevi note sul regime giuridico delle acque minerali* 650

T.A.R. Umbria, 7 giugno 2008, con nota di ANNALAURA GIANELLI, *L'aggiudicazione mediante procedura ristretta: brevi riflessioni in tema di interesse al ricorso, onere di notifica e possibilità di rinegoziazione* 669

T.A.R. Umbria, 12 luglio 2007, con nota di ALESSANDRO FORMICA, *Vincoli urbanistici e potere conformativo della proprietà privata: linee evolutive e profili critici* 701

OSSERVATORIO DI DIRITTO COMUNITARIO

DANIELE MIGLIORATI, *Le nuove norme processuali in materia di contenzioso relativo al recupero degli aiuti di Stato*..... 737

DOTTRINA

SABRINA MURGO, *Il contratto autonomo di garanzia: eccezioni opponibili e tutela dei soggetti*..... 757

FILIPPO DE MARCHIS, *Fondazioni di origine bancaria (Ancora qualche "vetrino" al microscopio)* 777

GERMANA CARUSO, *La nozione di discriminazione nel rapporto di lavoro tra diritto interno e diritto comunitario* 781

DIRITTO CIVILE

I

CORTE DI CASSAZIONE – 21 gennaio 2008, n. 1218 – *Pres.* LOSAVIO – *Rel.* PANZANI – B.B.P. (avv. Centofanti) c. C. di R. di F. s.p.a. (avv. Parroni).
Conferma App. Perugia 7 ottobre 2002.

Contratto in genere – Nullità – Rilevabilità d'ufficio – Presupposti (c.c., art. 1421; c.p.c., artt. 99, 112).
Obbligazioni in genere – Novazione oggettiva – Presupposti – Fattispecie (c.c., art. 1230 ss.).

La rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto opera quando si chieda l'adempimento, in considerazione del potere del giudice di verificare la sussistenza delle condizioni dell'azione, e non quando la domanda sia diretta a far dichiarare l'invalidità del contratto o a farne pronunciare la risoluzione, dovendosi coordinare l'art. 1421 c.c. con l'art. 112 c.p.c., il quale, sulla base del principio dispositivo su cui va modellato il processo, impone al giudicante il limite insuperabile della domanda (1).

La novazione oggettiva esige, per la sua configurabilità, la presenza dell'animus novandi in entrambe le parti, ossia la comune, inequivocabile, intenzione di estinguere l'originario vincolo obbligatorio e di sostituirlo con l'aliquid novi, che per essere tale deve configurarsi come mutamento sostanziale dell'oggetto della prestazione o del titolo del rapporto (nel caso di specie si è ritenuto che la modifica quantitativa dell'oggetto di una obbligazione e la pattuizione di nuovi termini di scadenza, differiti, non comportano novazione e non comportano quindi estinzione della originaria obbligazione) (2).

II

CORTE D'APPELLO DI PERUGIA – 7 ottobre 2002 – *Pres.* SANTILLI – *Rel.* LAMA – B.B.P. (avv. Laurenzi) c. C. di R. di F. s.p.a. (avv. Curini).

Obbligazioni in genere – Novazione oggettiva – Presupposti – Fattispecie (c.c., art. 1230 ss.).

La novazione oggettiva esige, per la sua configurabilità, la presenza dell'animus novandi in entrambe le parti, ossia la comune, inequivocabile, intenzione di estinguere l'originario vincolo obbligatorio e di sostituirlo con l'aliquid novi, che per essere tale deve configurarsi come mutamento sostanziale dell'oggetto della prestazione o del titolo del rapporto (nel caso di specie si è ritenuto che la modifica quantitativa dell'oggetto di una obbligazione e la pattuizione di nuovi termini di scadenza, differiti, non comportano novazione e non comportano quindi estinzione della originaria obbligazione) (3).

I

(*Omissis*). B.B.P. conveniva in giudizio la C. di R. di F. deducendo che le parti avevano concluso il 28.2.1992 un contratto con cui il B. prestava fideiussione a favore del Consorzio Umbria Fitting sino all'ammontare di L. 6.700.000; che, comunicata dalla banca al Consorzio la revoca dell'apertura di credito ed invitato il B. a pagare sino a concorrenza della somma garantita, questi, sprovvisto della liquidità necessaria, aveva concordato un piano di pagamento sottoscrivendo sei cambiali per il complessivo ammontare di L. 10.800.000 con scadenza dal 15.3.1996 al 15.6.1996; che pertanto il B. aveva versato un importo eccedente rispetto al debito originario per L. 4.518.000 di cui domandava la restituzione.

Si costituiva la C. di R. di F. eccependo l'esistenza di un accordo novativo in forza del quale il credito originario era stato sostituito con quello risultante dai titoli cambiari. Il Tribunale di Perugia, sezione distaccata di Assisi, rigettava la domanda ritenendo il carattere novativo dell'accordo. La Corte d'appello di Perugia con sentenza 4.9.2002 rigettava l'appello del B. osservando che l'accordo aveva carattere novativo, come si desumeva essenzialmente dalla diversità dell'importo complessivo indicato nelle cambiali rispetto alla somma originariamente dovuta dal B., da cui si ricavava la sussistenza dell'accordo novativo per evidente incompatibilità della nuova situazione debitoria rispetto alla precedente. Di conseguenza non era stato provato che il pagamento per la somma eccedente l'ammontare garantito dalla fideiussione fosse avvenuto senza titolo e fosse pertanto ripetibile.

Aggiungeva la Corte territoriale che l'allegazione dell'appellante che sul conto corrente del Consorzio fosse affluito un ingente contributo comunitario, che avrebbe ridotto il credito della banca, era rimasta sfornita di prova. Infine le prove dedotte potevano essere esaminate soltanto relativamente alla richiesta di interrogatorio formale e di or-

dine di esibizione di documenti dedotti con la citazione di primo grado, perché non era in atti il fascicolo di parte dell'appellante.

Sia l'interrogatorio formale che l'istanza di esibizione, peraltro, apparivano superflui ed il primo mezzo di prova era anche inammissibile perché la formulazione implicava una valutazione giuridica in ordine alla mancanza di causa del pagamento effettuato dall'appellante.

Avverso la sentenza ricorre per cassazione B.B.P. articolando tre motivi. (*Omissis*).

1. Con il primo motivo il ricorrente deduce violazione degli artt. 1230, 1231, 1322, 1324, 1325, 1362, 1366, 1371, 2033, 2697 c.c. e dell'art. 66 L. cambiaria, in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 3 e 5, nonché difetto di motivazione.

La Corte d'appello non avrebbe considerato, nel ritenere che avesse avuto luogo novazione per effetto della sottoscrizione delle cambiali, che ai sensi dell'art. 1231 c.c., non producono novazione le modificazioni accessorie dell'obbligazione. Occorreva inoltre la prova della sussistenza sia dell'*aliquid novi* sia dell'*animus novandi*. Una mera maggiorazione quantitativa non comporterebbe modificazione dell'oggetto o del titolo dell'obbligazione ai sensi dell'art. 1230 c.c. In realtà vi era stato soltanto approfittamento da parte della banca della difficoltà ad adempiere del ricorrente, utilizzata per imporgli il pagamento, *sine titulo*, di una somma maggiore di quella dovuta.

Ancora ai sensi dell'art. 66 L. cambiaria ove dal rapporto che diede luogo all'emissione o alla trasmissione della cambiale derivi un'azione (azione causale), questa permane nonostante l'emissione o la trasmissione della cambiale, salvo che si provi che vi fu novazione. Non era pertanto sufficiente la mera emissione delle cambiali per provare l'esistenza della novazione.

La giurisprudenza di questa Corte, osserva ancora il ricorrente, più volte avrebbe sottolineato che la semplice emissione di una cambiale non costituisce novazione del rapporto. E avrebbe aggiunto che non sarebbe sufficiente una mera modificazione quantitativa dell'ammontare della prestazione per poter ritenere di essere di fronte ad una novazione, occorrendo un vero e proprio rapporto di incompatibilità tra l'obbligazione preesistente e quella novata. Infine la novazione sarebbe esclusa dall'incapacità della banca di spiegare le ragioni dell'aumento della somma dovuta e dal difetto d'interesse della stessa alla novazione.

Con il secondo motivo il ricorrente deduce violazione dell'art. 2697 c.c. e degli artt. 210, 230, 244, 245, 356 c.p.c. in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 3-4-5 e difetto di motivazione. Erroneamente la Corte d'Appello avrebbe ritenuto di non poter valutare le istanze istruttorie dell'appellante in difetto del fascicolo di parte, perché nel fascicolo d'ufficio si trovava la memoria istruttoria autorizzata *ex* art. 184 c.p.c.

16 settembre 1999 in cui erano contenute le richieste istruttorie per interrogatorio formale, per testi e l'istanza di esibizione di documenti, che erano rilevanti per escludere la novazione.

Con il terzo motivo il ricorrente deduce ulteriormente violazione dell'art. 2697 c.c. in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 3-4-5.

Lamenta che la Corte d'Appello abbia respinto la domanda diretta ad ottenere la restituzione di una quota parte del contributo comunitario affluito sul conto corrente del Consorzio, ritenendola sfornita di prova, soltanto perché illegittimamente non aveva ammesso le prove dedotte, come meglio indicato nel secondo motivo. 2. Il primo motivo di ricorso non è fondato. Il ricorrente con l'atto introduttivo del giudizio ha sostenuto che l'emissione delle sei cambiali per complessive L. 10.800.000 da parte del B. a fronte della dilazione di pagamento accordata dalla banca controricorrente sino al 15 giugno 1996 (data di scadenza dell'ultima cambiale) sarebbe stato senza titolo. Di conseguenza la maggior somma pagata a fronte delle cambiali rispetto all'importo originario della fideiussione, pari a L. 6.700.000, sarebbe stata corrisposta senza titolo, donde la domanda di ripetizione.

La banca ha eccepito che con la dazione delle cambiali vi sarebbe stata novazione e il dibattito processuale si è concentrato sulla fondatezza di tale tesi, poi accolta dalla Corte d'Appello. In realtà il tema rilevante ai fini del decidere non è se vi sia stata novazione o meno, ma se il pagamento sia avvenuto senza titolo. La domanda proposta dal ricorrente si fonda infatti su tale presupposto. Ora è pacifico in causa che l'emissione delle cambiali è avvenuta a fronte della dilazione accordata dalla banca, che rinunciò ad escutere il B. facendo valere la fideiussione da lui prestata.

Il ricorrente ha censurato la pronuncia della Corte d'Appello che ha ritenuto che la mera modificazione quantitativa della prestazione dedotta nel rapporto originario aveva determinato novazione. Ai sensi dell'art. 1230 c.c., si ha novazione, con estinzione dell'originario rapporto obbligatorio, quando le parti "sostituiscono all'obbligazione originaria una nuova obbligazione con oggetto o titolo diverso". Occorre dunque una modificazione dell'obbligazione originaria nell'oggetto o nel titolo.

Con il successivo art. 1231 il legislatore ha poi precisato che le modificazioni accessorie dell'obbligazione non producono novazione. In dottrina è stato chiarito che le modificazioni dell'oggetto o del titolo non possono mai essere considerate accessorie per espressa previsione di legge. Ne deriva che tali modificazioni danno luogo a novazione se accompagnate da una non equivoca manifestazione dell'intento di estinguere l'obbligazione originaria sostituendola con una nuova. Sono dunque elementi essenziali della novazione, oltre ai soggetti e alla causa, l'*animus novandi*, consistente nella inequivoca, comune intenzione di

entrambe le parti di estinguere l'originaria obbligazione, sostituendola con una nuova, e l'*aliquid novi*, inteso come mutamento sostanziale dell'oggetto della prestazione o del titolo del rapporto (Cass. 16 giugno 2005, n. 12962; Cass. 17 agosto 2004, n. 16038).

Va peraltro sottolineato che, anche in difetto di novazione, i mutamenti apportati dalla comune volontà delle parti al contenuto originario dell'obbligazione sono validi ed efficaci e determinano pertanto un mutamento del contenuto della stessa, ancorché il titolo rimanga quello originario. in difetto di novazione potranno essere opposte alla parte che agisca per l'adempimento tutte le eccezioni nascenti dal rapporto originario, ma le modificazioni del contenuto della prestazione non saranno nulle o inefficaci per questo solo fatto.

Nel caso di specie, come s'è detto e come ha sottolineato la Corte d'Appello, il maggior importo portato dalle cambiali stava a fronte della rinuncia della banca a far valere la fideiussione e della dilazione di pagamento accordata. Si è trattato dunque di una modificazione consensuale del contenuto della prestazione, in forza della quale il maggior importo concordato e portato dalle cambiali è comunque dovuto, indipendentemente dal fatto che vi sia stata novazione. Del resto nel l'affermare che in tal modo la banca pattuì interessi usurari (cfr. memoria *ex* art. 378 c.p.c.) il ricorrente riconosce che vi fu un accordo negoziale, accordo di cui non ha fatto valere la nullità, essendosi limitato a dedurre il difetto di titolo in ragione del diverso contenuto dell'obbligazione originaria. E va sottolineato che la nullità in parola non può essere rilevata d'ufficio in sede di legittimità.

Questa Corte ha infatti affermato che la rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto opera quando si chieda l'adempimento, in considerazione del potere del giudice di verificare la sussistenza delle condizioni dell'azione, e non quando la domanda sia diretta a far dichiarare l'invalidità del contratto o a farne pronunciare la risoluzione per inadempimento, dovendosi coordinare l'art. 1421 cod. civ. con l'art. 112 cod. proc. civ., il quale, sulla base del principio dispositivo su cui va modellato il processo, impone al giudicante il limite insuperabile della domanda attorea, anche alla luce del nuovo art. 111 Cost., che richiede di evitare, al di là delle precise e certe indicazioni normative, ampliamenti dei poteri di iniziativa officiosa (cfr. da ultimo Cass. 6.10.2006, n. 21632). Nel caso in esame il ricorrente ha posto a fondamento della domanda di ripetizione d'indebito l'inesistenza di un titolo relativo al credito portato dalle cambiali e dunque ha fatto valere l'inefficacia dell'obbligo assunto, sì che, per quanto ora osservato, il rilievo d'ufficio della nullità è precluso.

3. Il secondo motivo di ricorso è assorbito per quanto concerne le doglianze relative alla domanda di ripetizione dell'indebito. Esso va

invece esaminato congiuntamente con il terzo motivo per quanto attiene alla domanda di restituzione del contributo comunitario che si assume incassato dalla banca.

La banca controricorrente ha eccepito la novità della domanda di ripetizione di tale contributo, che afferma non essere mai stata proposta prima d'ora. Replica il ricorrente che tale domanda, pur non formulata in modo espresso nelle conclusioni d'appello, sarebbe stata proposta già in primo grado, come emergerebbe dalla memoria 8 giugno 1999 *ex* art. 183 c.p.c., e riproposta in appello, come risulterebbe dall'atto di appello (par. 2^, pp. 9-10).

In proposito va anzitutto osservato che la Corte d'Appello non ha pronunciato sulla domanda in parola, ritenendo di essere di fronte ad un'eccezione, dedotta quale causa di riduzione della pretesa creditoria, peraltro sfornita di prova. La Corte territoriale ha infatti osservato che: "L'allegazione dell'appellante di un ingente contributo comunitario in favore del debitore principale ..., quale causa di riduzione della pretesa creditoria, è sfornita di prova". Il ricorrente non censura la sentenza impugnata per non aver pronunciato sulla domanda, ma deduce violazione dell'art. 2697 c.c. e difetto di motivazione lamentando che la Corte d'Appello l'abbia respinta per difetto di prova.

La censura è pertanto inammissibile, perché non censura la premessa della statuizione della Corte, vale a dire che non fosse stata proposta domanda di ripetizione del contributo comunitario. Il secondo motivo rimane conseguentemente assorbito *in parte qua*. (*Omissis*).

II

(*Omissis*). Con atto di citazione notificato in data 22 gennaio 1999 B.B. P. conveniva in giudizio la C. di R. di F. S.P.A. Davanti al Tribunale di Perugia, sezione distaccata di Assisi, deducendo che:

- le parti avevano concluso in data 28 febbraio 1992 un contratto con cui il B. prestava garanzia fideiussoria in favore del Consorzio Umbria Fitting per l'ammontare di lire 6.700.000;

- in data 19 gennaio 1996 la banca comunicava la revoca dell'apertura di credito al Consorzio e invitava il B. a "pagare … fino a concorrenza dell'impegno assunto";

- il B. sprovvisto della liquidità necessaria, aveva concordato un piano di pagamento, sottoscrivendo sei cambiali per un ammontare complessivo di lire 10.800.000 con scadenza dal 15 marzo 1996 sino al 15 giugno 1996;

- il B. aveva quindi versato rispetto all'originario debito di lire 6.700.000 un importo eccedente pari a lire 4.518.000, di cui pretendeva la restituzione.

Si costitutiva la C. di R. di F., chiedendo il rigetto della domanda

ed eccependo sia l'esistenza di un accordo novativo in forza del quale l'originario credito era stato sostituito con quello risultante dai titoli cambiari sia l'autonomia del rapporto sottostante.

Con sentenza n. 35/2000, depositata il 2 maggio 2000, il Giudice rigettava la domanda, in considerazione della ritenuta natura novativa dell'accordo sottostante all'emissione dei titoli cambiari.

Con atto notificato il 30 novembre 2000 il B. impugnava la predetta sentenza, deducendone l'erroneità per i seguenti motivi:

- l'emissione delle cambiali non aveva comportato novazione del rapporto, anche in considerazione del fatto che la prova della novazione incombeva sulla controparte e non era stata data;

- non vi era corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, in quanto la sentenza non dava contezza dei criteri di calcolo del *quantum* del debito portato dalle cambiali di cui si tratta, non aveva tenuto conto del contributo comunitario confluito sul conto corrente del Consorzio debitore principale – che aveva determinato una riduzione del debito –, non aveva tenuto conto delle richieste istruttorie dell'appellante. (*Omissis*).

La domanda di restituzione di indebito proposta dall'appellante è infondata e va rigettata.

Secondo Cass. sez. V, n. 9604 del 21.7.2000, rv. 538643, "in tema di ripetizione d'indebito, deve ritenersi operante il normale principio dell'onere della prova gravante sul creditore istante, il quale è, pertanto, tenuto a dimostrare sia l'avvenuto pagamento, sia la mancanza di una causa che lo giustifichi, ovvero il successivo venir meno di questa".

Nella fattispecie, è pacifico che l'appellante abbia pagato la somma di lire 10.800.000, portata dalle cambiali di cui si tratta.

L'appellante sostiene che tale pagamento sarebbe *sine titulo*, in quanto superiore alla somma garantita in base al rapporto fideiussorio sottostante (lire 6.700.000). In realtà, come esattamente ritenuto dal primo giudice, l'emissione delle cambiali di cui si tratta ha comportato novazione del rapporto.

La prova della novazione è desumibile essenzialmente dalla diversità dell'importo complessivo indicato nelle cambiali (lire 10.800.000) rispetto alla somma originariamente dovuta dal B. in forza del rapporto fideiussorio (lire 6.700.000). In mancanza di contrarie risultanze, deve, infatti, ritenersi che l'emissione di cambiali per importo superiore a quello della somma originariamente dovuta evidenzi inequivocabilmente la volontà delle parti di sostituire all'originario debito pari a lire 6.700.000 quello pari a lire 10.800.000.

In sostanza, le parti intesero stabilire che l'oggetto dell'obbligazione pecuniaria facente capo al B. mutasse da lire 6.700.000 a lire 10.800.000 determinando un'evidente incompatibilità della nuova situazione de-

bitoria con quella precedente e, conseguente, ponendo in essere una novazione dell'obbligazione medesima.

Secondo Cass. sez. II. n. 5117 del 22.05.1998, rv. 515706, "la modifica dell'oggetto del contratto integra una novazione quando dà luogo ad una nuova obbligazione incompatibile con il persistere della obbligazione originaria". L'appellante non ha, pertanto, il diritto di ripetere le somme pagate alla C. di. R. di F. in eccedenza rispetto all'originario accordo, in quanto non vi è stata dimostrazione della mancanza di un titolo giustificativo del pagamento.

L'appellante ha dedotto che non è stata data contezza delle ragioni per cui l'importo delle cambiali ammonti a lire 10.800.000, ma tale accertamento è irrilevante in quanto l'importo suddetto è stato determinato dalla volontà negoziale delle parti, anche se esso deve essere ragionevolmente collegato all'aggravio subito dalla banca per il ritardo nell'esecuzione del pagamento da parte del debitore.

L'allegazione dell'appellante di un ingente contributo comunitario in favore del debitore principale (asseritamente confluito nel conto corrente acceso presso l'istituto bancario), quale causa di riduzione della pretesa creditoria, è sfornita di prova. (*Omissis*).

(1) Nullità del contratto e principio dispositivo.

1. La sentenza in esame si occupa, tra l'altro, dell'annoso problema della rilevabilità d'ufficio della nullità in relazione alla corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato.

Secondo la prevalente giurisprudenza, l'assunto contenuto nell'ultima parte dell'art. 1421 c.c., che consente la rilevabilità d'ufficio della nullità di una convenzione, trova un importante contemperamento nel principio di cui agli artt. 99 e 112 del codice di rito (c.d. *principio dispositivo*), con due ordini di conseguenze: la nullità non può essere rilevata sulla base di motivazioni differenti da quelle addotte dalla parte [(1)]; la rilevabilità d'ufficio

---

[(1)] Tra le altre, Cass., 8 gennaio 2007, n. 89, in *Mass. Giur. it.*, 2007; Cass., 26 maggio 2006, n. 12627, *ivi*, 2006; Cass., 18 aprile 2005, n. 8082, in *Guida al dir.*, 2005, n. 23, 50 (s.m.); Cass., 8 gennaio 2000, n. 123, in *Giur. it.*, 2000, 907, in *Contratti*, 2000, 547, con nota di Carnevali, *L'onere della prova nella risoluzione del contratto per inadempimento*; Cass., 4 marzo 1999, n. 1811, in *Mass. Giust. civ.*, 1999, n. 488; Cass., 18 febbraio 1999, n. 1378, *ibidem*, n. 435; Cass., 9 gennaio 1999, n. 117, *ibidem*, n. 29; Cass., 14 marzo 1998, n. 2772, in *Foro it.*, 1998, I, 715; Cass., 7 aprile 1995, n. 4064, in *Rep. Giust. civ.*, 1995, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 208; Cass., 9 gennaio 1993, n. 141, *ivi*, 1993, *voce cit.*, n. 171; Cass., 20 agosto 1992, n. 9711, *ivi*, 1992, voce *Lavoro (controversie individuali)*, n. 159; Cass., 15 febbraio 1991, n. 1589, *ivi*, 1991, voce *Procedimento civile*, n. 38; Cass., 12 dicembre 1986, n. 7402, *ivi*, 1986, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 134; Cass., 29 novembre 1985, n. 5958,

è circoscritta al solo caso in cui si agisca per l'esecuzione del negozio nullo, con esclusione delle ipotesi in cui si domandi l'annullamento, la rescissione o la risoluzione [2].

Viceversa, la dottrina dominante correttamente ha osservato come le pronunce di annullamento, rescissione e risoluzione del contratto presuppongano necessariamente la validità o l'efficacia del contratto stesso, fondandosi la pretesa sul titolo negoziale [3].

---

ivi, 1985, *voce cit.*, n. 114; Cass., 24 gennaio 1984, n. 596, *ivi*, 1984, *voce cit.*, n. 127; Cass., 8 ottobre 1981, n. 5294, *ivi*, 1981, *voce cit.*, n. 219.

[2] Tra le altre, Cass., 6 ottobre 2006, n. 21632, in *Foro it.*, 2007, I, 430; Cass., sez. lav., 14 gennaio 2003, n. 435, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Contratto in genere*, n. 524; Cass., 1 agosto 2001, n. 10498, *ivi*, 2001, *voce cit.*, n. 459; Cass., 8 gennaio 2000, n. 123, cit.; Cass., 9 febbraio 1994, n. 1340, in *Foro it.*, 1995, I, 611; Cass., 11 marzo 1988, n. 2398, e Cass., 12 agosto 1987, n. 6899, entrambe in *Foro it.*, 1989, I, 1936, con nota di Massetani, *Ingiustificate limitazioni alla rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto*; Cass., 23 febbraio 1987, n. 1903, in *Rep. Giust. civ.*, 1987, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 194; Cass., 12 ottobre 1985, n. 4955, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, 719; Cass., 29 maggio 1982, n. 3329, in *Rep. Giust. civ.*, 1982, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 175; Cass., 23 aprile 1981, 2413, *ivi*, 1981, *voce cit.*, n. 220; Cass., 18 aprile 1970, n. 1127, in *Foro it.*, 1970, I, 1907, con osservazioni di Proto Pisani, in *Foro pad.*, 1970, I, 633, *ivi*, 1971, I, 742, con nota di Irti, *Risoluzione di contratto nullo?*, in *Giur. it.*, 1971, I, 1, 444, con nota di Amato, *Risoluzione, rescissione, annullamento di un contratto nullo?*, in *Riv. dir. comm.*, 1972, II, 22. *Contra*, Cass., 18 luglio 1994, n. 6710, in *Rep. Giust. civ.*, 1994, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 169; Trib. S. Remo, 13 dicembre 1993, in *Giust. civ.*, 1994, I, 1401; a conclusioni sostanzialmente difformi perviene anche Cass., 2 aprile 1997, n. 2858, *ivi*, 1997, I, 2459, con nota di Vidiri, *Sulla rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto*, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, I, 120, con nota di De Fazio, *Cause d'impugnativa contrattuale e rilievo d'ufficio della nullità*.

[3] Irti, *Risoluzione*, cit., 742 s.; C.M. Bianca, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, 2ª ed., Milano, 2000, 628 s.; Oriani, *Eccezione*, in *Dig. disc. priv.*, *Sez. civ.*, VII, Torino, 1991, 276 ss. *Contra*, Filanti, *Nullità. I) Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, 10. Sul punto, cfr. anche Sacco, De Nova, *Il contratto*, 3ª ed., II, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Sacco, Torino, 2004, 557 ss., e l'ampia analisi di Monticelli, *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Padova, 1995, 237 ss., il quale sottolinea l'utilità di applicare, nel caso di specie, il disposto dell'art. 183, comma 2 ° [ora comma 4°, per i procedimenti instaurati successivamente al 1° marzo 2006: v. d.l. n. 273/2005, conv. con mod. in l. n. 51/2006] c.p.c., che consente al giudice di indicare alle parti le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione (spec. 280 ss.): abbiamo già avuto modo di rilevare come l'osservazione, sebbene corretta, sia di difficile applicazione pratica, poiché, sovente, il giudice analizza nel dettaglio la controversia soltanto al momento in cui la stessa viene trattenuta per la decisione (Sassi, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, Napoli, 1999, 427, nt. 790). Un quadro in chiave critica, con particolare riferimento alla disciplina della locazione, degli interventi giurisprudenziali è stato delineato da G. Gabrielli, *Una singolare nullità, inopponibile in via di eccezione: la conferma legislativa ad un consolidato indirizzo giurisprudenziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 29 ss.; più in generale, di recente, Iacono, *Rilevabilità d'ufficio della nullità nel negozio giuridico e nei contratti a favore dei consumatori*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, I, 27 ss.

2. La conclusione cui prevalentemente perviene la giurisprudenza non è soddisfacente, né sotto il profilo logico-giuridico, né sotto quello dei risultati pratici che ne derivano, come abbiamo avuto modo di rilevare già da tempo [(4)].

Relativamente al primo aspetto, va osservato come la tesi si scontri irrimediabilmente sia con il dato normativo, che non prevede limitazioni di sorta, sia con il principio secondo il quale il contratto nullo non produce effetti, salvo i peculiari e specifici casi previsti dalla legge [(5)]; al contrario, ritenendo esatto l'assunto giurisprudenziale, si dovrebbe concludere che, nel caso di specie, il contratto sia produttivo di effetti, i quali, attraverso la pronuncia di annullamento, rescissione o risoluzione, vengono rimossi, o, addirittura, soltanto parzialmente rimossi nell'ipotesi di contratti di durata, ove lo scioglimento non si estende alle prestazioni già eseguite (art. 1458 c.c.).

Sul piano pratico, poi, si rischia di giungere a risultati paradossali, in quanto la tutela approntata dal sistema si rivelerebbe parziale ed insufficiente; si commina la nullità di un regolamento pattizio, magari perché contrario a una norma imperativa dettata a tutela di un determinato interesse, e poi si limita il potere del giudice di rilevare la nullità e sanzionare il regolamento stesso.

Esiste poi un controsenso allorché si tende ad estendere in misura sempre crescente l'ambito dell'intervento eteronomo sul regolamento pattizio, anche mediante l'impiego di norme imperative [(6)], e poi si limita la funzione di controllo della legalità del regolamento medesimo e della tutelabilità dell'interesse da esso espresso rispetto ai valori formali e sostanziali del sistema [(7)]. In tal modo, si viene a privare di efficacia l'istituto che individua il momento di maggiore e "più insanabile" incompatibilità tra regolamento pattizio e sistema positivo [(8)], ritenendo, in sostanza, che l'illiceità di una stipulazione è legata all'attività, o meglio all'inattività, processuale delle parti e al limite delle domande proposte nel processo.

Del resto, la rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto in tutte le ipotesi in cui lo stesso venga fatto valere in giudizio, non si scontra con il principio dettato dall'art. 112 del codice di rito, che limita la corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato alle sole eccezioni proponibili dalle parti,

---

(4) Cfr. A. Sassi, *Garanzia del credito*, cit., 426 ss.

(5) Si vedano, tra gli altri, Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. it.* diretto da Vassalli, 2ª ed., Torino, rist. 1955, 475; Tommasini, *Nullità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 888 s.; Carresi, *Il contratto*, I, in *Tratt. dir. civ. e comm.* già diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, Milano, 1987, 632 ss.

(6) Su tale aspetto v. la nostra *Penale manifestamente iniqua e poteri di intervento del giudice sul regolamento autonomo*, in questa *Rivista*, 2002, 452 ss.

(7) Cfr. Tommasini, *Nullità*, cit., 880.

(8) G.B. Ferri, *Il negozio giuridico*, 2ª ed., Padova, 2004, 60.

avendo il legislatore riservato soltanto a queste il potere di prospettare in giudizio, in determinate situazioni, l'esistenza di fatti modificativi, impeditivi o estintivi del diritto che si assume violato [9].

Il potere del giudice di rilevare la nullità indipendentemente dall'attività della parte interessata incontra tuttavia dei limiti, dovendosi coordinare con le regole generali che governano il processo. Il maggiore di questi è costituito dal c.d. giudicato interno o implicito: così, qualora il giudice abbia pronunziato l'annullamento, la rescissione o la risoluzione del contratto (senza che le parti abbiano prospettato o lui stesso rilevato la nullità dello stesso), presupponendo quindi (implicitamente) il superamento della questione pregiudiziale della nullità, la parte interessata è tenuta farne motivo di gravame; in difetto si forma sul punto un giudicato (implicito), che nelle successive fasi del procedimento non consente di rilevare la nullità d'ufficio, né tanto meno alla parte di prospettarla, essendo la questione ormai coperta dal giudicato [10]. Inoltre il potere di rilevare d'ufficio la nullità non si estende alle richieste accessorie e conseguenti, quale, ad esempio, quella di restituzione, su cui il giudice può pronunciarsi soltanto in presenza di apposita istanza di parte [11].

3. In alcune recenti pronunce la Cassazione si è resa conto delle conseguenze cui avrebbe portato nelle fattispecie concrete oggetto di controversia un'applicazione rigida dei principi di regola accolti, cioè a dire alla reiezione della domanda per il solo fatto che la parte «danneggiata» dalla pattuizione potenzialmente usuraria (o meglio il suo difensore) avesse richiesto la risoluzione del contratto senza prospettarne la nullità, ovvero avesse prospettato ragioni non meritevoli di accoglimento.

Tra queste una posizione preminente assumono due importanti pronunce in tema di usura e anatocismo, che hanno avuto notevole rilevanza concernendo settori chiave dell'economia e del credito [12].

---

[9] Sul punto, per tutti, Colesanti, *Eccezione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 102 ss.; Oriani, *Eccezione*, cit., 276 ss.; cfr. anche Fabbrini, *Eccezione*, in *Enc. giur. Treccani*, XII, Roma, 1989, 2.

[10] Il profilo è ben evidenziato, oltre che in Cass., 22 marzo 2005, n. 6170, cit., anche in Cass., 27 aprile 2006, n. 9642, in *Contratti*, 2007, 19 (s.m.), secondo la quale "sul punto si è formato un giudicato implicito proprio perché la decisione del primo giudice, che pure aveva dichiarato risolto il contratto, presuppone l'esistenza di un contratto geneticamente valido e divenuto non valido per fatti successivi funzionali. Di conseguenza, dovendosi coordinare il principio della rilevabilità di ufficio della nullità del contratto con le regole fondamentali del processo, tra cui quella della preclusione derivante dal giudicato interno, il predetto principio non può essere applicato quando vi sia stata pronuncia, non impugnata, sulla validità del contratto".

[11] Cfr. Cass., 22 luglio 2005, n. 15497, in *Guida al dir.*, 2005, n. 39, 59 (s.m.).

[12] In tema di usura: Cass., 17 novembre 2000, n. 14899, in *Banca borsa tit. cred.*, 2000, II, 620, con nota di Dolmetta, *Le prime sentenze della Cassazione civile in mate*

La prima in ordine temporale, sebbene in via generale attribuisca valenza ai concetti prevalentemente espressi dalla giurisprudenza, dà ingresso alla possibilità per il giudice di rilevare d'ufficio la nullità anche nell'ipotesi di domanda volta ad ottenere la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta, sul presupposto che, per il tramite di tale domanda, era stata in realtà contestata l'esecuzione del contratto, soprattutto con riferimento alla pattuizione degli interessi [13].

---

ria di usura ex lege *n. 108/96*, in *Guida al dir.*, 2000, n. 44, 39, con nota SACCHETTINI, *Banche: può essere rilevata d'ufficio dal giudice la nullità degli interessi sui mutui non esauriti. Il rischio di dover restituire le somme incassate potrebbe far saltare l'intero sistema creditizio*, in *Giur. it.*, 2001, 133, 678 (s.m.), con nota di Gius. TUCCI, *Usura e autonomia privata nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Vita not.*, 2001, 292, in *Riv. dir. comm.*, 2001, II, 71, con nota di PANDOLFINI, *Applicabilità della legge n. 108 del 1996 ai rapporti in corso, legittimità costituzionale della legge. n. 24 del 2001 e rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto*, e di NIUTTA e JOVINO, *Ancora sulla nullità degli interessi «usurari» nei mutui stipulati prima della L. n. 108/1996*, e commentata da NERVI, *L'impatto della legge n. 108/1996 sui preesistenti contratti di mutuo: fra diritti acquisiti, nullità sopravvenuta e regolamentazione del mercato creditizio*, *ibidem*, I, 299 ss.

In materia di anatocismo: Cass., sez. un., 7 novembre 2004, n. 21095, in *Foro it.*, 2004, I, 3294, con note di PALMIERI e PARDOLESI, *L'anatocismo bancario e la bilancia di Balek*, di COLANGELO, *Interessi bancari e meccanismi moltiplicativi delle remunerazioni*, di F. FERRO-LUZZI, *Canone inverso. Le sezioni unite sull'anatocismo bancario: una sconfitta per i consumatori?*, in *Giur. it.*, 2005, 66, con nota di COTTINO, *Sull'anatocismo intervengono le Sezioni Unite*, in *Corr. giur.*, 2005, 214, con nota di INZITARI, *Le Sezioni Unite e il divieto di anatocismo: l'asimmetria contrattuale esclude la formazione dell'uso normativo*, in *Contratti*, 2005, 221, con nota di SCOZZAFAVA, *L'anatocismo e la Cassazione: così è se vi pare*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2005, II, 115, con note di N. SALANITRO, *Le Sezioni Unite e l'anatocismo bancario*, di DOLMETTA, *Il divieto di anatocismo per le banche dalla gestione del pregresso ai rapporti attuali. Per un uso laico della «certezza del diritto»*, di MAFFEIS, *Banche, clienti, anatocismo e prescrizione*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, II, 163, con nota di COLOMBO, *Interessi anatocistici e operazioni bancarie regolate in conto corrente: cosa va e cosa non va in archivio dopo l'intervento delle Sezioni Unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, 7, con nota di DI MARTINO, *Interessi anatocistici ed usi normativi nei contratti bancari: la Supr. Corte esclude che la giurisprudenza possa aver «fondato» l'*opinio iuris ac necessitatis, in *www.dirittobancario.it*, con nota di RUGGERO, *Nullità delle clausole di capitalizzazione trimestrale*, e commentata da RICCIO, *La capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi è, dunque, definitivamente nulla*, in *Contr. e impr.*, 2004, 961 ss., e da LOMBARDI, *Anatocismo: le Sezioni Unite non persuadono*, in *Corr. giur.*, 2005, 432 ss.

[13] Cass., 17 novembre 2000, n. 14899, cit., secondo la quale "è fuor di dubbio che il potere del giudice di dichiarare d'ufficio la nullità di un contratto o di una clausola di esso, ai sensi dell'art. 1421 c.c., vada coordinato con il principio della domanda *ex* artt. 99 e 112 c.p.c. (tra le ultime Cass. 123/00 e 1811/99): nel caso di specie, tuttavia, la corte felsinea non ha fatto buon governo di tale principio, essendo evidente che, per il tramite della domanda principale di risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta, era stata contestata l'esecuzione del contratto,

La seconda, resa a Sezioni unite, pur richiamando anch'essa il consolidato orientamento, ha ritenuto di non cassare la decisione impugnata [(14)], nel punto in cui aveva rilevato la nullità della clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi per ragioni diverse da quelle sollevate dal convenuto in via di eccezione, sul presupposto che le deduzioni di questo non costituissero o non potessero essere considerate domande giudiziali, non ponendosi in rapporto genetico con il potere-dovere decisionale del giudice sul punto, già esistente [(15)].

Il giudice di legittimità, da un lato, ha compiuto un'operazione "integrativa" della domanda proposta, affermando che dalla stessa potesse implicitamente ricavarsi la volontà (processualmente rilevante) di contestare l'efficacia, e quindi l'esecuzione del contratto [(16)], e, dall'altro, ha applicato

soprattutto con riferimento alla pattuizione degli interessi, tant'è che la stessa corte territoriale non ha posto in discussione tale aspetto, limitandosi a rilevare che occorrevano indagini sul carattere usurario degli interessi (in particolare, sullo stato di bisogno dell'obbligato e sul consapevole approfittamento di detto stato da parte della banca), perché non poteva trovare applicazione la novella del 1996 in tema di usura, il contratto essendo del 1993".

(14) App. Cagliari, 23 febbraio 2000, in *Riv. giur. sarda*, 2001, 655, con nota di Pisu, *Sulla rilevabilità d'ufficio della nullità di clausole nei contratti bancari*.

(15) Cass., sez. un., 4 novembre 2004, n. 21095, cit., la quale afferma nella parte motiva: "È pur vero, per altro, che il potere che il citato art. 1421 conferisce in tal senso al giudice (in ragione della tutela dei valori fondamentali dell'ordinamento giuridico) va coordinato con il principio della domanda, di cui agli artt. 99 e 112 cod. proc. civ., e che le esigenze a tali principi sottese – rispettivamente di verifica delle condizioni di fondatezza della azione e di immodificabilità della domanda – possono trovarsi tra loro in contrasto, ove, in particolare, alla pretesa di una parte relativa ad un credito *ex contractu* si contrapponga l'eccezione di nullità dell'altra, che il giudice ritenga (come nella specie) di integrare con il rilievo di aspetti della patologia del negozio che la parte, interessata alla improduttività dei correlativi effetti, non abbia colto (o non abbia comunque tempestivamente dedotto). / Ma un tale contrasto si risolve sulla base della considerazione che, se da un lato il potere-dovere decisionale del giudice, in relazione alla domanda proposta, si estende agli aspetti della inesistenza o della nullità del contratto dedotto dall'attore, la deduzione in tal senso del convenuto non può costituire, od essere considerata, domanda giudiziale, non ponendosi in rapporto genetico con il potere-dovere decisionale del giudice sul punto, che già esiste".

Nello stesso senso, Cass., 19 maggio 2005, n. 10599, in *bd44.leggiditalia.it*.

(16) È pacifico in giurisprudenza che il giudice non può limitarsi ad un'analisi superficiale e letterale della domanda, ma deve procedere all'*interpretazione* della stessa, al fine di individuare, per quanto possibile, la effettiva volontà della parte, con la conseguenza che l'esatto contenuto della domanda stessa può essere implicitamente o indirettamente desunto dal complesso delle argomentazioni difensive della parte e dal tenore dell'atto introduttivo: cfr., tra le tante, Cass., 5 luglio 2001, n. 9058, in *Mass. Giust. civ.*, 2001, n. 1331; Cass., 27 febbraio 2001, n. 2908, *ivi*, 2001, n. 339; Cass., 18 dicembre 2000, n. 15907, *ivi*, 2000, n. 2615; Cass., 28 gennaio 2000, n. 961, *ivi*, 2000, n. 162; Cass., 22 ottobre 1999, n. 11861, in *Dir. prat. soc.*,

un procedimento equitativo teso a superare le carenze di difesa, procedimento che, tuttavia, non consente di raggiungere risultati soddisfacenti in altre situazioni sostanzialmente analoghe, poiché fa dipendere il potere di intervento del giudice esclusivamente dalla veste processuale assunta in concreto dal soggetto meritevole di tutela, creando così un'evidente ed ingiustificata disparità di trattamento [17].

Il percorso intrapreso è stato ulteriormente sviluppato dalla Cassazione in alcune successive pronunce che, in linea con il pensiero della dottrina, hanno riconosciuto in maniera convinta il potere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità, secondo il disposto dell'art. 1421 c.c., nell'ipotesi in cui la parte abbia richiesto la risoluzione o l'annullamento del contratto [18]. Ma, come si è visto, tale percorso non è stato unanimemente seguito: decisioni successive – come quella in esame – hanno sposato le tesi risalenti, continuando a subordinare in varie ipotesi la rilevabilità della nullità all'attività della parte interessata [19].

ANDREA SASSI

2000, 75; Cass., 29 settembre 1995, n. 10272, in *Dir. giur. agr. e amb.*, 1997, 327, con nota di R. TRIOLA, *Due questioni in tema di prelazione agraria*; Cass., sez. lav., 20 aprile 1990, n. 3289, in *Not. giur. lav.*, 1990, 320. Per la giurisprudenza umbra, cfr. Trib. Spoleto, 3 aprile 1997 (n. 87) e Id., 18 gennaio 1997 (n. 11), entrambe inedite (est. Sassi).

[17] L'assunto è, da ultimo, ribadito da Cass., 31 agosto 2007, n. 18453, in *Mass. Giur. it.*, 2007.

[18] Cass., 22 marzo 2005, n. 6170 e Cass., sez. lav., 14 ottobre 2005, n. 19903, entrambe in *Foro it.*, 2007, I, 1207, con nota di DI CIOMMO, *La rilevabilità d'ufficio delle nullità negoziali tra (artificiosi) limiti processuali ed incertezze giurisprudenziali*; Cass., 22 marzo 2005, n. 6170, la si può leggere anche in *Vita not.*, 2005, 969, in *Corr. giur.*, 2005, 957, con nota di G. MARICONDA, *La Cassazione rilegge l'art. 1421 e si corregge: è vera svolta?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, 372, con nota di DOTTORE, *Il senso della rilevablità d'ufficio della nullità negoziale nel sistema civilistico e processuale: la Cassazione torna sull'art. 1421 c.c.* Si afferma nella parte motiva: "In realtà è corretto ritenere che la questione pregiudiziale di nullità condiziona l'accertamento (negativo o positivo) dell'effetto contrattuale dedotto in causa e che attraverso il giudicato che si forma su tale effetto, anche la soluzione data nel processo alla questione pregiudiziale della nullità può condizionare l'esito di altri processi relativi a diversi effetti dello stesso contratto. / [...] La nullità del contratto si riflette sull'intero rapporto, e deve essere ricevuta nei giudizi ad esso relativi, quando sia stata rilevata in occasione di una domanda di risoluzione, rescissione e annullamento che investa il contratto nella sua interezza. / [...] Ne consegue che, proposta l'azione di risoluzione del contratto, il giudice può rilevare d'ufficio la questione pregiudiziale relativa alla nullità del contratto e costituendo essa una pregiudiziale sul rapporto giuridico fatto valere in giudizio, l'efficacia della decisione di detta nullità, pregiudiziale alla statuizione di rigetto della domanda, costituisce giudicato implicito".

[19] V. *retro*, ntt. 1-2.

(2-3) Modifica di elementi dell'obbligazione e fattispecie novative.

1. La sentenza della Cassazione riprende un argomento già dibattuto in dottrina, che ha dato origine ad un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato, per quanto al principio di diritto sotteso, ma con aspetti ancora da esplorare relativamente alle fattispecie che in esso possono trovare enunciazione. Sul punto vi è infatti un'amplissima casistica giurisprudenziale che ha applicato il principio di diritto enunciato nella sentenza in commento. In tale modo la giurisprudenza è riuscita a delineare sempre più chiaramente i confini di quanto affermato in via teorica prendendo posizioni e sciogliendo dubbi che sono sorti in dottrina e nella prassi, dai quali hanno tratto origine le controversie giudiziarie spunto della casistica *de quo* [1]. È quindi possibile seguire questo percorso, cui si aggiunge la sentenza in commento, per ricostruire l'intero iter interpretativo dei principi sottesi all'art. 1230 c.c., come esso è andato delineandosi e compiere su di esso alcune riflessioni. Conseguentemente è possibile elaborare taluni corollari che permettano di rendere sistema compiuto le singole fattispecie giurisprudenziali applicative, con la nota che alcune di queste appaiono contraddire gli stessi principi di diritto cui affermano di ispirarsi.

La novazione è una modalità di estinzione dell'obbligazione, descritta nel codice civile agli artt. da 1230 a 1235 [2]. L'impianto del codice vigente prende una posizione nettamente difforme dalla concezione storica dell'istituto, che trovava le sue basi nel diritto romano ed era ripresa senza sostanziali connotazioni particolari nel codice civile del 1865, in merito alla duplice natura della novazione, oggettiva e soggettiva [3]. La disciplina codicistica precedente, all'art. 1267, prevedeva persino una tripartizione dei casi di novazione, differenziando, tra le novazioni soggettive, il caso in cui l'elemento novato fosse nel lato attivo o nel lato passivo dell'obbligazione.

---

[1] Come si vedrà *infra*, posto come pacifico e non controverso il principio di diritto per cui la modifica di elementi accessori dell'obbligazione non comporta novazione, l'opera della giurisprudenza è stata fondamentale per individuare quali modifiche possano incidere solamente su elementi accessori e siano pertanto riconducibili al principio di diritto espresso.

[2] La definizione di novazione secondo la giurisprudenza è stata recentemente riaffermata nettamente da Cass., 16 giugno 2005, n. 12962, in www.cortedicassazione.it, che, richiamando Cass., 17 agosto 2004, n. 16038, *ivi*, individua fra gli elementi essenziali, oltre ai soggetti e alla causa, "l'*animus novandi*, consistente nella inequivoca, comune intenzione di entrambe le parti di estinguere l'originaria obbligazione, sostituendola con una nuova, e l'*aliquid novi*, inteso come mutamento sostanziale dell'oggetto della prestazione o del titolo del rapporto".

[3] Si noti ulteriormente che, nell'originario impianto della riforma Giustinianea, la novazione si operava mediante sostituzione dell'*obligatus* originario con uno nuovo, nominato *sponsor*, che si rendeva garante della soddisfazione dell'aspettativa del creditore. Elemento fondamentale di tale *novatio* era il requisito concettuale dell'*idem debitum*. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994, 253.

Il legislatore attuale nel tratteggiare l'istituto della novazione ha invece preso una direzione differente, specificando, nell'ultimo degli articoli della sezione dedicata, che la modifica dell'elemento soggettivo dell'obbligazione è disciplinata dalle norme di cui agli artt. da 1268 a 1276 [4]. Tale autonoma trattazione si giustifica anche alla luce della differente struttura della novazione oggettiva e della novazione soggettiva [5], dovendo necessariamente intervenire nella seconda un'ulteriore parte. Dall'analisi di tale disciplina emerge però che le norme del Capo VI, come richiamate dal citato art. 1235, non esauriscono interamente le fattispecie di novazione soggettiva presenti nella tradizione ed ipotizzabili, limitandosi a disciplinare la modifica nell'elemento soggettivo dal lato passivo. Nulla risulta, da tali articoli, in merito al lato attivo del rapporto obbligatorio. Tale disciplina è invece contenuta nel precedente Capo V, la cui rubrica titola esplicitamente della cessione dei crediti. Il legislatore ha voluto disciplinare autonomamente le fattispecie di novazione nell'elemento soggettivo attivo e passivo, costituendo per entrambe una disciplina autonoma e specifica, individuandole, quindi come istituti a sé stanti, delineati da una propria ed autonoma normativa. Può quindi, come fa attenta dottrina [6], dibattersi se sia percorribile la strada

---

[4] Non si ritiene opportuno approfondire in questa sede il dibattito apertosi in passato sull'ipotesi che tale rinvio comportasse la completa esclusione dell'applicabilità delle norme sulla novazione nel caso di mutamento nel lato soggettivo dell'obbligazione oppure che esse comunque si dovessero intendere applicabili, ove compatibili, con quelle esplicitamente richiamate. Le differenti opinioni traggono spunto dal ritenere la disciplina della espromissione, delegazione e accollo norme eccezionali o norme speciali e, quindi, in dipendenza da ciò, modalità eccezionali di novazione – come era logico propendere sotto la vigenza dell'abrogato codice e in base alla tradizione romanistica – o istituti speciali, autonomi, unicamente quindi soggetti alla normativa ad essi dedicata – come sembra indicare il legislatore mediante l'art. 1235 – potendo, quindi crearsi dei dubbi interpretativi, quanto meno sul piano della coerenza di sistema. Si valuti ad esempio, il palese contrasto tra la previsione dell'art. 1234 in merito agli effetti dell'annullabilità dell'obbligazione novata e quanto disposto dall'art. 1271, 2° e 3° co., dal 1272 ult. co. e dal 1273 ult. co. Tali tematiche sono parzialmente risolte da Cass., 19 maggio 2004, n. 9470, in *Foro it.*, 2005, I, 823, che, nel caso di nullità dell'obbligazione originaria, anche ove trattasi di delegazione titolata, afferma che il delegato ha azione di ripetizione unicamente contro il delegante, riferendosi l'art. 1271 esclusivamente alle eccezioni, mai alle azioni.

[5] Nobili, *Le obbligazioni*, Milano 2008, 141. In base a quanto detto, secondo alcune teorie, nel nostro ordinamento si ritiene non più possibile parlare di novazione soggettiva, nonostante il disposto dell'art. 1235 che parrebbe non negare la possibilità di una modifica dell'obbligazione nell'elemento soggettivo che non comporti successione nello stesso bensì novazione, limitandosi a dettarne la disciplina. Autorevole dottrina, infatti, nei propri scritti impiega la locuzione "novazione soggettiva", presupponendone la configurabilità, Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1989, 93; Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2007, 632.

[6] Gazzoni, *op. cit.*, 632.

di distinguere tra successione a titolo particolare nel debito (che determina un effetto privativo o liberatorio, del caso sovrapponendosi ad un effetto di garanzia, con le modalità richiamate dall'art. 1235) e novazione soggettiva (che determina un effetto prettamente novativo), in quanto possono persistere dubbi di coordinamento in assenza di specifiche previsioni normative negli articoli che disciplinano i singoli, autonomi, istituti.

Tale situazione si presenta, ad esempio, in materia di prescrizione. Autorevole dottrina [7] ha infatti sostenuto che, ove si accetti questa differenziazione, la disciplina della prescrizione, da applicarsi ai due casi, varierebbe sostanzialmente, non tanto per la mancanza di previsione del regime delle eccezioni nelle normative – che abbiamo presupposto generali – della novazione, a fronte di una specificazione dettagliata di tale regime negli autonomi istituti di novazione soggettiva, quanto per un differente calcolo temporale della stessa. Nel caso in cui si presupponga il realizzarsi di un effetto novativo, la prescrizione, indipendentemente dal tempo compiuto precedentemente e dalla eventuale applicabilità di una prescrizione speciale, dovrà sempre intendersi decennale; qualora detto effetto manchi e si possa configurare una successione nel rapporto obbligatorio, il termine deve considerarsi già iniziato. Autorevole dottrina [8], con il sostegno della giurisprudenza [9], ha ritenuto doversi sciogliere tale dilemma ammettendo l'esposta dicotomia e quindi affermando l'esistenza nel nostro ordinamento di due modalità di delegazione [10] e di espromissione, a seconda della volontà manifestata dalle parti [11].

---

[7] BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione,* Milano, 1990, 443 ss.

[8] RESCIGNO, *Delegazione (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 934.

[9] Trattasi di sentenza isolata e risalente, per quanto non successivamente smentita: Cass., 15 giugno 1960, n. 1578, in *Foro pad.*, 1961, I, 171.

[10] Nota GAZZONI, *op. cit.*, 633, che tale considerazione si può fare unicamente in caso di delegazione di assunzione di debito, non essendo configurabile in caso di delegazione di pagamento.

[11] Deve ovviamente escludersi l'ipotesi di accollo novativo, essendo il creditore estraneo al momento costitutivo della fattispecie e essendo la sua partecipazione un momento – successivo o contestuale che sia – eventuale e accessorio, necessario però ai fini della liberazione del debitore e quindi dell'estinzione dell'obbligazione originaria. A fini di approfondimento, ma eccessivamente fuori del campo di indagine di questa breve nota, potrebbe essere interessante sviluppare la configurabilità di un accollo novativo mediante l'adozione di uno schema *ex* art. 1411. Si potrebbe, sulla base di quanto detto, configurare un contratto di novazione a favore di terzo, con stipulante il debitore accollato, promittente l'accollante e terzo il creditore accollatario, con liberazione del debitore originario? A stretto rigore di logica, i principi della intangibilità della sfera giuridica del terzo, cui fanno eccezione i soli effetti positivi, dovrebbero ergersi a muro insormontabile alla configurabilità di tale pattuizione. In forza di questo negozio, infatti, si produrrebbero effetti, senza una manifestazione di volontà del creditore, nei suoi confronti, non meramente positivi, bensì di duplice natura, positivi e negativi allo stesso tempo, attesa la intrinseca non proficuità della liberazione del debitore accollato. In soccorso della contraria tesi, si può addurre

L'assenza del richiamo nella sezione della novazione al capo disciplinante la cessione del credito ha portato parte della dottrina a concludere che il mutamento del lato attivo del rapporto obbligatorio sia da considerarsi *ex se* escluso dalla novazione, in quanto mutamento di un elemento accessorio del rapporto giuridico, che in alcun modo incide sui caratteri essenziali di questo [12]. Tale conclusione consente *ad abundantiam* di rilevare come nell'impianto stesso del codice fosse previsto che determinate modifiche del rapporto obbligatorio avessero una natura non novativa, richiamandoci quindi all'argomento della sentenza *de quo*.

Punto focale da tenersi ben presente per discriminare le fattispecie e determinare la sussistenza o meno di novazione è la natura necessariamente contrattuale di questa [13] e quindi della essenziale bilateralità della stessa. La lettera dello stesso art. 1230 è infatti chiara nell'indicare nelle parti i soggetti capaci di estinguere l'obbligazione e sostituire a questa una nuova, producendo l'effetto estintivo-costitutivo caratteristico dell'istituto *de quo*, in assenza del quale non può trattarsi di novazione ma semmai di uno degli altri istituti che realizzano unicamente l'effetto costitutivo. La volontà indicata al secondo comma dell'articolo in parola deve essere considerata, infatti, quale volontà negoziale e, precisamente, volontà destinata a convergere nel regolamento contrattuale, mirante al soddisfacimento di diversi ma convergenti interessi delle parti, la cui causa va letta come l'estinzione della precedente obbligazione e la sostituzione ad essa di una nuova. Nessun dubbio deve porsi sulla natura contrattuale di tale incontro di volontà, nonostante in passato alcuni autori, anche molto autorevoli [14], abbiano sviluppato un'interessante teoria in base alla quale occorre distinguere i contratti, finalizzati alla composizione di un conflitto di interessi patrimoniali, dagli accordi, meri negozi giuridici, finalizzati alla soddisfazione di interessi diversi ma cospiranti [15],

---

che gli artt. 1411 ss. non pongono mai esplicitamente tale limitazione e che l'ordinamento non rifugge totalmente ad attribuzioni non favorevoli che producono i suoi effetti nella sfera giuridica di un terzo senza alcun tipo di volontà da parte di questi, purché sia sempre possibile provocarne la caducazione e, viceversa, la *voluntas* del beneficiario *ultra vires* sia elemento necessario a causarne la stabilizzazione. Salta immediatamente agli occhi l'analogia con la posizione del legatario onerato a sua volta di sublegato, tutelato comunque dal limite imposto dall'art. 671. Potrebbe questo considerarsi limite generale imposto dall'ordinamento alla facoltà di incidere sulla sfera dei terzi senza la loro preventiva volontà negoziale. Sulle modalità di acquisto del legato, per tutti, PALAZZO, *Testamento e istituti alternativi*, in *Tratt. teorico-pratico dir. priv.* diretto da Alpa e Patti, Padova, 2008, 39 ss., 45 ss.

[12] PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diverse dall'adempimento,* in *Comm. cod. civ.* Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1975, 164 ss.

[13] Fermo quanto detto *supra*, come specificamente esplicitato in BIANCA, *op. cit.*, 443.

[14] V. M. TRIMARCHI, *Accordo (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 297.

[15] Per una teoria generale dell'essenza del contratto, e la non configurabilità di accordi a contenuto patrimoniale bilaterali diversi dal contratto, per tutti, si veda SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.*, 214 ss.

tra i quali certamente deve inquadrarsi la fattispecie oggetto di commento. Tale distinzione non ha ragion d'essere nel nostro ordinamento, *in primis* per la lettera dell'art. 1321 e, *in secundis,* in quanto il raggiungimento di scopi comuni alle parti o comunque di scopi che, pur non comuni, risultano in concreto finalizzati al medesimo risultato, è esplicitamente previsto in una norma all'interno della teoria generale del contratto [16].

2. Sgombrato il campo dall'eventualità di inquadrare il fenomeno novativo in qualcosa di diverso dal contratto, come ha anche recentemente ribadito con forza la giurisprudenza [17], occorre verificare la compatibilità delle normative generali di questo a quella, consapevolmente osservando che la disciplina specifica è oggettivamente scarna.

Da quanto detto si può delineare quindi un principio generale in base al quale la volontà di novazione non è mai implicita, ma necessita di esteriorizzazione, concorde tra le parti, quanto meno mediante l'incontro di comportamenti concludenti che siano incompatibili con l'intento di mantenere in vita l'originaria obbligazione [18].

In merito alle modalità di conclusione deve propendersi per una generale applicabilità dei principi del contratto, da temperarsi con la espressa previsione dell'art. 1230 secondo comma; *nulla quaestio* in merito a modalità di scambio della proposta e dell'accettazione, di tempo e luogo di conclusione, revocabilità della proposta; maggiori difficoltà, data per certa la configurabilità della novazione *per facta concludentia*, troviamo nel caratterizzare quali fattispecie possano avere tale valenza.

La lettera del citato articolo, unitamente alla distinta specificazione contenuta nell'art. 1231 seguente, conducono ad affermare che, ferma la necessità della non equivocità della volontà, questa possa risultare *non expressis verbis*.

Deve, conseguentemente, indagarsi quali limiti affronti l'implicita volontà di una delle parti per poter comunque ottenere l'effetto novativo, *rectius*, per integrare quella *volontà di estinguere l'obbligazione precedente in modo non equivoco* che prescrive la legge. Per risolvere tale problematica

---

[16] L'art. 1420, inserito all'interno del Capo XI del Titolo II del Libro IV, concernente la nullità dei contratti, contiene un principio considerato di carattere generale; così Santoro-Passarelli, o*p. cit.*, 214.

[17] Cass., 10 febbraio 2003, n. 1946, in *Not. giur. lav.*, 4, 2003; Cass., 25 novembre 2003, n. 17913, in *www.cortedicassazione.it*, in special modo Cass. 12962/2005, cit., che richiama Cass. 16038/2004, cit., ha ribadito che è "assolutamente pacifico presso una giurisprudenza più che consolidata di questa Corte regolatrice, che nella specie deve ulteriormente ribadirsi (*omissis*) la novazione oggettiva si configura come un contratto estintivo e costitutivo di obbligazioni, caratterizzato dalla volontà di far sorgere un nuovo rapporto obbligatorio in sostituzione di quello precedente con nuove ed autonome situazioni giuridiche".

[18] Nobili, *op. cit.*, 144.

l'art. 1230 citato, contenente la locuzione definitoria della stessa novazione oggettiva non consente di porre dei criteri certi. La stessa definizione di sostituzione di obbligazione con una nuova, avente titolo o oggetto diverso, non consente di comprendere in quali momenti la volontà, espressa in modo non equivoco, come puntualizza il comma successivo, deve intendersi finalizzata solamente alla modificazione di un elemento dell'obbligazione o, viceversa, quando è finalizzata alla sostituzione dell'intera obbligazione con una nuova. Si osservi infatti che tale nuova obbligazione ben potrebbe differire per un solo elemento, purché non accessorio, come tassativamente impone il successivo art. 1231.

Per orientarsi si potrebbe argomentare che lo stesso 1230 definisce quali casi di modificazione del contenuto dell'obbligazione sono suscettibili di provocare novazione, beninteso, purché tale volontà inoltre risulti in modo non equivoco; con la possibilità di causare detto effetto oppure operare limitatamente alla sola modifica dell'oggetto o del titolo. Ma tale argomentazione non regge, da un lato, in riferimento al primo dei due elementi, per la vastità di questo, dall'altro per la naturale valenza della novazione stessa a costituire titolo della nuova obbligazione, *rectius*, *il titolo* della nuova obbligazione, pertanto, in presenza di novazione, il titolo della obbligazione sorta sarebbe *in re ipsa* nuovo, senza per questo volersi sostenere la astrattezza del suddetto titolo novativo. Si noti poi che la dottrina e specialmente la giurisprudenza [19] hanno espunto alcuni casi di modifica del l'oggetto dalle fattispecie capaci di provocare novazione, con ciò eliminando la possibilità di una distinzione comoda. Tralasciando per un momento l'approfondimento della modifica dell'obbligazione nell'oggetto, la menzione del titolo nell'art. 1230 non può non suscitare delle perplessità.

Appare infatti palese a chiunque che la nuova obbligazione costituita mediante il contratto di novazione, tragga titolo da questo stesso contratto e che l'identità di titolo non possa presentarsi e che sia anzi ossimorica rispetto al verificarsi della novazione. Interpretando il dettato codicistico, evitando una *interpretatio abrogans*, si potrebbe ricavare che tale espressione delimita il campo della novazione in senso inverso rispetto alla precedente in merito all'oggetto; essa afferma, ossia, che trattasi sempre di novazione quando viene ad essere mutato il titolo dell'obbligazione, *rectius* il mutamento del titolo dell'obbligazione consente presumere che trattasi di novazione. Come titolo, ai sensi dell'art. 1230, deve infatti intendersi il fatto che porta al sorgere in capo ad un soggetto di un diritto [20] e nessuno può dubitare che l'obbligazione costituita sorge in forza del contratto di novazione, che ne rappresenta il titolo. Non corretta, ad avviso di chi scrive, è l'opinione di chi intende la parola *titolo* impiegata nell'articolo in commento come sinonimo

---

[19] Oltre alla sentenza in commento, Cass., 16 novembre 2007, n. 22339, in *www.cortedicassazione.it*; Cass., 16038/2004, cit.

[20] V. per tutti Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2004, 78.

di causa in concreto [21], la cui modifica è ravvisabile solamente nel momento in cui, con la novazione, si realizzi una modifica dell'operazione economica sottesa [22], tale, pertanto, da modificare la causa in concreto [23].

Ha correttamente esposto autorevole dottrina che quando l'obbligazione ha la sua fonte in un contratto il successivo contratto di novazione di questa sola, incide necessariamente nel contratto da cui trae fonte, comportando una modifica del contenuto contrattuale, ma senza comportare una novazione del contratto [24]. Per valutare se l'effetto novativo deve considerarsi tale nei confronti dell'intero contratto, lo stesso giudizio di accessorietà o essenzialità che si è reso necessario precedentemente nei confronti della modifica di elementi del rapporto obbligatorio deve ripetersi nei confronti dell'intero contratto [25].

Potrebbe certamente delinearsi, comunque, che la modifica di diversi elementi, quali i soggetti del rapporto, il tempo e il luogo dell'adempimento, i documenti comprovanti il rapporto, non sia mai comportante novazione, così rendendo gli artt. 1235 – per quanto alla modifica dei soggetti del rapporto obbligatorio – e 1231 – per il termine, i documenti comprovanti ed ogni altro elemento accessorio – esemplificazione di una esclusione già effettuata.

Ma questa ricostruzione, seppur corretta, non consente di rispondere alla domanda di cui sopra, per la quale occorrerà pertanto fare riferimento alla dottrina contrattualistica, al fine di individuare quei comportamenti dai quali, nel silenzio della parte, può desumersi l'accordo in merito ad una proposta [26] contrattuale di novazione.

---

[21] Come ha fatto parte della dottrina, ponendo come casi di novazione dell'obbligazione alcuni esempi che devono intendersi come novazione del contratto. Correttamente, altri autori, *ex multis*, C.M. Bianca, *op. cit.*, 455, esemplificano la differenza sostanziale tra novazione dell'obbligazione derivante da contratto e novazione del contratto. La modifica del titolo dell'obbligazione non coincide necessariamente con il concetto di causa in concreto del contratto cui la stessa inerisce.

[22] Tale concezione può risultare derivante, forse, da una visione eccessivamente imperniata sulla finalità economica del contratto, come ha evidenziato Gazzoni, *op. cit.*, XXV, o forse da una impostazione della causa come riferita non all'intero rapporto contrattuale, ma alle singole prestazioni, considerate isolatamente: v. Roppo, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.* a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2001, 366.

[23] La novazione dell'obbligazione non comporta, necessariamente, modifica di altro che non della stessa obbligazione precedente, che si estingue, comportando il sorgere di una nuova obbligazione. Tale operazione può quindi incidere e influenzare solamente – e tale sarà nella sua ricostruzione più generale e astratta – un rapporto obbligatorio di credito-debito, nulla innovando in merito ad altri rapporti, pregressi o contestuali, in essere tra le parti, rientrandosi, in caso contrario, in una fattispecie di novazione non del rapporto obbligatorio, bensì del contratto.

[24] C.M. Bianca, *op. cit.*, 455.

[25] Perlingieri, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., 71 afferma che la novazione è fenomeno che concerne il rapporto, senza riguardare la fonte dalla quale questo rapporto trae origine.

[26] La disciplina dei comportamenti concludenti presuppone necessariamente una proposta contrattuale espressa, seppure anche essa mediante comportamenti e non, quindi *expressis verbis.* Sul punto, *ex multis,* Roppo, *op. cit.*, 199.

Detti comportamenti debbono essere attivi [27], anche se silenziosi, e devono avere inequivocabilmente il valore semantico di accettazione del contratto, operando come segni dimostrativi di volontà contrattuale conforme alla proposta [28]. Elemento fondamentale per aversi valore di accettazione è la inequivocabilità dei comportamenti [29], che deve desumersi [30] in dipendenza del contesto di riferimento.

La giurisprudenza [31] ha ammesso persino la possibilità di modificare per fatti concludenti le pattuizioni contenute in un precedente contratto espresso, il che equivale ad affermare la possibilità di modificare un contratto espresso semplicemente adempiendo la diversa prestazione [32]. Senza poter accettare tesi estremistiche, deve notarsi come la definizione di fatti concludenti idonei a valere accettazione si adatta perfettamente alla necessaria non equivocabilità prescritta dall'art. 1230, fermo restando che tale elemento deve riscontrarsi in merito non alla sola accettazione, come può rinvenirsi in materia contrattuale, bensì alla comune volontà di novare l'obbligazione, così come precedentemente specificato [33].

Se, come *supra* approfondito, l'art. 1235 non lascia particolari dubbi al proprio significato, una notazione deve farsi in merito all'art. 1231, ossia all'ulteriore norma che disciplina la presunta esclusione dell'effetto novativo a fronte di modifiche del contenuto dell'obbligazione. La costruzione dell'articolo sembra integrare un'elencazione che appare nascere tassativa e successivamente divenire generale e onnicomprensiva, con riferimento

---

[27] L'accettazione deve essere conforme alla proposta, in senso sostanziale, non formale. La forma, ove non richiesta dalla legge, dalla volontà delle parti, dalla consuetudine, dal consueto modo di agire, è pertanto libera e non impedisce la formazione di un contratto mediante incontro di volontà presentate con forma diversa tra loro. GAZZONI, *op. cit.*, 842 s.

[28] Per la teoria in base alla quale la proposta contrattuale ha valore di negozio unilaterale, si veda C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto,* Milano, 2000, 222; *contra*, GAZZONI, *op. cit.*, 841.

[29] ROPPO, *op. cit.*, 201.

[30] Come risulta da dottrina e giurisprudenza, essa risulta *quaestio facti,* non sindacabile in sede di legittimità se adeguatamente motivata; in dottrina ROPPO, *op. cit.*, 201; GAZZONI, *op. cit.*, 843; in giurisprudenza Cass., 23 maggio 2003, n. 8191, in *Corr. giur.*, 1993, 1181.

[31] Cass., 16 maggio 1973, n. 126, in *Giur. it.*, 1974, I, 1, 1574.

[32] Nella fattispecie considerata, erano state modificate unilateralmente le condizioni di contratto di un agente di commercio in merito al *quantum* della provvigione spettante. L'agente aveva continuato a svolgere le proprie mansioni e da tale fatto la Corte, nella citata sentenza, ha desunto l'accettazione dell'accordo modificativo per fatti concludenti. Nota attenta dottrina, GAZZONI, *op. cit.*, 843, che un comportamento di tale genere è quanto meno ambiguo, trattandosi di adempimento dell'obbligo contrattuale e far discendere da esso un comportamento concludente è certamente discutibile. Si veda anche Cass., 24 luglio 1999, n. 8053, in *www. cortedicassazione.it*.

[33] E come ribadito anche in Cass., 16038/2004, cit.

ad ogni altra modificazione accessoria. Il dubbio che ci si pone, sciolto dalla sentenza in commento, è che tale elencazione possa sovrapporsi con quanto previsto dal citato 1230 primo comma, specificamente con la definizione di novazione, che sussiste in presenza di oggetto o titolo diverso, escludendo alcune modifiche dell'oggetto – o del titolo – dal valere quale novazione. Ciò vale a dire che, escludendo che possa in qualche modo esservi sovrapposizione, occorre domandarsi se vi sia spazio per modifiche accessorie che non vanno ad incidere né sul termine, né sul rilascio di documenti o rinnovazione, bensì che vadano a modificare in qualche modo la *res* del rapporto obbligatorio, ovverosia l'oggetto mediato [34].

La sentenza in commento sembra sciogliere tale dubbio, richiamandosi a dottrina unanime e precedenti giurisprudenziali [35], con ciò abbracciando la tesi per cui l'elencazione di cui al 1231 deve ritenersi assolutamente non tassativa, sostanziale e non formale, ma contestualmente affermando che la modifica del titolo o dell'oggetto non può non presentare novazione e così dando l'impressione di contraddirsi.

Tale aspetto necessiterebbe di un approfondimento che la Suprema Corte non fa, lasciando all'interprete il compito di individuare quando la modifica dell'elemento oggettivo dell'obbligazione incida solamente su elementi accidentali, quindi senza essere fonte di novazione. Il procedimento logico per cui la modifica del *quantum* dell'obbligazione non incide sull'oggetto dell'obbligazione se non limitatamente ad un aspetto marginale, rientrando quindi non nella previsione, puntuale e tassativa, dell'art. 1230, bensì nella previsione, meramente esemplificativa, dell'art. 1231, è dato dalla sentenza in commento come acclarato e sul punto la Suprema Corte non si dilunga affatto.

3. Nello stesso paragrafo la Cassazione afferma che la modifica del titolo o dell'oggetto è sempre novazione, quindi smentendo la possibilità di una modifica dell'oggetto che sia tale e, allo stesso tempo, sia modifica solamente accessoria e quindi non comporti novazione. Come qualificare la modifica del *quantum debeatur*, quindi? In base ai principi generali che regolano la materia [36] l'oggetto è uno degli elementi dell'obbligazione, precisamente esso individua il bene della vita o il diritto che deve essere procurato al soggetto titolare del rapporto obbligatorio. A rigor di logica, quindi, la modifica del *quantum* non può che essere riferita all'oggetto dell'obbligazione.

Non può, diversamente, intendersi il mutamento sostanziale come null'altro che un sinonimo dell'*aliquid novi*, come sembra esprimersi in

---

[34] Per l'oggetto del rapporto obbligatorio, GAZZONI, *op. cit.*, 557 ss.; SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.*, 71, 129.

[35] Cass., 12962/2005, cit.; Cass., 16038/2004, cit.

[36] La definizione, come ricostruita ormai in dottrina, individua l'obbligazione come un vincolo giuridico che impone ad un determinato soggetto un determinato comportamento. Così GAZZONI, *op. cit.*, 557.

alcune occasioni la dottrina e perfino la Suprema Corte di Cassazione; tale identità porterebbe al paradosso di escludere l'avvenuta modifica del rapporto obbligatorio in presenza di mutamenti in elementi non sostanziali e, quindi, *sic et simpliciter*, radicalmente negare la possibilità di un mutamento del rapporto obbligatorio non novativo [37], come nei fatti e, soprattutto, nella lettera dell'art. 1231, non è. L'impiego di termini della lingua latina deve risultare utile al fine di meglio ricostruire le fattispecie, senza originare crasi tra il concetto logico ad esse sotteso e il medesimo concetto logico rappresentato dalle stesse parole nella lingua italiana. Risulta pertanto artificioso ritenere che l'*aliquid novi* sia presente solo in caso di modifiche sostanziali dell'oggetto della prestazione, quando a tale differenziazione tra modifiche sostanziali e modifiche non sostanziali o accessorie è attribuito *ex se* un differente effetto dalla legge, precisamente nel citato art. 1231. Detto articolo non nega che le modifiche accessorie al rapporto obbligatorio siano modifiche di questo, ma tuttavia non consente dedurre che da queste modifiche si produca l'effetto novativo; quanto meno esclude che esso si possa presupporre.

Nulla vieta [38] che, convenzionalmente, consci del fatto che anche in caso di mutazioni di elementi accessori una modifica al rapporto si sia prodotta, si intenda attribuire alla espressione in parola il valore di "mutamento sostanziale dell'oggetto della prestazione o del titolo del rapporto" [39], che non gli è proprio nella lingua in cui è concepita e in tale modo dobbiamo interpretare quanto scritto nelle sentenze citate.

Il principio che troviamo allora sotteso alla sentenza di Cassazione in commento, pur non esplicitato in alcun modo, è che non tutte le modifiche dell'oggetto del rapporto obbligatorio saranno automaticamente fonte di novazione, bensì sarà possibile una modifica dell'oggetto che coinvolga unicamente elementi accessori, come nella fattispecie incontrata. Da ciò discende che il testo stesso della sentenza in commento è ellittico nel punto in cui scrive "Occorre dunque una modificazione dell'obbligazione originaria nell'oggetto o nel titolo" e, successivamente "le modificazioni dell'oggetto o del titolo non possono mai essere considerate accessorie per espressa previsione di legge", in confronto al successivo periodo in cui è esplicitato che "tali modificazioni danno luogo a novazione se accompagnate da una non equivoca manifestazione dell'intento di estinguere l'obbligazione originaria sostituendola ...". Successivamente, inoltre, viene ribadito che "i mutamenti apportati dalla comune volontà delle parti al contenuto originario dell'obbligazione ... determinano un mutamento del contenuto della stessa, ancorché il titolo rimanga quello originario".

---

[37] Sembra, all'apparenza, accettare questa prospettazione anche Cass., 16038/2004, cit.

[38] E in tale senso occorre leggere in Cass., 16038/2004, cit.

[39] Come scrive la Suprema Corte nella sentenza 16038/2004, cit.

In tal modo si afferma quanto più dettagliatamente sopra descritto, il cui fondamento logico è la tesi che si vuole dimostrare. Immediatamente appare stridente il contrasto tra le prime proposizioni della Sentenza in commento sopra riportate nei confronti dell'ultima, qualora queste prime si vogliano leggere letteralmente. Per evitare tale contrasto insanabile e nel momento in cui si assuma come base il procedimento logico sopra descritto, deve diversamente intendersi come l'ultima proposizione riportata altro non sia che un riassunto dell'intero concetto esposto nelle altre.

Si afferma, quindi la possibilità di una modifica dell'oggetto che non produca novazione, inferendo unicamente su elementi accessori di questo.

Ma l'ulteriore considerazione che emerge dall'ultima frase riportata è ancora più importante e sembra risolvere quanto detto precedentemente in merito al rapporto tra i due elementi indicati dall'art. 1230 e sul valore non paritario che essi hanno per individuare la presenza o meno di novazione. La persistenza del titolo originario è infatti, a detta della Cassazione, il reale *discrimen* dal quale è possibile dedurre se la modifica ha prodotto un effetto novativo o meno; *rectius* nel momento in cui si è verificata novazione, il titolo sarà *ex se* modificato, di modo che non residui alcuna sorta di dubbi sulla valenza estintiva-costitutiva della modifica prodottasi. Da ciò deve discendere che, nella lettura dell'art. 1230, la disgiunzione presente tra gli elementi del rapporto obbligatorio, la cui modifica comporta novazione, debba intendersi piuttosto avente significato di congiunzione, atteso che mentre la modifica dell'oggetto dell'obbligazione, relativamente ad elementi non essenziali, non comporta, come detto, necessariamente novazione, la modifica del titolo è invece elemento necessario e sufficiente per asserire che detta novazione si è prodotta.

4. Da quanto detto si dovrebbe dedurre, quindi, necessariamente, che il successivo art. 1231 debba intendersi come elencazione non tassativa, bensì solamente esemplificativa, potendosi estendere gli effetti del citato articolo a tutte le fattispecie di modificazioni accessorie, tra cui l'emissione di cambiali, la concessione di garanzie reali o personali, la modifica in qualsiasi forma di queste.

In merito al titolo fondante la nuova obbligazione, si è detto della sua autonomia e necessaria differenza rispetto al titolo della precedente obbligazione. Tali affermazioni, pacificamente condivisibili, non possono però far propendere per l'astrattezza o autonomia del medesimo titolo. Il dato normativo appare sul punto particolarmente chiaro, con diversi riferimenti alla insussistenza dell'obbligazione originaria per nullità (art. 1234, comma 1 c.c.) o per annullabilità (art. 1234, comma 2 c.c.) del titolo. Deve notarsi come il riferimento nell'articolo in parola sia in primo luogo alla sussistenza dell'obbligazione originaria, mentre successivamente il riferimento all'annullabilità è limitato al solo titolo di questa, così dovendosi meglio determi-

nare cosa possa il legislatore intendere con esistenza e annullabilità.

La dottrina [40] ha concluso che la nullità può essere delineata attraverso due procedimenti, i quali, a seconda del punto di vista da cui traggono origine, sono definiti di qualificazione negativa o di inqualificazione. Posto come assioma che l'atto nullo è improduttivo di effetti per un vizio che ne mina la stessa struttura, il dibattito è aperto sulla possibilità o meno di eccezioni a tale principio, ammesse dalla tesi della qualificazione negativa, negate recisamente nella teoria della inqualificazione.

La prima teoria appare di per sé contraddittoria, nel momento in cui si osservi che il termine stesso "qualificazione" naturalmente comporta una qualificazione in termini positivi e che l'intero impalco logico della tesi in parola ruota attorno al rapporto tra il concetto di nullità e quello di negozio giuridico. Si individua, infatti, la nullità essenzialmente, come la negazione della realizzazione del negozio, quale cioè una forza negativa che si oppone alla positiva rilevanza di questo inteso come espressione di volizione agente [41]. Qualora si aderisse a tale ricostruzione, discenderebbe *ex se* che il negozio, anche se nullo, manterrebbe comunque una sua autonoma rilevanza sul piano sociale, seppur limitatamente come mero fatto morale, il che appare contrastare con la ricostruzione fatta propria dalla normativa che disciplina la nullità [42]. Deve necessariamente propendersi quindi per la tesi della inqualificazione, per cui il negozio o l'obbligazione sono carenti in uno o più dei loro presupposti fondanti necessari e pertanto non potranno nemmeno assurgere alla qualificazione di negozio [43]. L'art. 1234, in base a quanto elaborato, subordina l'efficacia della intervenuta novazione alla sussistenza della precedente obbligazione. In base a quanto detto [44] deve farsi discendere che questa esistenza vada letta comunque in contrapposizione alla nullità. Inesistente, ai fini del citato articolo, sarà quindi l'obbligazione nulla, della quale non potrà mai in alcun modo effettuarsi novazione. Dalla lettera della legge sembra però più limitatamente escludersi la configurazione di una novazione efficace, ammettendosi di converso, in presenza di obbligazione nulla, una novazione che possa essere valida, per quanto inefficace.

Se si volesse seguire tale ricostruzione, si potrebbe ritenere che la norma citata operi alla stregua di una condizione sospensiva *ex lege* della novazione [45], la quale assume come evento condizionante la sussistenza

---

[40] Per approfondimenti, per tutti, GAZZONI, *op. cit.*, 988.

[41] GAZZONI, *op. cit.*, 989.

[42] Se non nell'eccezionale previsione dell'adempimento dell'obbligazione naturale *ex* art. 2034, per la quale, infatti, la dottrina preferibile comunque esclude trattarsi di obbligazione (giuridicamente) nulla.

[43] Per approfondimenti GAZZONI, *op. cit.*, 989, ed ivi ulteriori riferimenti.

[44] Senza poter approfondire le differenze tra nullità e inesistenza in questa sede.

[45] Si potrebbe, di converso, argomentare che la ricostruita teoria pecca di su-

della originaria obbligazione da novare [46]. Assumendo tale affermazione, deve considerarsi astrattamente possibile stipulare un contratto di novazione di una obbligazione nulla, che sarà perfettamente valido, per quanto inefficace, fino al momento in cui l'obbligazione da novarsi non sia più nulla (*rectius*, non sia venuta ad esistenza, aderendosi alla tesi della sostanziale coincidenza, ai fini della norma in commento, tra nullità ed inesistenza). Da questo potrebbe discendere che tale articolo trovi la propria applicazione anche nel caso di novazione stipulata anteriormente all'obbligazione (tradizionalmente) originaria, aprendo alla possibilità di una novazione preventiva [47].

Ma tale impostazione, va ad urtare con quanto ormai è assodato in materia di possibilità di sanatoria della nullità; la preesistenza dell'obbligazione originaria da novare, a maggior ragione qualora essa fosse affetta da insanabile vizio di nullità, non può essere meramente dedotta in condizione, dovendosi ritenere, più correttamente, requisito fondamentale per la configurabilità dello stesso contratto di novazione [48].

Differentemente è a dirsi in merito al secondo comma del citato articolo, riferito esplicitamente al caso dell'obbligazione originaria annullabile, e come tale convalidabile *ex* art. 1444, ove la consapevolezza di tale annullabilità è elemento necessario per la validità della stipulata novazione. *Prima facie* tale discordanza logica appare particolarmente marcata, sancendo l'ordinamento la sanzione più grave – invalidità – a fronte della sussistenza perficialità nel ritenere configurabile un contratto sottoposto ad una condizione che

---

intervenga e agisca su quello che, inoppugnabilmente, appare essere un elemento essenziale del contratto stesso. Attenta dottrina ha affermato che tale soluzione non desta alcuno scandalo nell'ordinamento civilistico italiano, ed anzi che nella prassi negoziale non vi sono soverchi ostacoli a che uno di quelli che la dottrina tradizionale ha sempre definito elementi accessori del negozio giuridico (termine, condizione, modus), sul punto Bianca *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., 510, esplichi i suoi effetti nei confronti o prenda quale fatto materiale a quo, uno degli elementi che la dottrina tradizionale ha sempre ritenuto necessari del negozio giuridico (soggetto, oggetto, causa). Si veda sul punto G. Petrelli, *Clausole condizionali e prassi notarile*, in *Notariato I e II*, Milano, 2000, 165 ss., 274 ss.

[46] Già la dottrina risalente ha specificato che l'evento condizionante riguarda gli effetti e non la sussistenza del negozio, potendosi ricondurre ad un unico paradigma, ossia quello del negozio condizionato, tutte le situazioni in cui gli effetti e non la sussistenza di un negozio si vengono a trovare in uno stato di pendenza. Mirabelli, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ. UTET*, Torino, 1967, 200.

[47] La dottrina ha infatti affermato che è differente dal caso di pendenza della condizione lo stato temporale in cui un atto o un fatto mancanti debbano inserirsi nella fattispecie costitutiva del negozio, in guisa di dovere essere considerati elementi necessari di questo, comportandone l'assenza l'invalidità – *rectius*, l'inesistenza – dello stesso negozio, non la sola inefficacia. Mirabelli, *op. cit.*, 201. A tale qualificazione è preferibile ricondurre l'ipotesi considerata.

[48] Si potrebbe, diversamente, parlare di indeterminabilità dell'oggetto di questo.

del vizio tradizionalmente minore [49] e la sanzione più lieve – inefficacia – a fronte di una gravissima mancanza, per di più *prima facie* insanabile in un elemento costitutivo del contratto. Deve invece notarsi come il secondo comma della norma in parola riprenda sostanzialmente il contenuto del citato art. 1444, configurando una speciale ipotesi di convalida tacita dell'obbligazione annullabile [50].

Allo stesso modo di quanto sopra detto, non è configurabile che l'evento consapevolezza del vizio dell'obbligazione da novarsi sia dedotto in condizione sospensiva dell'efficacia del contratto novativo, senza urtare con i principi fondamentali dell'ordinamento in materia di annullabilità, che non è questa la sede idonea per esporre [51] o, diversamente, avendo già realizzato gli effetti voluti [52].

Da quanto sopra elaborato può evincersi il carattere di stretta correlazione tra l'obbligazione originaria e quella derivante dalla novazione, per cui la seconda è direttamente dipendente dalla prima, nonostante la necessaria differenza di titolo [53]. Discende quindi, come correttamente applica la sentenza in commento [54], che la autonomia di titolo non giustifica autonomia dell'obbligazione e che tale connessione trova spazio proprio all'interno del titolo dell'obbligazione novata. Questo avrà tra i propri elementi costituenti proprio l'estinzione dell'obbligazione originaria, effettuatasi in forza del contratto di novazione. L'eventuale vizio di questo,

---

[49] Per il rapporto tra nullità e annullabilità si veda MIRABELLI, *op. cit.*, 458; BIANCA, *op. ult. cit.*, 576 ss., 603 ss.

[50] Il rapporto con l'art. 1444 non può che essere di *genus* a specie, essendo elementi dell'effetto giuridico desiderato, oltre che la conoscenza del vizio che inficia l'obbligazione e la volontà di convalidare, anche la manifestazione di queste mediante realizzazione di un effetto estintivo-costitutivo. L'annullabilità dell'obbligazione originaria non esonera, comunque, dalla necessità di esprimere una volontà in senso estintivo e, di converso, non limita all'effetto costitutivo la novazione descritta all'art. 1234, secondo comma.

[51] Inoltre una preventiva correzione del negozio colpito da un vizio che sia causa di annullabilità è concettualmente difficile da ipotizzare. Infatti "l'annullabilità è quella forma di invalidità che assoggetta il contratto alla sanzione dell'inefficacia di applicazione giudiziale" (BIANCA, *op. ult. cit.*, 603). Le cause di annullabilità sono legate principalmente a vizi del consenso di una parte o ad una tutela accordata ad una parte particolarmente debole. Non è questa però la sede idonea per un approfondimento sul punto.

[52] Nel momento stesso in cui il contraente sia consapevole del motivo di annullabilità e proceda alla stipula della novazione. La convalida, come è correttamente osservato in BIANCA, *op. ult. cit.*, 635 ss. e in STOLFI, *Teoria del Negozio giuridico*, Padova, 1961, 84, non attribuisce per il passato effetti al negozio che non ne aveva, ma elimina la possibilità che tali effetti vengano distrutti.

[53] Per un approfondimento sull'autonomia del titolo, per quanto in materia di titoli di credito, si veda G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino 1972, 571 ss., oltre a TORRENTE - SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 1968, 574.

[54] Richiamandosi anche a Cass., 16038/2004, cit.

se non sanato [55], mediatamente, si ripercuoterà sul titolo del rapporto costituitosi. Come detto, non si può che escludere radicalmente la possibilità di una novazione preventiva di obbligazione nulla o annullabile.

Deve inoltre notarsi un'ulteriore tesi di dottrina autorevole [56], per quanto probabilmente non condivisibile, la quale afferma che in presenza di una modifica del rapporto originario che non appaia incompatibile con la contemporanea vigenza dell'obbligazione originaria, ci si deve porre il problema se le parti abbiano inteso cumulare i due rapporti obbligatori, sostituirne uno all'altro o modificare il secondo.

In base a questa opinione sarebbe quindi non incompatibile il mutamento dell'oggetto o del titolo con il permanere del rapporto obbligatorio originario modificato, portando a conseguenze ancora più estremiste le tesi sovra esposte e certamente quindi uscendo dal dettato della sentenza in commento e da quanto l'esposta ricostruzione consente di fare. Tale tesi pertanto, seppur autorevole, non può essere condivisa, se non limitatamente all'oggetto.

Concludendo la disamina delle tematiche aperte dalla recente pronuncia della Cassazione, occorre quindi prendere nettamente posizione sulla mancanza di novazione ogni qualvolta la modifica dell'obbligazione incida solamente in modo marginale sul contenuto dell'obbligazione, anche quando tale modifica agisca sull'oggetto, intendendosi quindi la formulazione del primo periodo dell'art. 1230 come non perfettamente tassativa, mentre la elencazione del art. 1231 deve essere letta come meramente esemplificativa e anzi capace di integrare e comprendere la stessa indicazione dell'articolo che precede, in merito all'oggetto.

LUIGI SCONOCCHIA SILVESTRI

---

[55] È preferibile ritenere che la novazione di obbligazione annullabile comporti, tacitamente, preventiva convalida ex art. 1444 del rapporto contestualmente novato, piuttosto che ritenere tale passaggio non necessario nella contestuale estinzione. La novazione risulta essere modalità di estinzione dell'obbligazione non satisfattoria, per cui l'obbligazione originaria in caso di eventuale successiva caducazione del contratto di novazione, rivive come esistente, unicamente nel momento il cui detta caducazione coinvolga l'intera fattispecie contrattuale novativa, nulla ostando a che, invece, questa sia inficiata da vizi unicamente nel momento estintivo-costitutivo, ma non nel momento di convalida dell'obbligazione annullabile. La convalida ha infatti effetto retroattivo e definitivo, salvo i vizi che essa stessa inficiano, sul punto MIRABELLI, *op. cit.*, 458.

[56] GAZZONI, *op. cit.*, 595.

CORTE D'APPELLO DI PERUGIA, Sez. lav. – 11 giugno 2008 – *Pres.* PRATILLO HELLMANN – *Est.* BELLINA – C.D. (avv. D'Ammando) c. Soc. Coop. A.S.E. s.r.l. (avv. Accardi) e I.N.P.D.A.P. (avv. A. Bagianti).

Lavoro (rapporto) – Interposizione nel rapporto di lavoro – Violazione dell'art. 1, legge 1369/1960 – Insussistenza – Vincolo di subordinazione con il committente – Insussistenza – Liceità del contratto di appalto (c.c., art. 1655; l. 1369/1960, art. 1; d.lgs. 276/2003, art. 29).

Ai fini della configurabilità del divieto di appalto di manodopera occorre accertare in concreto le qualità professionali di coloro che prestano l'attività lavorativa, nonché le caratteristiche e la specializzazione dell'impresa, dovendosi verificare, in particolare, anche in caso di attività esplicate all'interno dell'azienda appaltante, se il presunto appaltatore abbia dato vita in tale ambito ad un'organizzazione lavorativa autonoma, con la gestione dell'esecuzione e la responsabilità del risultato e il rischio d'impresa relativo al servizio fornito, il tutto tenuto conto che, un'autonomia gestionale relativa alla conduzione aziendale, alla direzione del personale, alla scelta delle modalità e dei tempi di lavoro è configurabile anche se le caratteristiche del servizio affidato siano determinate dal committente (1).

(*Omissis*). Con ricorso al Tribunale di Spoleto in funzione di giudice del lavoro depositato il 29.4.2002 C.D. esponeva di essere divenuta socia della Coop. A.S.E. s.r.l. e di aver poi lavorato, in forza di un contratto di appalto, presso il convitto Unificato I.N.P.D.A.P. di Spoleto sin dal 1999.

L'inserimento presso il convitto avveniva per la durata di ogni singolo anno scolastico, svolgendo attività esclusivamente assistenziale, nell'arco di 38 ore settimanali, per sei giorni la settimana; i turni di lavoro venivano predisposti, previa consegna del relativo programma alla sig. C. della Soc. Coop. A.S.E.; nell'anno scolastico 2000-2001 su incarico dell'I.N.P.D.A.P. la ricorrente aveva espletato attività di istruttrice, così svolgendo mansioni superiori, come le altre istruttrici dell'istituto, ma senza i correlati benefici economici.

A seconda delle necessità la ricorrente veniva spostata da una squadra all'altra dell'I.N.P.D.A.P. su disposizione del funzionario I.N.P.D.A.P.: poiché tutta l'attività veniva espletata in favore dell'I.N.P.D.A.P. e sotto la direzione e vigilanza dell'Istituto, il rapporto instaurato costituiva palese violazione del divieto di intermediazione nei rapporti di lavoro (l. 1369/1960); pertanto chiedeva che, dato atto della continuità del rapporto sin dal settembre 1999, fosse dichiarata la violazione da parte dell'I.

N.P.D.A.P. e della Soc. Coop. A.S.E. delle disposizioni della l. 1369/1960 con ogni consequenziale pronuncia e che i resistenti fossero condannati in solido alla regolarizzazione della posizione previdenziale e contributiva della ricorrente per la mancata assunzione, con vittoria di spese.

Si costituiva l'I.N.P.D.A.P. contestando la pretesa avversaria; eccepiva la nullità del ricorso per indeterminatezza, l'infondatezza della pretesa e rilevava la impossibilità di instaurare con un Ente pubblico un rapporto di lavoro subordinato.

Si costituiva la Soc. Coop. A.S.E. negando recisamente che il contratto di servizi posto in essere con l'I.N.P.D.A.P. potesse dissimulare un appalto di manodopera e che mai fosse stato instaurato un contratto a termine con l'I.N.P.D.A.P.

All'esito dell'istruttoria il Tribunale respingeva il ricorso e compensava tra le parti le spese.

Avverso siffatta decisione ha proposto appello la C. chiedendone la riforma; si sono costituiti l'I.N.P.D.A.P. e la Soc. Coop. A.S.E. s.r.l. (*Omissis*).

Così delimitato l'oggetto dell'indagine, si rileva che la ricorrente ha preliminarmente contestato la decisione di primo grado nella parte in cui ha escluso che la disciplina della l. 1369/1960 potesse applicarsi a un ente pubblico non economico; la doglianza è fondata, invero la giurisprudenza ha definitivamente chiarito che "la prestazione di lavoro subordinato svolta alle dipendenze di un Ente pubblico non economico in violazione di norme imperative deve essere qualificata come pubblico impiego ai sensi e per gli effetti dell'art. 2126 c.c." (Cass. civ., sez. lav., 3.7.2003, n. 10551; sez. un. 9.4.1999, n. 225).

Premesso ciò, tuttavia, va rilevato che nel caso in esame la denunciata interposizione non sussiste.

La ricorrente ha contestato la sentenza del Tribunale rilevando che dagli atti era emerso che la ricorrente, formalmente dipendente (in realtà socia lavoratrice) della Cooperativa appaltatrice, in effetti, svolgeva la sua prestazione lavorativa per l'I.N.P.D.A.P., con l'istituto si rapportava, ed il suo lavoro era inserito, in breve, all'interno dell'organizzazione dell'appaltante; questo predisponeva turni di lavoro e aveva potere di approvazione nei confronti del personale che la Cooperativa inviava; la presenza all'interno dell'istituto di un referente della Cooperativa, la d.ssa C., era sostanzialmente inutile tanto che quando questa era andata via non era neppure stata sostituita; il fatto che l'appaltante gestiva gli aspetti amministrativi del rapporto e che pagava le retribuzioni non è elemento idoneo a dimostrare la effettività dell'appalto, come la giurisprudenza aveva ripetutamente chiarito.

Giova a questo punto rilevare che lo scopo della normativa che vieta l'appalto di mere prestazioni di lavoro è quello di proteggere i lavoratori

da forme di sfruttamento conseguenti alla dissociazione tra la titolarità formale del rapporto e la sua effettiva destinazione; la Suprema Corte pertanto ha affermato che il divieto opera anche per le società cooperative di produzione e lavoro, senza limitazioni derivanti dal tipo di rapporto che lega il prestatore alla società (societario ovvero di lavoro subordinato), non potendosi escludere che anche nei confronti del socio possa configurarsi, ricorrendone i presupposti, il contratto di appalto di mere prestazioni vietato dalla legge (Cass. civ., sez. lav., 11.9.2003, n. 13373).

La Cooperativa A.S.E. s.r.l. ha ribadito che la ricorrente era una socia, circostanza peraltro mai smentita dalla ricorrente; ha specificato, circostanze anche queste neppure labilmente smentite, di essere una società di capitali, iscritta nel registro delle imprese, che opera nel settore turistico alberghiero, assistenziale e ricreativo; la società ha allegato un imponente bilancio di esercizio relativo agli anni in questione e ha riferito di avere una forza lavoro di soci in numero di circa 1.500 unità; sulla grossa struttura organizzativa della Cooperativa ha riferito la teste B.

L'I.N.P.D.A.P. aveva stipulato con la Cooperativa un contratto di appalto che ha riguardato all'incirca 14 soci; l'Istituto, gestendo un convitto di giovani, si avvaleva per questa attività di istitutori, dipendenti dell'istituto stesso.

L'attività gestita dalla Cooperativa, per la quale è stato stipulato il contratto di appalto, consisteva (art. 1 del contratto) nell'approntare i servizi di "organizzazione e controllo di attività ludico-ricreativa, attività sportiva, sostegno didattico, assistenza diurna, serale-notturna e festiva, assistenza infermieristica, assistenza psicologica".

Appare dunque evidente che l'attività appaltata riguardava tutta l'attività di assistenza e supporto nei confronti dei convittori; attività diversa da quella specifica degli istitutori, che avevano la responsabilità dei giovani loro affidati; tanto che soltanto loro potevano, ad esempio, firmare i permessi di uscita, compilare e sottoscrivere le schede di valutazione, partecipare ai colloqui con gli insegnanti e agli incontri programmati; l'attività dei soci della cooperativa era invece di supporto e di assistenza ai giovani, conformemente alle previsioni del contratto.

Nel caso in esame, dunque, il soggetto appaltatore è una società che esercita effettivamente attività imprenditoriale, con un vasto giro di affari e di soci, che per minima parte ha interessato l'I.N.P.D.A.P. di Spoleto; l'attività espletata ben poteva essere oggetto di appalto, trattandosi di attività che, seppur richieda essenzialmente risorse umane e non si avvalga di attrezzature o beni aziendali, ha un suo atteggiarsi specifico, e peraltro diverso da quello dei dipendenti dell'I.N.P.D.A.P.

È pacifico – e risulta dalle deposizioni testimoniali – che tutti i rapporti amministrativi, contabili, disciplinari venivano curati dalla

Cooperativa e che l'I.N.P.D.A.P. non si rivolgeva, neppure per la predisposizione dei turni, direttamente al personale interessato, ma alla cooperativa, che gestiva sul posto il personale impiegato tramite la C., e curava tutti gli aspetti amministrativi e contabili.

Quest'ultima, lungi dall'essere una figura del tutto irrilevante, era costantemente presente presso la struttura dell'I.N.P.D.A.P. ed era lei a fare da tramite con la Cooperativa; a lei veniva diretta qualsivoglia richiesta relativa al personale e a lei questo doveva rivolgersi per permessi, malattia, ritardi, ecc.

La richiesta di allontanamento di una persona non gradita doveva essere indirizzata all'A.S.E., perché l'I.N.P.D.A.P. non aveva il potere di intervenire personalmente. Quando la dott.ssa C. è andata via sono divenuti punti di riferimento i sig.ri B. e L. (testi S., B., R., R., B. ecc. ...).

Tutte queste circostanze risultano chiaramente dalle prove testimoniali espletate; del resto tutti i testi escussi hanno confermato che il punto di riferimento della ricorrente era la C., né era emerso da alcuna dichiarazione che la stessa ricorrente abbia ricevuto incarichi, ordini, disposizioni direttamente dal personale I.N.P.D.A.P., né è stato allegato alcuno specifico ordine.

È poi evidente che persone che lavoravano e vivevano nello stesso ambiente, occupandosi di giovani, dovessero anche comunicare tra loro e coordinare i loro interventi; ma questo non cambia la diversa natura del rapporto tra il personale I.N.P.D.A.P. e i soci delle cooperative, compresa la ricorrente.

La stessa pretesa della ricorrente di aver svolto mansioni di istitutrice non è stata provata e risulta smentita dalla considerazione che la C. non effettuava i compiti specifici degli istitutori, quali la firma dei permessi e la compilazione delle schede, né poteva adottare provvedimenti disciplinari (teste R.).

Formalmente dunque il contratto di appalto ben poteva essere effettivo; né risulta che nel concreto atteggiarsi il rapporto si è configurato in modo tale che la ricorrente ha finito per operare effettivamente quale dipendente dell'I.N.P.D.A.P.

Ai fini della configurabilità del divieto di appalto di manodopera occorre in concreto accertare le qualità professionali di coloro che prestano l'attività lavorativa, nonché le caratteristiche e la specializzazione dell'impresa, dovendosi verificare, in particolare, anche in caso di attività esplicate all'interno dell'azienda appaltante, se il presunto appaltatore abbia dato vita, in tale ambito, ad un'organizzazione lavorativa autonoma ed abbia assunto, con la gestione dell'esecuzione e la responsabilità del risultato, il rischio di impresa relativo al servizio fornito, tenuto conto che un'autonomia gestionale, relativa alla conduzione aziendale,

alla direzione del personale, alla scelta delle modalità e dei tempi di lavoro è configurabile anche se le caratteristiche del servizio affidato siano determinate dal committente.

Nel caso in esame, per le considerazioni che precedono, appare che appalto effettivamente vi sia stato, e che l'appalto abbia riguardato il servizio nel suo complesso; e in realtà il servizio era gestito da un effettivo e presente imprenditore, seppur in stretto rapporto con il committente per quelle che erano le sue peculiari esigenze. E' di tutta evidenza, e non poteva essere altrimenti, che la cooperativa doveva immettere personale all'interno del convitto e che questo sarebbe stato a contatto con i giovani utenti; ovviamente dunque era indispensabile il gradimento da parte dell'istituto in ordine alle singole persone, che venivano a trovarsi ad operare all'interno di una struttura organizzata, per cui siffatto personale era necessariamente tenuto a rispettare le caratteristiche del servizio predisposte dal committente in vista delle finalità dello stesso.

Pertanto, diversamente da quel che ritiene la ricorrente, siffatti elementi, che denotano un ruolo rilevante del committente per il raggiungimento dei fini istituzionali, non rilevano per escludere l'effettività dell'appalto, né rileva che la presenza del personale dell'I.N.P.D.A.P. fosse costante e vigilante. Presenza comunque accessoria e funzionale rispetto alle mansioni che la ricorrente espletava anche secondo le indicazioni del personale dell'I.N.P.D.A.P., ma sottoposta effettivamente alle direttive e al potere gerarchico dei responsabili della Cooperativa.

L'appello pertanto deve essere rigettato. (*Omissis*).

(1) Interposizione illecita nel rapporto di lavoro, appalto di servizi e nuovi profili in tema di poteri dell'appaltatore.

1. I fatti sottoposti all'attenzione del Tribunale di Spoleto prima e della Corte d'Appello di Perugia successivamente sono i seguenti.

Una socia-lavoratrice di una società cooperativa operante nel settore assistenziale e ricreativo, deduceva di aver svolto, in realtà, le proprie prestazioni lavorative a favore e alle dirette dipendenze del committente con cui la cooperativa aveva stipulato un contratto di appalto consistente nell'approntare i servizi di "organizzazione e controllo di attività ludico-ricreativa, sportiva, di sostegno didattico, di assistenza diurna, serale, notturna e festiva, infermieristica e psicologica" all'interno di un convitto gestito dal committente stesso. In particolare, la lavoratrice sosteneva che la sua attività non si limitava a quella di semplice assistenza alle convittrici, bensì consisteva nella diversa attività di istruttrice, in tutto analoga a quella svolta dai dipendenti del committente ed esclusivamente volta al raggiungimento delle finalità dello stesso. La ricorrente deduceva inoltre

che le direttive le venivano impartite direttamente dal committente che esercitava anche il potere di controllo e disciplinare.

Quindi la ricorrente sosteneva la violazione del divieto di intermediazione ed interposizione nella prestazione lavorativa e chiedeva l'accertamento, ai sensi dell'art. 1, comma 5, l. 1369/1960, della sussistenza di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato alle dirette dipendenze del committente.

Quest'ultimo, costituendosi in giudizio, contestava integralmente le richieste della ricorrente ribadendo la legittimità del contratto di appalto e deducendo una serie di circostanze che, a suo dire, escludevano la sussistenza di un vincolo di subordinazione tra il committente e la ricorrente.

Il giudice di primo grado respingeva il ricorso sostenendo che non solo non era stata raggiunta la prova (a carico esclusivo della ricorrente) circa l'asserita intermediazione e lo svolgimento delle presunte mansioni di istruttrice in favore del committente, ma che, in definitiva, si era in presenza di un (reale) contratto di appalto di servizi e non di manodopera.

2. Dal punto di vista generale, il fenomeno dell'intermediazione e interposizione nel rapporto di lavoro si può manifestare sotto forme giuridiche diverse (si va dalla fornitura o cd. somministrazione della forza lavoro, all'interposizione nel cottimo, all'appalto e al subappalto di manodopera), ma tutte accomunate dalla presenza di un soggetto terzo che funge da intermediario tra i prestatori di lavoro e le imprese utilizzatrici.

Il legislatore, sin dagli anni sessanta, è intervenuto sull'argomento non per impedire, in generale, la facoltà dell'imprenditore di appaltare servizi a terzi, ma per evitare fenomeni elusivi e fraudolenti, quali quelli di utilizzazione della manodopera assunta formalmente da terzi, per comprimere il costo del lavoro ed evitare di assumere in via diretta il personale occorrente. Di norma (ma non necessariamente) ciò accade per determinati lavori, caratterizzati dal carattere di marginalità, occasionalità o temporaneità, oppure "fluttuanti", cioè legati all'esecuzione di determinate commesse o a periodi di attività più intensa (cd. punte di lavoro). Chiaramente, in questi casi, il profitto dell'intermediario-interposto è ottenuto ricavando un margine di lucro dalla differenza fra il monte-salari dei lavoratori occupati e il costo del salario sopportato dall'impresa committente.

Dal punto di vista della posizione del lavoratore, invece, questi meccanismi concretano una vera e propria forma di elusione delle sue tutele, dando vita a fenomeni di imputazione del rapporto ad un soggetto diverso dall'effettivo utilizzatore della prestazione lavorativa, il quale è invece il vero datore di lavoro [1]. Con l'elusione in esame si tende ad escludere non

---

[1] Ciò secondo l'art. 2094 c.c. che si riferisce alla collaborazione "nell'impresa" alle dipendenze "dell'imprenditore", tipicamente individuato in colui che organizza i fattori della produzione stipulando, appunto, per l'elemento personale, i necessari contratti di lavoro subordinato.

solo il complesso di garanzie che sarebbero dovute dal reale datore di lavoro (ad es. trattamento previsto dal contratto collettivo, stabilità nel posto di lavoro), ma anche la responsabilità patrimoniale di quest'ultimo per i crediti del lavoratore e degli enti previdenziali (art. 2740 c.c.).

In questa prospettiva si può comprendere il motivo per cui il legislatore, a partire dal 1960, abbia sancito un generale "divieto di intermediazione ed interposizione nelle prestazioni di lavoro", il quale, a ben vedere, si presentava come integrazione ed ampliamento del divieto per i privati di svolgere l'attività di mediazione nel mercato del lavoro, già previsto a salvaguardia del collocamento pubblico [(2)].

Proprio per questi motivi, con l'emanazione della legge 1369/1960 (abrogata dall'art. 85, c. 1, lett. c, d.lgs. n. 276 del 2003) fu introdotta per la prima volta una completa e rigorosissima disciplina del fenomeno interpositorio, in grado di assorbire anche la disposizione di cui all'art. 2127 c.c. rubricata *Divieto di interposizione nel lavoro a cottimo* [(3)].

Questa legge aveva inteso vietare ogni forma di interposizione personale nel contratto di lavoro, ponendo all'art. 1, c. 1, un generale e tassativo divieto di intermediazione ed interposizione: "è vietato all'imprenditore di affidare in appalto o in subappalto o in qualsiasi altra forma, anche a società cooperative (il richiamo esplicito alle società cooperative trova la sua giustificazione

---

(2) "Diversamente dall'attività di mediazione – prevista e disciplinata dagli artt. 1754-1755 c.c. e rivolta ad avvicinare l'offerta alla domanda di determinati beni o servizi, agevolando semplicemente la formazione e la conclusione del contratto – l'attività intermediatrice, per le caratteristiche tipiche del mercato del lavoro (massificazione, inferiorità della forza contrattuale del lavoratore-tipo, segmentazione professionale e territoriale), si presenta come interposizione nei rapporti di lavoro, essendo rivolta principalmente al reclutamento dei prestatori di lavoro da impiegare alle dipendenze degli imprenditori-utilizzatori. Più che alla formazione-conclusione del contratto, dunque, l'attività intermediaria è finalizzata al soddisfacimento della domanda delle imprese, attraverso la selezione dei lavoratori da assumere e la stessa gestione o utilizzazione della forza lavoro da essi offerta. Tutto questo spiega come nel rapporto di lavoro l'intermediazione privata resti solo eccezionalmente entro i limiti della semplice mediazione, ma assuma normalmente il carattere ben più pregnante dell'interposizione nell'esecuzione del contratto di lavoro e, precisamente, nell'impiego della manodopera assunta dallo stesso intermediario e da lui messa a disposizione dell'imprenditore (c.d. somministrazione o fornitura di manodopera)": così GHERA, *Diritto del lavoro*, Bari, 2004.

(3) La fattispecie prevista dall'art. 2127 c.c. riguardava, in particolare, il fenomeno dell'interposizione nel lavoro a cottimo (o cottimo collettivo autonomo). La norma vietava "all'imprenditore di affidare a propri dipendenti lavori a cottimo da eseguirsi da prestatori di lavoro assunti e retribuiti direttamente dai dipendenti medesimi" (c. 1) e sanzionava tale divieto rendendo l'imprenditore direttamente responsabile verso i lavoratori per gli obblighi derivanti dai contratti stipulati dal capo cottimista interposto (c. 2). Come evidente, si trattava solo di un caso particolare del più ampio fenomeno interpositorio e tra le conseguenze della violazione del divieto non era prevista l'imputazione *ex lege* del rapporto di lavoro all'imprenditore né la parità di trattamento con il personale di quest'ultimo.

nel fatto che la costituzione di cooperative fittizie è stata, come può essere tutt'ora, una delle tecniche più frequenti per eludere il dettato normativo), l'esecuzione di mere prestazioni di lavoro mediante l'impiego di manodopera assunta e retribuita dall'appaltatore o dall'intermediario, qualunque sia la natura dell'opera o del servizio, cui le prestazioni si riferiscono". Ai sensi del secondo comma dell'art. 1 "è altresì vietato all'imprenditore di affidare a intermediari, siano questi dipendenti, terzi o società, anche se cooperative, lavori da eseguirsi a cottimo da prestatori di opere assunti e retribuiti da tali intermediari" [(4)].

Il divieto formulato era quindi generale, in quanto, riguardava non solo l'interposizione nel lavoro a cottimo realizzata mediante qualsiasi intermediario (c. 2), ma qualunque forma di affidamento della "esecuzione di mere prestazioni di lavoro mediante impiego di manodopera assunta e retribuita" dall'interposto, qualunque esso fosse e per qualunque tipo di attività (c. 1). Ciò a significare che l'imprenditore poteva lecitamente affidare a terzi, mediante contratto di appalto (art. 1655 c.c.) o altrimenti, il compimento di un'opera o di un servizio anche interno al proprio ciclo produttivo [(5)], ma non l'esecuzione di mera attività lavorativa, poiché la legge imponeva che l'imprenditore (effettivo beneficiario di tale attività) assumesse anche in proprio la qualità di datore di lavoro [(6)].

In breve, l'interposizione era esclusa quando l'appaltatore utilizzava una propria organizzazione e gestiva direttamente i rapporti di lavoro [(7)].

[(4)] È questa parte della norma che sostituiva l'art. 2127 c.c., che disciplinava, come visto, l'interposizione nel cottimo, mentre la fattispecie prevista dalla suddetta disciplina era ben più ampia.

[(5)] Sul punto si veda Cass., sez. lav., 30 ottobre 2002, n. 15337, in *Foro it.*, 2003, I, 815; Cass., sez. lav., 22 agosto 2003, n. 12363, *ivi*, 2003, I, 2942. *Contra* Cass., sez. lav., 13 luglio 1998, n. 6860, in *Riv. it. dir. lav.,* 1999, II, 259 con nota di Margheriti, *Indici rivelatori della violazione del divieto di intermediazione ed interposizione nelle prestazioni di lavoro.*

[(6)] L'interposizione vietata non doveva essere necessariamente originaria, ma poteva anche sopravvenire durante il rapporto: Cass., sez. un., 21 marzo 1997, n. 2517, in *Riv. it. dir. lav.,* 1997, II, 705, con nota di Carinci, *Questioni in ordine all'applicazione della legge sul divieto di intermediazione nei rapporti di lavoro, con particolare riferimento alle ferrovie. Contra* Cass., sez. lav., 5 febbraio 1983, n. 990, in Giust. civ., 1983, I, 3364. Il divieto riguardava solo prestazioni di lavoro subordinato, sicché non operava con riferimento a lavoratori effettivamente autonomi: Cass., sez. lav., 7 ottobre 2000, n. 13338, in *Riv. it. dir. lav*., 2001, III, 402, con nota di Marinelli, *Appalto di manodopera e lavoro autonomo.*

[(7)] A riguardo, i requisiti dell'appalto lecito erano individuati nell'organizzazione propria dell'appaltatore e nell'assunzione da parte di questi del rischio di impresa per il conseguimento di un autonomo risultato produttivo: Cass., sez. lav., 30 maggio 2001, n. 7362, in *Riv. it. dir. lav.,* 2001, II, 36; Cass., sez. lav., 12 dicembre 2001, n. 15665, *ivi,* 2002, IV, 772, con nota di Nappi, *Interposizione, appalti interni leciti e limiti del sindacato giurisdizionale*; Cass., sez. lav., 30 ottobre 2002, n. 15337, cit.

Al fine di agevolare la distinzione, sul piano concreto, tra l'opera o il servizio, svolto con organizzazione e gestione propria dell'appaltatore, dalla mera prestazione di lavoro, il legislatore aveva previsto una presunzione assoluta contemplata sempre all'art. 1, c. 3, legge 1369/1960. La disposizione stabiliva che "è considerato appalto di mere prestazioni di lavoro ogni forma di appalto o subappalto, anche per l'esecuzione di opere o di servizi, ove l'appaltatore (pur con propria organizzazione e gestione) impieghi capitali, macchine ed attrezzature fornite dall'appaltante, quand'anche per il loro uso venga corrisposto un compenso all'appaltante" [8].

Da ciò derivavano due importanti conseguenze: da un lato la nullità di ogni "locazione" (reale o fittizia) di macchine o di impianti necessari all'esercizio dell'appalto, la quale non avrebbe avuto altro scopo se non quello di coprire una interposizione nel lavoro; dall'altro lato, un'estrema agevolazione per il lavoratore nel proporre azione in giudizio, essendo a tal fine sufficiente la prova di questo semplice fatto base in luogo di quella più complessa concernente l'intera fattispecie interpositoria [9].

La sanzione prevista dalla legge per le ipotesi di interposizione vietata, oltre a quella penale per imprenditore e interposto (art. 2), consisteva nel considerare i lavoratori, occupati in violazione dei suddetti divieti, "a tutti gli effetti, alle dipendenze dell'imprenditore che effettivamente abbia utilizzato le loro prestazioni" (art. 1, c. 5) [10]. In virtù di tale utilizzazione – nella quale è da ravvisare un vero e proprio comportamento di attuazione del vincolo della subordinazione e quindi dell'instaurazione del rapporto di lavoro – il contratto concluso con l'intermediario veniva conservato e fungeva

---

[8] Per l'operare della presunzione non era sempre necessario che il committente avesse fornito tutti e tre i mezzi indicati dalla norma: Cass., sez. lav., 18 febbraio 1993, n. 11595, in *Dir. prat. lav.,* 1994, 603. Tuttavia la presunzione non scattava se i mezzi forniti dal committente erano solo marginali, o comunque non prevalenti, rispetto alla complessiva organizzazione dell'appaltatore: in tal senso ancora Cass., sez. lav., 30 ottobre 2002, n. 15337, cit.

[9] Ossia il fatto che il lavoratore dipendeva direttamente dal committente (Cass., sez. lav., 23 aprile 1999, n. 4046, in *Mass. Giur. lav.*, 1999, 768; Cass., sez. lav., 30 ottobre 2002, n. 15337, cit.), dovendosi ovviamente distinguere l'esercizio del potere direttivo tipico del datore di lavoro nei confronti del prestatore dalle istruzioni del committente all'appaltatore e necessarie a specificare il risultato dell'appalto lecito: Cass., sez. lav., 20 agosto 2003 n. 12664, in *Riv. it. dir. lav.,* 2004, II, 48, con nota di Calcaterra, *Interposizione e appalto di servizi: la Cassazione anticipa la riforma.*

[10] Si veda a riguardo Trib. Perugia, sez. lav., sent. n. 39/2007 in cui il giudice, constando che alcuni lavoratori dell'azienda appaltatrice avevano reso le loro prestazioni a favore dell'appaltante-opponente, utilizzando per la produzione macchinari e materiali di proprietà di quest'ultima (che da sola sopportava ogni rischio di impresa), constatava una violazione del divieto espresso nell'art. 1 legge 1369/1960 (all'epoca dei fatti di causa ancora in vigore) e riteneva pertanto fondata la pretesa dell'ente previdenziale ad ottenere dall'appaltante il pagamento dei contributi relativi all'attività svolta da quei lavoratori.

da presupposto per la surrogazione soggettiva legale dell'imprenditore al datore di lavoro intermediario [11].
Dal punto di vista sistematico, il fenomeno dell'intermediazione può essere ricondotto allo schema del collegamento negoziale e perciò dell'interposizione reale (e non simulata o fittizia) nel rapporto di lavoro [12]; in tal modo, la contemplata disciplina antifraudolenta consentiva la sostituzione della volontà delle parti con l'effetto legale della costituzione del rapporto di lavoro in capo all'imprenditore interponente [13].

La disciplina indicata era pertanto rivolta a colpire quelle situazioni in cui, solitamente sotto la copertura formale di un contratto di appalto (o subappalto), le parti mirassero a eludere le norme imperative poste a tutela del lavoratore. L'elemento discriminante degli pseudo-appalti rispetto

---

[11] Il rapporto di lavoro che si costituiva con l'imprenditore committente era a tempo indeterminato e non limitato al solo periodo di effettiva utilizzazione (Cass., sez. lav., 19 maggio 1990, n. 4551, in *Mass. Giur. it.,* 1990, suppl., 88). La conseguenza in esame riguardava anche l'ipotesi in cui l'interposto fosse una società cooperativa, sicché qui incideva non solo sui soggetti, ma anche sul tipo di rapporto, in quanto il rapporto associativo con la cooperativa lasciava il posto ad un rapporto di lavoro subordinato con l'imprenditore interponente: al riguardo Cass., sez. lav., 27 maggio 1996, n. 4862, in *Dir. lav.,* 1996, 988; Cass., sez. lav., 7 marzo 1998, n. 2570, in *Riv. it. dir. lav.,* 1999, II, 31, con nota di Martinucci, *Sull'applicabilità del divieto di interposizione in materia di lavoro cooperativo.* Se il committente era una pubblica amministrazione la disciplina della legge 1369/1960 si applicava solo alle attività imprenditoriali nelle quali fossero utilizzate mere prestazioni di lavoro e non alle attività istituzionali (Cass., sez. un., 19 ottobre 1990, n. 10183, in Foro it., 1992, I, 523), onde impedire un facile aggiramento del principio costituzionale dell'assunzione mediante concorso (art. 97, c. 3, Cost.).

[12] "Mentre nella interposizione fittizia si verifica una simulazione relativa soggettiva, in forza della quale i protagonisti della vicenda fingono di volere il negozio apparente tra lavoratore ed interposto, ma vogliono effettivamente il negozio dissimulato, cioè il contratto di lavoro tra l'imprenditore e il lavoratore (il solo efficace tra le parti ex art. 1414, c. 2, c.c.), nella interposizione reale il contratto tra lavoratore ed interposto è voluto proprio per evitare la costituzione del rapporto di lavoro con l'imprenditore interponente, che acquisisce così forza lavoro mediante lo pseudo-appalto": così Ghera, *Diritto del lavoro,* cit.

[13] "A ben vedere, quando vi è utilizzazione da parte dell'interponente della prestazione lavorativa, si realizza comunque la fattispecie inderogabile dell'art. 2094 c.c. che, come anticipato attiene non solo al tipo, ma anche ai soggetti del rapporto; da qui il travolgimento, già in base a questa norma generale , della volontà dei privati contraria all'instaurazione del rapporto con il reale beneficiario della prestazione. Ciò significa che il vero valore aggiunto della disciplina in commento consisteva nella menzionata presunzione assoluta che colpiva ogni apporto dell'imprenditore committente all'organizzazione dell'appaltatore, riconducendo così all'interposizione vietata (e penalmente sanzionata) anche situazione altrimenti difficilmente qualificabili o comprovabili come tali": sono parole di Vallebona, *Istituzioni di diritto del lavoro*, II, *Il rapporto di lavoro*, Padova, 2005.

agli appalti effettivi consiste nel fatto che nei primi si è in presenza di una fornitura al committente, da parte dell'appaltatore, di mere prestazioni di lavoro, mentre non esiste né un'organizzazione propria di quest'ultimo, né tanto meno una gestione di impresa a proprio rischio, requisiti entrambi richiesti dall'art. 1655 c.c. ed egualmente richiamati dall'art. 3 della legge 1369/1960.

3. Con la legge 1369/1960, il legislatore, lungi dal voler vietare in assoluto il ricorso al contratto di appalto nello svolgimento dell'attività produttiva dell'impresa, intendeva evitare che questo venisse utilizzato per eludere norme poste a tutela del lavoratore e, a tal fine, aveva privilegiato l'accentramento delle opere e dei diversi servizi resi sotto la direzione dell'appaltatore presso l'organizzazione produttiva dell'impresa committente, provvedendo poi a distinguere tra appalti "esterni" ed "interni".

A riguardo, con l'espressione "appalti interni", si faceva riferimento a quegli appalti (genuini) che, relativi ad "opere e servizi" eseguiti "con organizzazione e gestione propria dell'appaltatore", dovendo essere eseguiti all'interno delle aziende committenti [14], erano ritenuti leciti, ma venivano sottoposti ad una particolare disciplina protettiva dei dipendenti dell'appaltatore.

L'art. 3 della legge 1369/1960, in tema di appalti (esclusivamente) interni, disponeva una responsabilità solidale tra appaltante e appaltatore – che si prolungava fino ad un anno dopo la cessazione dell'appalto (art. 4) – nei confronti dei lavoratori dipendenti da quest'ultimo, ai fini sia dell'applicazione del trattamento (minimo) economico e normativo (che non dovevano essere inferiori a quelli spettanti ai lavoratori dipendenti dal primo) sia dell'adempimento degli obblighi assistenziali e previdenziali [15].

---

[14] La giurisprudenza (Cass., sez. lav., 25 ottobre 1990, n. 10329, in *Notiz. giur. lav.,* 1991, 21; Cass., sez. un., 20 gennaio 1996, n. 446, in *Foro it.*, 1996, I, 1720; Cass., sez. lav., 3 maggio 2004, n. 8350, in *Mass. Giur. lav.,* 2004, 619), nell'interpretare il riferimento contenuto nell'art. 3 legge 1369/1960 agli appalti "da eseguirsi nell'interno delle aziende", ha fatto riferimento non tanto ad un criterio "topografico" (*contra* Cass., sez. lav., 26 giugno 1998, n. 6347, *ivi*, 1998, 847), quanto ad un criterio "funzionale", e cioè all'esistenza di un collegamento (dell'appalto medesimo) con il normale ciclo produttivo dell'impresa appaltante. Malgrado la ricorrenza di tale collegamento non sia facilmente rilevabile dall'interprete, in ragione anche della genericità dell'espressione, sembra che la stessa richieda un'integrazione stabile tra l'attività dell'appaltatore e l'organizzazione dell'impresa committente, non ritenendosi sufficiente una mera connessione tecnico-economica tra le due attività.

[15] Per contro l'art. 5 l. 1369/1960 prevedeva un certo numero di deroghe alla normativa contenuta nell'art. 3, indicando tassativamente i casi in cui, nonostante l'appalto fosse interno all'azienda ovvero connesso al suo ciclo produttivo, non si applicava tuttavia la regola dell'uniformità di trattamento. Si trattava di ipotesi (es. lavori di manutenzione straordinaria, trasporti esterni da e per lo stabilimento…) caratterizzate dalla particolare natura o, in genere, dalla temporaneità od

È evidente che, nell'imporre siffatta responsabilità solidale per i casi di appalto di opere e servizi da eseguirsi all'interno delle aziende appaltanti (tra i quali erano espressamente ricompresi i lavori di facchinaggio, di pulizia e di manutenzione ordinaria degli impianti), il legislatore aveva sostanzialmente perseguito l'obiettivo di estendere ai dipendenti delle imprese appaltatrici i trattamenti più favorevoli previsti dai contratti collettivi applicati nell'impresa committente (cd. uniformità di trattamento) [16].

In ogni caso, già il codice civile prevedeva, all'art. 1676, in tutti i casi di appalto, tanto interno che esterno, che i lavoratori dipendenti dall'appaltatore "possono proporre azione diretta contro il committente per conseguire quanto è loro dovuto, fino alla concorrenza del debito che il committente ha verso l'appaltatore nel tempo in cui essi propongono la domanda" (c.d. azione di rivalsa).

Così come è accaduto per il profilo concernente la configurabilità delle fattispecie interpositorie, occorre ricordare che anche quello relativo alla responsabilità solidale del committente e dell'appaltatore nell'ipotesi di sussistenza di un lecito contratto di appalto (e non solo quello interno al ciclo produttivo dell'impresa committente) è stato affrontato e ridisciplinato dapprima dal d.lgs. 276/2003 e poi da una serie di successivi e rilevanti interventi normativi [17].

Senza volersi dilungare sul punto e rinviando per l'analisi di tale evoluzione normativa a sedi più appropriate [18], appare comunque opportuno segnalare che se da un lato le tutele del lavoratore risultano ridimensionate rispetto a quanto previsto dall'abrogata legge 1369/1960 (che, peraltro in tema di soli "appalti interni", prevedeva il cd. diritto alla uniformità di trattamento nonché una solidarietà concernente anche il trattamento normativo dei lavoratori), dall'altro lato gli ultimi interventi normativi hanno dato vita

---

occasionalità dell'attività lavorativa, in cui il legislatore ha evidentemente presunto l'autonomia imprenditoriale dell'appaltatore, esonerandolo dalla rigidità dei vincoli imposti dalla legge.

[16] Sempre secondo Ghera, *Diritto del lavoro,* cit., in termini diversi si poneva il problema con riguardo alle norme che non riconoscono al lavoratore diritti concernenti le condizioni di lavoro, ma che attengono all'attività sindacale e alla stabilità del posto di lavoro (ad esempio per i limiti dell'unità produttiva agli effetti degli artt. 18 e 35 Stat. lav.). In queste ipotesi, per la titolarità e l'esercizio dei diritti in questione, si doveva fare riferimento esclusivo al rapporto di lavoro con l'appaltatore.

Per la legittimità costituzionale di questo principio di pari trattamento, che non poteva essere letto come estensione del contratto collettivo da una categoria ad un'altra, cfr. Corte cost., 9 luglio 1963, n. 120, in *Foro it.*, 1963, I, 1327.

[17] Si tratta, tra gli altri, del d.lgs. 251/2004, d.l. 223/2006 conv. l. 248/2006, l. 296/2006, l. 97/2008.

[18] Si veda tra gli altri Chieco, *Lavoro e responsabilità solidale negli appalti: dalla legge Bersani alla Finanziaria 2007*, in *Lav. giur.,* 2007, 467; Mattiuzzo, *Le nuove responsabilità del committente, appaltatore e subappaltatore, ivi*, 2007, 559.

ad una disciplina che, attirando nella sfera contrattuale una serie di obblighi in precedenza esclusi ed elevandoli a modalità dell'esatto adempimento del contratto, ha in sostanza ampliato le tutele dei lavoratori. Tant'è che nell'attuale regolamentazione il committente, già da tempo responsabile in solido con l'appaltatore, diviene responsabile anche per le obbligazioni retributive e previdenziali del subappaltatore assumendo, in relazione ai diritti dei lavoratori e degli enti previdenziali, quella veste sostanziale che è stata considerata propria di un datore di lavoro "congiunto" [19].

4. Il divieto di interposizione aveva trovato un'importante deroga [20] nella disciplina del lavoro temporaneo, diretta a consentire, pur con molte cautele, una nuova forma di utilizzazione flessibile della forza lavoro (artt. 1-11 l. 196/1997, ora abrogati dall'art. 85, c. 1, lett. f, d.lgs. 276/2003).

In questo modo veniva consentito ad apposite società di assumere lavoratori con contratto di lavoro temporaneo per metterli, con successivo contratto di fornitura, a disposizione di un altro soggetto che ne utilizzava la prestazione esercitando il potere direttivo proprio del datore di lavoro.

Parte della dottrina ha osservato che tale deroga al divieto di interposizione era circondata da tali e tanti limiti che non era esagerato definire "ipocrita" la flessibilizzazione perseguita con la legge 196/1997 [21].

Nel contempo, l'evoluzione dei sistemi organizzativi e produttivi, soprattutto nel settore dei servizi, aveva dato vita a controversi problemi interpretativi, inerenti alla distinzione di appalto e pseudo-appalto, a fronte di situazioni in cui l'impresa appaltatrice si era obbligata a fornire un servizio con gestione a proprio rischio, ma con un'organizzazione di mezzi di produzione che si riduceva, in sostanza, alla mera organizzazione del lavoro di propri dipendenti.

Sotto altro profilo la dilatazione giurisprudenziale del concetto di "appalto interno" oltre il profilo meramente spaziale, fino ad includere il collegamento funzionale con il normale ciclo dell'impresa appaltante, aveva finito per estendere in misura probabilmente eccessiva l'obbligo di uniformità di trattamento.

A queste problematiche ha cercato di dare una soluzione il d.lgs. 276/2003, in attuazione dell'art. 1 della legge delega 30/2003, con cui sono

---

[19] In questi termini MATTIUZZO, *Le nuove responsabilità del committente,* cit., 559.

[20] Si trattava appunto di una deroga e non di una abrogazione, sicché la legge 1369/1960 rimaneva in vigore per le ipotesi interpositorie non rientranti nella fattispecie di legittimo lavoro temporaneo (Cass., sez. lav., 9 aprile 2001, n. 5232, in *Mass. Giur. lav.,* 2001, 1234; Cass., sez. lav., 18 agosto 2004, n. 16146, in *Foro it.,* 2004, I, 2994).

[21] Sul punto, per un'analisi globale della disciplina si veda ancora VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro*, cit., 590 ss.

state espressamente abrogate (art. 85, c. 1) sia la legge 1369/1960, sia le disposizioni sul lavoro temporaneo della legge 196/1997, provvedendo così alla ridisciplina dell'intera materia [22].

Attraverso l'abrogazione della legge 1369/1960 il legislatore delegato ha, da un lato, confermato il divieto di interposizione e, dall'altro, ha provveduto ad eliminare la previgente presunzione assoluta circa l'esistenza di un appalto di mere prestazioni di lavoro; il tutto fino ad ampliare l'eccezione introdotta con la legge sul lavoro interinale attraverso la disciplina della fattispecie di somministrazione di lavoro, ad oggi consentita anche a tempo indeterminato [23].

Il d.lgs. 276/2003, intervenendo nel cuore stesso della disciplina dell'appalto, ha stabilito – benché solo ai fini dell'applicazione delle norme contenute nel presente Titolo – che nel contratto di appalto, stipulato e regolato ai sensi dell'art. 1655 c.c., l'organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore "può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto [24], nonché dall'assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio di impresa" (art. 29) [25].

Ora, se nell'art. 29 d.lgs. 276/2003 si afferma che l'organizzazione può risultare "anche da …" ciò sembra voler dire che in tale contesto l'organizzazione dei mezzi può assumere un aspetto diverso rispetto al modello della norma richiamata, e cioè l'art. 1655 c.c. (questo dovrebbe essere il senso dell'avverbio "anche").

---

[22] L'abrogazione non ha avuto effetto retroattivo, sicché le fattispecie anteriori alla nuova disciplina continueranno ad essere giudicate in base al pregresso regime, di cui, non a caso, è prevista un'interpretazione ministeriale (art. 18, c. 6) nella illusione di semplificare un contenzioso che, dopo oltre quaranta anni di approfondita elaborazione giurisprudenziale, durerà ancora a lungo.

Solo per le sanzioni penali opera, quanto alle fattispecie incriminatrici ancora previste, il principio della applicazione della disciplina più favorevole al reo (art. 2, c. 3, c.p.), essendosi, per tali fattispecie, verificata non una abolitio criminis, ma una abrogatio sine abolizione (così Cass., sez. lav., 18 agosto 2004, n. 16146, cit.).

[23] Da ciò, tuttavia, non si può affatto argomentare circa l'automatica legittimità della somministrazione di lavoro, visto che lo stesso d.lgs. 276/2003 detta una specifica disciplina che assoggetta tale attività a specifiche condizioni e limiti.

[24] Si tratta qui di appalti che non richiedono un rilevante impiego di beni strumentali.

[25] La conseguenza dell'interposizione illecita (ipotesi peraltro residuale alla luce delle modificazioni introdotte) è comunque la medesima del vecchio regime (vedi sopra par. 1) mentre, in tema di appalti veri ("genuini") di opere e servizi, è confermata la responsabilità del committente solo per i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali dei lavoratori addetti all'appalto, essendo stata eliminata la tutela consistente nella cd. parità di trattamento dei lavoratori addetti all'appalto rispetto ai dipendenti del committente.

Se ciò è vero, bisognerebbe concludere che l'organizzazione dell'appalto di cui all'art. 29 può assumere l'aspetto immateriale della capacità dell'appaltatore di organizzare e dirigere un gruppo di soggetti e, dunque, delle conoscenze tecnico-pratiche (*know-how*) idonee ad orientare un gruppo di soggetti verso un certo risultato (che è quello dedotto in contratto) [26]. Posto che spesso la bontà di un risultato dipende non solo dalla qualità oggettiva del prodotto (opera o servizio), ma anche dal tempo della realizzazione e dai costi dell'operazione.

Anche la seconda parte dell'art. 29 d.lgs. 276/2003 – quella che riguarda l'elemento rischio – presenta qualche elemento aggiunto. Infatti, in quello descritto dall'art. 1655 c.c. il rischio descrive, puramente e semplicemente, la circostanza che i costi di tutte le operazioni finalizzate al compimento dell'opera o del servizio sono a carico dell'appaltatore, sono i cd. costi di impresa. Nell'appalto di cui all'art. 29 citato il rischio di impresa individua invece una condizione di legittimità dell'appalto stesso e appartiene quindi agli elementi qualificatori della fattispecie consentita. In tal caso, si deve dunque ritenere che la verifica circa l'esistenza dell'assunzione del rischio di impresa debba avvenire *ex ante* e che – per quanto smaterializzata quanto ad organizzazione – debba materializzarsi in ben verificabili componenti finanziarie [27].

5. Nel caso di specie il Tribunale aveva ritenuto insussistenti gli elementi tipici, elaborati dalla giurisprudenza, in tema di interposizione illecita, quali l'assenza di organizzazione imprenditoriale da parte dell'appaltatore (che invece risulta perfettamente dotata di un'organizzazione imprenditoriale propria), la mancanza dell'effettivo potere direttivo da parte di quest'ultimo (che invece si faceva carico della gestione e del coordinamento del lavoro) e della corresponsione della retribuzione da parte del committente (che veniva invece corrisposta dalla medesima cooperativa).

Nella fattispecie in esame, quindi, la Corte d'Appello, nel confermare la liceità dell'appalto di servizi ("in realtà il servizio era gestito da un effettivo e presente imprenditore, seppur in stretto rapporto con il committente per quelle che erano le sue peculiari esigenze; … l'attività espletata ben poteva essere oggetto di appalto, trattandosi di attività che seppur richieda essenzialmente risorse umane e non si avvalga di attrezzature o beni aziendali,

---

[26] In questa direzione viene svalutata la presenza degli elementi strumentali a favore degli elementi funzionali (conoscenza approfondita di determinate metodologie di lavoro, etc.). Questo aspetto è colto molto bene da Chieco, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro*, in *Lavoro e Diritto dopo il decreto legislativo 276/2003*, a cura di Curzio, Bari, 2004, 149 ss., che parla di "organizzazione smaterializzata".

[27] La solidità finanziaria dell'appaltatore è intesa quale unica condizione atta a garantire – alla fin fine – chi aspetta dal proprio lavoro la giusta retribuzione ex art. 36 Cost.: è questa l'opinione di Mannaccio, *Commento,* in *Lav. giur.,* 2008, 401 ss.

ha un suo atteggiarsi specifico, e peraltro diverso da quello dei dipendenti I.N.P.D.A.P.”), va oltre e richiama l’ormai consolidata giurisprudenza di legittimità in relazione al profilo dell’autonomia gestionale dell’appaltatore [28], ritenendo che quest’ultima – intesa come conduzione dell’azienda, direzione del personale e scelta delle modalità e dei tempi del lavoro – non viene meno nei casi in cui i margini di libertà organizzativa dell’impresa appaltatrice siano limitati, potendo essere un lecito interesse del committente adeguare le specifiche modalità gestionali dell’attività appaltata al proprio modello organizzativo [29].

La pronuncia oggetto di esame, benché emanata in uno stato di perdurante, astratta applicabilità ai fatti di causa della legge 1369/1960, sembra guardare tuttavia con eccessiva inclinazione al recente panorama normativo apertosi dopo l’emanazione del d.lgs. 276/2003 e, in particolare, a quella prospettiva che tende a spostare il campo di indagine dall’analisi della struttura dell’appaltatore a quello dei rapporti tra le imprese coinvolte nel contratto di appalto, ponendosi in parziale contrasto con quanto ritenuto in passato dalle giurisprudenza di legittimità [30].

Pur riconoscendo l’indubbio interesse suscitato da questo tipo di pronuncia, va osservato come la stessa richieda, in sede di pratica applicazione, un accertamento delicato e difficile, che più spesso può rilevarsi incompatibile con le complesse modalità di esecuzione dei contratti aventi ad oggetto forniture di meri servizi. Specie in ipotesi di appalti come quello oggetto di causa, caratterizzati dalla scarsa (potremmo dire qui del tutto assente) utilizzazione di mezzi materiali e finanziari, l’elemento della gestione da parte dell’appaltatore si sostanzia eminentemente nell’organizzazione dell’attività lavorativa; e se anche quest’unico (o almeno largamente prevalente) fattore della produzione finisce per essere controllato (e non solo meramente coordinato) dall’utilizzatore, diventano eccessivamente ambigui i confini tra le due figure [31].

In linea con le pronunce aventi ad oggetto le stesse problematiche, quel-

---

[28] Cass., sez. lav., 12 dicembre 2001, n. 15665, cit. Conf. 30 ottobre 2002, n. 15337, cit.

[29] Tanto più in un’ipotesi come questa in cui il personale immesso dalla cooperativa doveva stare a contatto con i giovani utenti di un convitto e quindi operare in una struttura già organizzata, ove pertanto era anche *“indispensabile”* il gradimento da parte dell’istituto in ordine alle singole persone.

[30] Proprio la questione dell’esercizio del potere direttivo da parte del committente, in alcune occasioni, è stata considerata dalla Suprema Corte come un indice dell’interposizione perché elemento “spia” della mancanza di autonomia dell’appaltatore (Cass., sez. lav., 27 maggio 1996, n. 4862, cit.), al pari della circostanza che l’organizzazione di quest’ultimo fosse strutturata esattamente secondo le esigenze del committente (Cass., sez. lav., 7 settembre 1993, n. 9398, in *Giust. civ.,* 1994, I, 999).

[31] È di questa opinione Nappi, *Interposizione,* cit., 774.

la in commento sembra pertanto inserirsi nel solco di quell'orientamento giurisprudenziale che, imbrigliato tra la necessità di applicare l'abrogata disciplina della legge 1369/1960, ma al tempo stesso influenzato dalla presenza di una nuova e "liberalizzante" normativa in tema di interposizione ed appalti endo-aziendali, si trova più spesso costretto ad offrire lo spunto ad interprestazioni "lassiste" in sede di applicazione, ove ancora consentita, dell'art. 1 della legge 1369 citata [32].

CLAUDIA RUZZICONI

---

[32] Si tratta di un'espressione già usata da CARINCI, *Il divieto di interposizione: novità e continuità dopo la legittimazione del lavoro temporaneo,* in *Quad. Dir. lav. rel. ind. - I servizi per l'impiego tra pubblico e privato*, Torino, 1999, 31.

TRIBUNALE DI PERUGIA – 23 febbraio 2005 – *G.U.* LUPO – L.G., I.D.A., D.D.A. (avv.ti De Luca e Calvieri) c. Ministero della Sanità (Avv. Stato).

Responsabilità civile – Trasfusione di plasma e derivati infetti – Responsabilità del Ministero della Salute – Sussistenza – Conseguenze (c.c., artt. 2043 ss.; l. 25 febbraio 1992, n. 210).

Nell'ipotesi di trasfusione di plasma ed emoderivati infetti si configura una responsabilità del Ministero della Salute per il mancato svolgimento del necessario controllo sul materiale trasfuso destinato al paziente, con la conseguenza che questi ha diritto di ottenere, oltre l'indennizzo in base alla l. n. 210/1992, anche l'eventuale maggiore importo del danno risarcibile secondo i principi generali del nostro ordinamento (1).

(*Omissis*). Con atto notificato il 29.9.2000 (*Omissis*) provvedevano a riassumere dinanzi a questo Tribunale il giudizio già instaurato dinanzi al Tribunale di Terni, dichiaratosi incompetente *ex* art. 25 c.p.c., nei confronti del Ministero della Sanità.

Nell'atto introduttivo del giudizio le attrici esponevano:

di essere rispettivamente moglie e figlie di (*Omissis*), deceduto il 7.1.1992 in Terni;

che il (*Omissis*) nel novembre 1985 era stato sottoposto presso l'Ospedale S. Camillo di Roma ad intervento chirurgico di Bypass aorto-coronario e sottoposto durante la degenza a trasfusioni di sangue;

che nell'agosto del 1986 (*Omissis*) era stato ricoverato presso la Clinica Malattie infettive dell'Ospedale di Terni a causa di una ipertransaminasemia persistente secondaria ad una epatite acuta anamnesica insorta dopo venti giorni dall'intervento; la diagnosi di dimissione era stata "Epatite cronica NANB nosocomiale post-trasfusionale in soggetto operato di by-pass aorto-coronarico";

che con provvedimento del 7.7.1993 il Ministero della Sanità, su istanza della moglie (*Omissis*) ai sensi della L. 210/92, aveva riconosciuto il nesso causale fra la trasfusione e la morte del (*Omissis*) e liquidato in favore della richiedente, una tantum la somma di L. 50.000.000;

che andava ravvisata la responsabilità del Ministero convenuto *ex* artt. 2043, e segg., 185 c.c., 2050 e 2059 c.c. per non aver controllato e vigilato sulle attività di raccolta e distribuzione del plasma ed emoderivati così che il loro congiunto aveva contratto la malattia epatite C, donde il diritto delle istanti al risarcimento di tutti i danni materiali e morali in aggiunta e a prescindere dall'indennizzo già percepito di cui alla legge 210/92 avente diverse finalità.

Ciò esposto concludevano come riportato in epigrafe.

Si costituiva il Ministero della Sanità eccependo:

l'inammissibilità della domanda risarcitoria avendo già le parti attrici optato per l'indennità di cui alla L. 210/92;

nel merito l'insussistenza del nesso causale fra le trasfusioni e il decesso del (*Omissis*), non costituendo la concessione dell'indennità un riconoscimento del nesso eziologico; in via subordinata la prescrizione dell'azione *ex* art. 2947 c.c.;

contestava la risarcibilità di un danno morale, non costituendo la condotta posta in essere dal Ministero un reato, come pure la richiesta attrice di liquidazione del danno biologico del *de cuius iure hereditatis*, in difetto di prova della permanenza in vita del (*Omissis*) in condizioni di ridotta integrità psico-fisica;

contestava in ogni caso l'ammontare del risarcimento richiesto dal quale comunque andava scomputato quanto percepito a titolo di indennità *ex* L. 210/1992. (*Omissis*).

L'azione risarcitoria proposta dalle attrici nei confronti del Ministero della Sanità nell'atto introduttivo del giudizio ha natura extracontrattuale; le istanti invocano, infatti, espressamente le norme di cui agli artt. 2043, 2050 e 2059 c.c.

In ordine a detta domanda si è ritualmente instaurato il contraddittorio fra le parti. (*Omissis*).

Tale premessa è necessaria al fine di concentrarci esclusivamente

sull'oggetto del giudizio, costituito dalla sola domanda risarcitoria di natura extracontrattuale svolta dalle attrici.

A questo punto va in primo luogo affrontata l'eccezione di prescrizione sollevata dal Ministero convenuto *ex* art. 2947 c.c., sostenendo quest'ultimo l'ormai trascorso termine quinquennale dal momento in cui poteva essere esercitata l'azione.

L'eccezione è infondata e va disattesa.

Invero, al caso di specie trova applicazione il disposto di cui all'art. 2947, 3 comma c.c. secondo cui se il fatto è considerato dalla legge come reato e per il reato è stabilita una prescrizione più lunga, questa si applica anche all'azione civile.

Nel caso in esame è astrattamente ravvisabile nel comportamento del Ministero, consistito nel mancato svolgimento del necessario controllo sul plasma ed emoderivati destinati ai pazienti trasfusi, il reato di omicidio colposo per il quale è previsto il più lungo termine di prescrizione (rispetto a quello quinquennale del diritto al risarcimento del danno – art. 2947, 1° comma) di dieci anni, applicabile dunque anche all'azione civile risarcitoria di cui trattasi.

Il termine di prescrizione, inoltre, va fatto decorrere dall'evento morte verificatosi in data 7.1.1992, per cui alla data di introduzione del giudizio non era trascorso il decennio.

Può ora esaminarsi l'eccezione di inammissibilità della domanda risarcitoria sollevata dal Ministero convenuto secondo cui, avendo parte attrice già ottenuto l'indennizzo di cui alla L. 210/1992, si sarebbe in tal modo preclusa la possibilità di ottenere anche il risarcimento per fatto illecito.

A tale proposito si osserva che la normativa di cui alla L. 25.2.1992 n. 210 ha introdotto un sistema di sicurezza sociale con finalità solidaristica, destinato a garantire a coloro che abbiano subito danni nell'esercizio di attività di cura promosse ovvero gestite dallo Stato e necessarie per la tutela della salute pubblica, il riconoscimento di un indennizzo pecuniario valutato in via equitativa e non destinato a coprire l'intero danno, donde la possibilità per colui che ha già percepito l'indennità di agire per ottenere l'eventuale maggiore importo (rispetto all'ammontare dell'indennità già riscossa) del danno risarcibile secondo i principi generali del nostro ordinamento.

Invero non è possibile porre l'indennizzo di cui alla L. 210/92 e il risarcimento per fatto illecito su due piani paralleli, perché in tal caso il danneggiato verrebbe a beneficiare per il medesimo fatto lesivo del medesimo interesse tutelato di due diverse attribuzioni patrimoniali dovute dallo stesso soggetto (Ministero della Sanità), con la sola differenza che l'una è determinata in misura tale da coprire l'intero danno risarcibile e l'altra (l'indennizzo) in misura fissa a prescindere dalla

particolarità della situazione concreta e quindi dall'effettiva entità del danno, donde un evidente arricchimento ingiustificato.

Dunque l'azione risarcitoria svolta dalle attrici non è preclusa dall'intervenuta richiesta e corresponsione dell'indennità di cui alla L. 210/1992, il cui ammontare, tuttavia, dovrà essere detratto dal risarcimento se, nella specie, risulterà inferiore a quest'ultimo.

Ciò detto, va rilevato che seppure la presente causa è stata trattenuta in decisione ai sensi dell'art. 187 c.p.c., le parti hanno precisato le conclusioni anche di merito (come imposto dal primo comma dell'art. 189 c.p.c.) e il giudice, se ne ricorrono i presupposti, può decidere la causa anche nel merito.

Nella fattispecie questo Giudice ritiene provata la sussistenza di un nesso di causalità fra la trasfusione cui venne sottoposto (*Omissis*), la contrazione della malattia epatite C e la sua morte, trattandosi di circostanza ammessa dallo stesso Ministero della Sanità, come lo stesso ebbe a riconoscere nella missiva del Direttore Generale in data 2.7.1993 (cfr. documento n. 4 di parte attrice), sulla base del giudizio in tal senso espresso dalla Commissione Medica Ospedaliera c/o IML Milano in esito alla richiesta della stessa Direzione Generale dei servizi di Medicina Sociale del Ministero.

Si tratta infatti, di un esplicito riconoscimento del nesso causale fra il trattamento sanitario cui venne sottoposto il (*Omissis*) e l'evento morte intervenuto qualche anno dopo.

A tale proposito questo giudice non comprende come può il Ministero convenuto ravvisare nel citato documento un contenuto ricognitivo del nesso causale tra trasfusione e morte solo ai limitati fini dell'indennità prevista dalla più volte citata L. 210/92.

Dunque, va ravvisata la responsabilità del Ministero convenuto consistita nel non aver vigilato correttamente sulla distribuzione e preparazione del sangue e degli emoderivati destinati ai pazienti fra cui (*Omissis*) che in conseguenza di tale fatto contrasse la malattia epatite C cui seguì la morte.

In siffatta situazione appare pertanto superfluo l'espletamento della richiesta C.T.U. medico legale.

Quanto alle voci di danno richieste dalle attrici, va in primo luogo rilevato che le stesse non hanno provato, né chiesto di provare la sussistenza di un danno di natura patrimoniale da esse subito in seguito alla morte di (*Omissis*).

Invero, alla richiesta del risarcimento di tale voce di danno da parte delle attrici, non corrisponde alcuna produzione documentale dimostrativa del peggioramento delle loro condizioni economiche in conseguenza della morte del congiunto, né istanze istruttorie dirette a provare il pregiudizio economico subito. Pertanto nulla è dovuto alle attrici a titolo di danno patrimoniale.

Merita, invece, accoglimento la richiesta svolta dalle attrici di liquidazione del danno morale, potendosi ravvisare, come già prima detto, nel comportamento del Ministero convenuto l'astratta ipotesi criminosa dell'omicidio colposo.

Tale voce di danno in via equitativa e sulla base delle tabelle attuariali in uso presso questo Tribunale, può essere liquidato per le attrici, rispettivamente moglie e figlie di (*Omissis*), in misura di un terzo per ciascuna del danno morale che sarebbe stato liquidato al danneggiato se fosse sopravvissuto con una invalidità permanente del 100%.

Tenuto conto che il (*Omissis*) alla data della sua morte (7.1.1992) aveva 64 anni essendo nato il 7.3.1927, può effettuarsi il seguente calcolo: € 562.421,56 x 0,685 € 385.258,76 (danno biologico); danno morale spettante al danneggiato nella misura media di un terzo del danno biologico € 128.419,58; per il coniuge e ciascun figlio il danno morale può essere valutato nella misura fino a 2/3 di quest'ultima cifra e cioè € 85.613,05.

Di qui l'evidente congruità delle minori somme (dalle quali il Tribunale ritiene di non discostarsi) richieste dalle attrici a titolo di danno morale in sede di precisazione delle conclusioni e cioè € 72.303, 96 dalla moglie del defunto (*Omissis*), ed € 46.481,12 da ciascuna figlia.

Pertanto il Ministero convenuto deve essere condannato a titolo di risarcimento del danno morale al pagamento in favore di (*Omissis*) della somma di € 72.303,96 e in favore di (*Omissis*) e di (*Omissis*) della somma di € 46.481,12 per ciascuna, per tutte con gli interessi di legge con decorrenza dal 7.1.1992 al saldo.

Merita altresì accoglimento la domanda delle attrici svolta *iure hereditatis* per ottenere il risarcimento del danno biologico sofferto dal *de cuius* e da questo trasmesso alle attrici sue eredi al momento della morte.

Invero, nel caso in cui da un fatto illecito sia derivata dapprima una menomazione dell'integrità psico-fisica e, dopo una fase intermedia di malattia, la morte del soggetto leso, gli eredi di quest'ultimo possono far valere *iure hereditatis*, nei confronti dell'autore dell'illecito, il diritto al risarcimento del danno biologico sopportato dal medesimo soggetto leso nel periodo che va dal momento della lesione a quello della morte (cfr. Cass., sez. III, 27-12-1994, n. 11169).

Nel caso in esame risulta accertato che il (*Omissis*) venne trasfuso nel 1985 e in seguito a ciò contrasse la malattia durata fino alla sua morte intervenuta nel 1992.

Orbene, tenuto conto dei calcoli già effettuati, appare evidente anche in questo caso la congruità della richiesta formulata dalle attrici della complessiva somma di € 196.253,62, importo che dovrà essere corrisposto dal Ministero convenuto alle attrici con gli interessi dal 7.1.1992 al saldo.

Dalle complessive somme come sopra dovute dal Ministero convenuto dovrà essere detratto l'ammontare dell'indennizzo già percepito ai sensi della L. 210/1992 per i motivi già in precedenza esplicitati. (*Omissis*).

(1) La responsabilità da contagio per sangue infetto.

La problematica principale affrontata dal provvedimento in esame riguarda la sussistenza del nesso di causalità tra la trasfusione di sangue [1] e la contrazione dell'epatite C con la conseguente morte del soggetto.

Per inquadrare l'argomento è necessario innanzitutto segnalare il principio della gratuità delle trasfusioni ematiche e quindi il divieto di vendita [2] fondato sull'altruismo, sulla solidarietà, sull'indisponibilità e quindi sulla non commerciabilità di ogni parte del corpo.

Il provvedimento offre inoltre un altro spunto di riflessione inerente la problematica dell'autodeterminazione del soggetto, il consenso informato[3] del paziente trova i suoi fondamenti negli artt. 2, 13 e 32 della Cost., ed inoltre sulla carta di Nizza all'art. 3 [4], sull'art. 5 della Convenzione europea sulla biomedicina (Convenzione Oviedo), ratificata e resa esecutiva con l. n. 145/01 ed anche sul codice di deontologia medica (artt. 32, 34).

Il consenso si colloca all'interno del rapporto contrattuale che unisce il malato ed il medico e che sfocia in un rapporto giuridico capace di produrre

---

[1] Per una visione completa sull'argomento Rubino, *Danno da emotrasfusioni (e da somministrazione di emoderivati), La nuova giurisprudenza di legittimità e di merito*, Milano, 2008, *passim*.

[2] La l. 21 ottobre 2005, n. 219 "Nuova disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale degli emoderivati", in G.U. del 27 ottobre 2005 n. 251, che ha abrogato la l. 1990 n. 107 ad eccezione dell'art. 23, stabilisce all'art. 3 "La donazione del sangue, emocomponenti e cellule staminali emopoietiche" e all'art. 4 "La gratuità del sangue e dei suoi prodotti".

[3] A. Palazzo, *La filiazione*, in *Tratt. dir. civ. comm.* già diretto da Cicu, Messineo e Mengoni, contin. da Schlesinger, Milano, 2007, 621-622; A. Sassi, *La tutela civile nei contratti con prestazione medica*, in A. Palazzo, A. Sassi, F. Scaglione, *Permanenze dell'interpretazione civile*, Perugia, 2008, 381 ss.; A. Sassi, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, Perugia, 2006, 115 ss. In giurisprudenza si consulti Cass., 15 settembre 2008, n. 23676, in *Corr. giur.*, 2008, 1671, con nota di Forte, *Il dissenso preventivo alle trasfusioni e l'autodeterminazione del paziente nel trattamento sanitario: ancora la Cassazione precede il legislatore nel riconoscimento di atti che possono incidere sulla vita.*

[4] Art. 3 Carta di Nizza: Diritto all'integrità della persona: comma 2 "Nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati: - il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge", sul tema si consulti Zatti, *Rapporto medico-paziente e l'integrità della persona,* in *Nuova giur. civ. comm.* 2008, II, 406 ss.

effetti patrimoniali quali la responsabilità da contatto sociale [5] che si basa principalmente sull'affidamento e professionalità che il paziente nutre nei confronti del medico.

Per omessa vigilanza sull'attività di controllo del sangue [6] è stato chiamato in causa il Ministero della salute, in ragione della spiegata domanda di risarcimento del danno. Questo orientamento era già presente in altre sentenze della Cassazione [7] che si è trovata a risolvere un caso in cui centinaia di emofilici e talassemici erano stati contagiati negli anni '80 dal virus dell'HIV ed ammalati di epatite B e C a causa delle trasfusioni e assunzione di emoderivati infetti. In particolare il giudice di primo grado aveva stabilito la responsabilità del Ministero della salute in base agli artt. 2049 e 2050 c.c., mettendo in evidenza lo stretto collegamento tra il Ministero e le strutture locali sanitarie che conservano il sangue e la pericolosità della trasfusione.

Il giudice d'appello e la Cassazione, al contrario – anche in riferimento alla giurisprudenza [8] che in quel lasso di tempo si era formata – hanno fissato che non c'è un rapporto di tipo gerarchico tra il Ministero e i centri trasfusionali, in quanto non stabilita da nessuna norma. Inoltre una cosa è l'attività pericolosa ed un'altra cosa è l'attività di controllo. Da ciò discende la non applicabilità dell'art. 2050 c.c. a chi è deputato solo a controllare un'attività pericolosa. I giudici hanno così ritenuto giusto far riferimento all'art. 2043 c.c. per qualificare la condotta imputabile al Ministero. Si è

---

[5] A. Sassi, *La tutela civile degli interessi patrimoniali*, in A. Palazzo, A. Sassi, F. Scaglione, *op. cit.,* 102 ss.

[6] Trib. Roma, 27 novembre 1998, in *Giust. civ*., 1999, I, 2851, con nota di Costanzo, *La responsabilità della pubblica amministrazione per omissione di controlli: danni da trasfusione ed emoderivati infetti*, in *Danno e resp.,* 1999, 214, con nota di Izzo, *La responsabilità dello Stato per i contagio da HIV ed epatite di emofilici e politrasfusi: i limiti della responsabilità civile*; in *Foro it*., 1999, I, 313; App. Roma, 23 ottobre 2000, in *Danno e resp.,* 2001, 1067, con nota di Izzo, *La responsabilità dello Stato per il contagio di emofilici e politrasfusi: oltre i limiti della responsabilità civile.*

[7] Cass., 31 maggio 2005, n. 11609, in *Guida al dir*., 2005, n. 26, 45, in *Corr. giur*., 2005, 901, in *Resp. civ. prev*., 2006, 101, con note di Poto, *Le emotrasfusioni infette, i nuovi traguardi della giurisprudenza di merito, la posizione della Cassazione*, e Coggiola, *La Cassazione afferma la responsabilità del Ministero della salute per i danni da sangue ed emoderivati infetti*, in *Giur. it*., 2006, 917, con nota di Bonuomo, in *Foro it*., 2006, I, 793.

[8] Trib. Roma, 14 giugno 2001, in *Resp. civ. prev*., 2002, 835, con nota di Russo, *Trasfusioni infette: quale responsabilità per il Ministero della sanità*, in *Corr. giur*., 2001, 1204, con nota di Carbone; in *Nuova giur. civ. comm*., 2002, I, 559, con nota di Favilli, *La responsabilità civile dello stato per contagio da emoderivati infetti: responsabilità per colpa o responsabilità oggettiva?*, in *Danno e resp*., 2001, 1072; Trib. Roma, 10 marzo 2004, in *Foro it*., 2004, I, 2893; App. Roma, 31gennaio 2005, in *Rass. dir. civ*., 2006, 574, con nota di Lasso, *"Culpa in vigilando" della P.A. e mobilità dei confini della prescrizione nel risarcimento del danno da emotrasfusioni.*

ravvisato l'elemento della colpa nel comportamento omissivo del Ministero: non si è vigilato sulle modalità di attuazione delle misure preventive che le conoscenze tecniche avevano mostrato essere fondamentali per prevenire eventi di questo genere; e del pari è stato tardivamente approvato un piano nazionale per il sangue volto a diminuire le importazioni di plasma da Paesi, che non eseguono i necessari controlli sui donatori. La Cassazione ha stabilito quindi l'indipendenza della responsabilità del Ministero nei confronti dei centri trasfusionali: il primo è responsabile per non avere garantito sia l'utilizzo delle misure preventive di controllo del plasma sia un efficace coordinamento nell'approvvigionamento del sangue, mentre i secondi rispondono per i danni derivanti dalla mancanza di controlli medici stabiliti dalla legge sul sangue trasfuso.

C'è da precisare che il Ministero è responsabile dei danni per contagio derivanti da quelle malattie di cui ha preso conoscenza la comunità scientifica ad es. per quanto riguarda il nostro caso, l'epatite C dal 1988, il virus HIV dal 1985. Possono, quindi, agire per ottenere il risarcimento solo quei soggetti che riescono a dimostrare di essere stati contagiati dopo tale data [(9)].

C'è da osservare che la Cassazione non ha esaminato quali condotte il Ministero della sanità avrebbe dovuto adottare ed ha enumerato solamente le norme [(10)] che stabiliscono il dovere da parte dello stesso di vigilare tutte le attività riguardanti la conservazione e l'utilizzo del sangue e che relegano il Ministero ad un ruolo di supervisione mentre lasciano ai centri trasfusionali l'attività di controllo [(11)].

Per quanto riguarda la problematica del periodo in cui la scienza medica scopre le malattie due provvedimenti del tribunale di Roma [(12)] stabilisco-

---

[(9)] Trib. Torino, 14 marzo 2007, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 1371, secondo cui il Ministero della salute non si può accusare di omissione colposa in quanto il contagio da epatite C dell'attrice c'è stato "proprio a cavallo del periodo in cui la scienza medica stava scoprendo il nuovo virus ed approntando gli opportuni test (…) in un periodo quindi di incertezza ed organizzazione".

[(10)] Ad es. l'art. 1, l. 14 luglio 1967, n. 592; la l. 7 agosto 1973, n. 519, c'è da sottolineare l'art. 4, d.lgs. 19 agosto 2005, n. 191 in cui è stabilito: il Ministero della salute, l'Istituto superiore di sanità, le regioni e le province autonome, nell'ambito delle rispettive competenze, e il Ministero della difesa per il servizio trasfusionale … sono le Autorità responsabili del rispetto dei requisiti di cui al presente decreto.

[(11)] L'art. 10 della l. 21 ottobre 2005, n. 219, 1° comma, fissa che "Il Ministero della salute svolge funzioni di indirizzo e programmazione del settore trasfusionale. Per le funzioni di coordinamento e controllo si avvale del Centro nazionale sangue di cui all'art. 12.2 comma. Il Ministero della salute svolge le seguenti funzioni: a) programmazione delle attività trasfusionali a livello nazionale, b) attività normativa, anche in adeguamento agli indirizzi ed alle direttive comunitarie, c) controllo della produzione nazionale di emoderivati avvalendosi anche del Centro nazionale sangue" ecc.

[(12)] Trib. Roma, 29 agosto 2005, in *Danno e resp.*, 2006, 269, con nota di Corongiu, *Danno da trasfusioni di sangue infetto: il Ministero è responsabile per omessa*

no che se il Ministero avesse ben supervisionato ed i centri trasfusionali avessero compiuto i necessari controlli sarebbe diminuita la possibilità di contagio per tutte quelle malattie che la scienza medica non aveva ancora diagnosticato. Per esempio, in base agli studi medici, il virus dell' HIV nasce dallo stesso ceppo virale dell'epatite B, quindi non dovrebbe sussistere una limitazione di responsabilità del Ministero fino al 1985.

Al fine di tutelare le vittime delle trasfusioni si è arrivati a vedere fondata la responsabilità del Ministero della sanità in base ad un'obbligazione di risultato, e cioè ad una garanzia di conformità: il Ministero è oggettivamente responsabile della salute pubblica, deve garantire che il sangue rientri nelle aspettative dei soggetti che hanno bisogno della trasfusione. Partendo da questa ottica l'indennizzo sarebbe dovuto ai danneggiati automaticamente senza la necessità di provare alcuna violazione di regole di condotta, quest'ultimi dovrebbero solo dimostrare il nesso causale tra la trasfusione e l'evento dannoso.

Tutto ciò sembra assomigliare a quello che è stabilito dalla legge 25 febbraio 1992, n. 210.

Una parte della giurisprudenza sul punto sostiene che è necessario solo allegare le risultanze della Commissione Medica Ospedaliera per fondare il nesso di causalità tra la trasfusione e la malattia come è previsto dall'art. 4 della l. 25.2.1992, n. 210.

Queste risultanze possono, però, solo evidenziare il rapporto tra la trasfusione e il danno ma non dimostrare il collegamento causale tra la condotta omissiva del Ministero ed il verificarsi dell'evento. È opportuno quindi citare la legge del 25 febbraio 1992, n. 210 [13], che fissa un sistema

---

vigilanza fin dai primi anni settanta, in *Foro it*., 2006, I, 812; Trib. Roma, 30 agosto 2005, in *Corr. mer*., 2005, 1268, con nota di D'Auria, *Contagio da emotrasfusioni e responsabilità della P.A.*, in *Giur. it*., 2005, 2411, con nota di Poto, *La definizione dell'interesse tutelato nel giudizio sulla responsabilità del Ministero della salute nel caso di emotrasfusioni infette*; in *Resp. civ. e prev.,* 2006, 113.

[13] La l. 25 febbraio 1992, n. 210 fu emanata in base alla Corte cost., 22 giugno 1990, n. 307, in *Corr. giur*., 1990, 1018, con nota di Nespor, *Tutela della salute e legittimità dell'imposizione di un trattamento sanitario*, in *Foro it*., 1990, I, 2694, con note di Princigalli, *Tutela della salute e vaccinazioni a rischio*, e Ponzanelli, *Lesione da vaccino antipolio: che lo Stato paghi l'indennizzo!,* in *Resp. civ. e prev.,* 1991, 73, con nota di Poletti, *Danni alla salute da vaccino "antipolio" e diritto all'equo indennizzo*.

Nel 1990, infatti, la Corte costituzionale aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale della l. 4 febbraio 1996, n. 51 (sull'obbligatorietà della vaccinazione antipoliomielitica) nella parte in cui non prevedeva a carico dello Stato un'equa indennità per il caso di danno derivante, al di là dell'ipotesi delineata nell'art. 2043, da contagio o da altra importante malattia ricondotta casualmente alla vaccinazione obbligatoria antipoliomielitica.

Si consulti, La Monica, *Orientamenti della giurisprudenza in tema di danno da contagio post-trasfusionale*, in *Danno e resp*., 2006, 469 ss. In giurisprudenza si consulti Cass., sez. lav., 24 giugno 2008, n. 17158,

di sicurezza sociale con fini solidaristici e serve per garantire coloro che hanno avuto dei danni nell'esercizio di attività di cura volute o gestite dallo Stato e fondamentali per la tutela della salute pubblica. È stabilito quindi un indennizzo pecuniario, nel nostro caso a favore delle attrici, in via equitativa.

Per quanto concerne la problematica della prescrizione nel caso in esame il periodo è di dieci anni rispetto a quello di cinque riguardante il diritto al risarcimento del danno, (art. 2947, commi 1 e 3 c.c.), in quanto è " astrattamente ravvisabile" il reato di omicidio colposo e decorre dall'evento della morte del soggetto che ha avuto la trasfusione. Infatti nelle proprie difese il Ministero aveva eccepito "l'ormai trascorso termine quinquennale", ma per il Tribunale " trova applicazione il disposto di cui all'art. 2947, 3 comma c.c. secondo cui se il fatto è considerato reato dalla legge come reato e per il reato è stabilita una prescrizione più lunga, questa si applica anche all' azione civile".

C'è da chiarire che un gran numero di Tribunali ha inquadrato il problema all'interno delle lesioni colpose, per cui ad esempio il tribunale di Milano [(14)] ha escluso i reati di lesioni colpose plurime e di epidemia colposa. Non si rintraccerebbero lesioni plurime in quanto non si è in grado di dimostrare che dalla condotta omissiva del Ministero della salute nascerebbero lesioni plurime per i danneggiati; inoltre non si rintraccerebbe l'epidemia perché oggetto della tutela della norma non è la salute pubblica ma l'integrità personale, dovendo sussistere inoltre un pericolo di vita per un numero consistente di persone.

In tal senso, non si può nemmeno far riferimento al reato di lesioni colpose plurime perché per esso si richiedono "una pluralità di eventi ricollegabili, con un rapporto di causalità materiale, ad una condotta unica, mentre nel caso che ci occupa le lesioni sofferte dai singoli danneggiati potrebbero, al più, scaturire da condotte omissive indipendenti tra loro, tra le quali non vi sarebbe modo di riscontrare alcun nesso…" [(15)].

Il termine di prescrizione nel caso in esame è fatto decorrere dall'evento della morte che è stato causato dalla trasfusione di sangue. La giurispru-

---

in *Giust. civ.*, 2008, I, 2757, che stabilisce: in base all'art. 2, comma 1, e dell'art. 4 l. n. 210 del 1992, non è dovuto l'indennizzo, in tali norme fissato per chi è stato danneggiato da vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e da emoderivati, a quei soggetti che, sebbene abbiano avuto lesioni di carattere permanente, e abbiano delle infermità che, per il loro carattere silente, non hanno alcun rilievo sulla capacità di produzione del reddito. Orientamento opposto è rilevabile in Cass., 4 maggio 2007, n. 10214, in *Foro it.*, 2007, I, 2039. Inoltre, un recente provvedimento ha stabilito che non sussiste danno non patrimoniale risarcibile, ai sensi dell'art. 2059 c.c., in caso di ritardata negazione dell'indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da trasfusioni e emoderivati: v. Cass., 10 novembre 2008, n. 26883, in *Nuova giur. civ. comm.,* 2009, I 346, con nota di Querci, *L'indennizzo ai danneggiati da vaccinazioni e trasfusioni di sangue e i suoi rapporti con il risarcimento.*

(14) Sentenze nn. 1756/04, ined.; 5517/05 ined.

(15) Trib. Milano 5517/2005.

denza fa decorrere il tempo in base all'art. 2947 c.c., comma 1, dal "…giorno in cui il fatto si è verificato" e 2935 c.c. dal "giorno in cui il diritto è fatto valere" [16], cioè quando il danneggiato è venuto a conoscenza dell'esistenza e della gravità del fatto, oppure da quando egli sarebbe potuto venirne a conoscenza se avesse adoperato la normale diligenza. Il problema in questione riguarda indubbiamente il danno lungo-latente quando non si verifica nello stesso momento il comportamento illecito e il verificarsi del danno. Emblematica è il provvedimento della Cassazione 2645/2003 [17]: il caso riguarda una donna che agisce contro il Ministero per il risarcimento dei danni per aver contratto da neonata la poliomelite dai cugini che si erano vaccinati. La Cassazione ha stabilito: "il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno di chi assume di aver contratto per contagio una malattia per fatto doloso o colposo di un terzo inizia a decorrere non dal momento in cui il terzo determina la modificazione che produce danno all'altrui diritto o dal momento in cui la malattia si manifesta all'esterno, ma dal momento in cui la malattia viene percepita o può essere percepita quale danno ingiusto conseguente al comportamento doloso o colposo di un terzo, usando l'ordinaria diligenza e tenendo conto della diffusione delle conoscenze scientifiche". C'è da sottolineare che questo orientamento non è da tutti seguito: c'è chi fa decorrere la prescrizione da quando il danneggiato prende consapevolezza della malattia senza però la consapevolezza dell'origine [18], oppure quando c'è la consapevolezza della malattia e dell'origine post-trasfusionale [19], conoscenza che si può presumere utilizzando l'ordinaria diligenza, infine quando c'è la conoscenza del metodo sicuro per cercare di sconfiggere il virus contagiato: "..il diritto al risarcimento del danno deve farsi decorrere da quando i metodi di inattivazione virale sono stati perfezionati debellando il virus" [20].

Nel caso in esame le attrici hanno diritto sia all'indennizzo in base alla legge 210/1992 ed alla liquidazione del danno biologico e morale, anche se il Ministero, come di prassi, sosteneva l'inammissibilità della domanda risarcitoria avendo già le parti attrici optato per l'indennità di cui alla L. 210/92. Infatti l'indennizzo ed il risarcimento non sono alternativi, la legge 210/1992 crea un sistema di sicurezza sociale con finalità solidaristiche e

---

[16] Cass., 9 maggio 2000, n. 5913, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce *Prescrizione e decadenza*, n. 16.

[17] Cass., 21 febbraio 2003, n. 2645, in *Danno e resp.*, 2003, 845, con nota di Righetti e postilla di Izzo, *La decorrenza della prescrizione nell'azione risarcitoria da danno lungolatente: quali regole per governare l'incertezza probatoria?*; 10 sentenze delle sez. un. (576-585) del 2008 hanno deciso in tema di risarcimento del danno da trasfusioni di sangue infetto, in particolare Cass., sez. un., 11 gennaio 2008 n. 581 in *Danno e resp.*, 2009, 667, con nota di Oliari.

[18] Trib. Milano n. 4688/2005, ined.

[19] Trib. Milano n. 9043/04.

[20] Trib. Milano 24 marzo 2005, in *I contratti*, 2006, 78.

l'indennizzo ha un carattere assistenziale, perciò si può richiedere anche il risarcimento dei danni. Già la Corte costituzionale con la sentenza 307/1990 [21] aveva fissato la non alternatività che ritroviamo in un altro provvedimento della Corte cost. del 2000 [22] che si è occupata degli artt. 1 e 2 della legge 210/1992 nella parte in cui nella quantificazione dell'indennizzo non è stabilito la liquidazione del danno biologico a causa di emotrasfusione. La Corte costituzionale ha stabilito la non fondatezza della questione, in quanto l'indennizzo è fissato dalla legge 210/1992 mentre il risarcimento è regolato dalla responsabilità civile ed inoltre riguardano settori diversi: l'indennizzo è una "misura economica di sostegno aggiuntiva", per il fatto di aver avuto un danno permanente per il contagio, mentre il risarcimento del danno è dovuto se è c'è un fatto illecito. La Cassazione [23] ha seguito lo stesso orientamento della Corte costituzionale e ha messo in evidenza la natura assistenziale dell'indennizzo in base agli artt. 2 e 32 Cost. ed alle prestazioni a carico dello Stato a causa del dovere di solidarietà sociale. In particolare un provvedimento sempre della Cassazione del 2005 [24] ha affermato il concorso tra l'equo indennizzo in base alla l. 210/1992 ed il diritto al risarcimento del danno in base all'art. 2043 c.c. Per quanto concerne la legge 29 ottobre 2005, n. 229 sui danneggiati alla vaccinazione obbligatoria l'art. 1 stabilisce: "rimane fermo il diritto al risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale derivante da fatto illecito".

C'è infine da vedere se si possa o meno cumulare l'indennizzo con il risarcimento oppure è necessario lo scorporo. I giudici sono per lo più d'accordo per lo scomputo, alcuni fanno riferimento alla *compensatio lucri cum damno*, altri, invece, all'ingiustificato arricchimento che avrebbe il danneggiato per due diverse attribuzioni patrimoniali derivanti dallo stesso soggetto e che derivano dal medesimo fatto. La giurisprudenza minoritaria che fa riferimento al cumulo sostiene che non è possibile la *compensatio lucri cum damno* perché questa può sussistere solo quando il vantaggio economico viene al danneggiato dallo stesso fatto che ha fatto nascere il danno.

Infine per quanto riguarda il risarcimento del danno biologico, il provvedimento in esame ha fatto riferimento ad una sentenza della Cassazione [25] in cui stabilisce: che il primo si realizza nella lesione del diritto alla salute, che si verifica quando c'è offesa dell'integrità fisica della persona e rappre-

---

[21] Corte cost., 22 giugno 1990, n. 307, in *Corr. giur.*, 1990, 1018.

[22] Corte cost., 9 ottobre 2000, n. 423, in *Danno e resp.*, 2001, 490.

[23] Cass., sez. lav., 12 novembre 2003, n. 17047 in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Sanità pubblica*, n. 561.

[24] Cass., 31 maggio 2005, n. 11609, in *Danno e resp.*, 2006, 269.

[25] Cass., 27 dicembre 1994, n. 11169, in *Rep. Foro it.*, 1994, voce *Danni civili: danno alla persona e alla salute,* n. 131; per le conseguenze del contagio di sangue infetto v. Beltrani, *Danni da contagio post- trasfusionale,* in *I danni risarcibili nella responsabilità civile, IV, I singoli danni, Il diritto civile nella giurisprudenza,* a cura di Cendon, Torino, 2005, 562 s.

senta la voce primaria ed immancabile del danno alla persona; subentra nel patrimonio della vittima quando c'è la lesione; ed in caso di morte, in cui il danno deve essere riferito al periodo trascorso tra la data dell'incidente e quello della morte; si trasmette agli eredi secondo le regole della successione *mortis causa* [26]. Inoltre le attrici hanno diritto anche al risarcimento del danno morale [27] che hanno subito a causa della grave perdita del rispettivo marito e padre.

ANGELA MARIA SPALAZZI CAPRONI

---

[26] Sulla trasmissibilità del danno agli eredi *iure hereditatis* si veda Cass., 31 marzo 2008, n. 8299, in *Guida al diritto*, novembre 2008, dossier n. 10, 42.

[27] Recentemente sul tema SIMONE, *Il danno riflesso e il danno dei congiunti della vittima*, in *Danno e resp.*, 2008, 1081 s.; CHINDEMI, *Criteri di liquidazione del danno morale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 2244 ss.; LAPERTOSA, *La liquidazione del danno alla persona, in Resp. civ. e prev.*, 2008, 11 ss.; si consultino inoltre le recenti pronunce della Cass., sez. un., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974, 26975, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 102, con note di BARGELLI e di DI MARZIO; CASTRONOVO, *Danno esistenziale: addio,* in *Danno e resp.*, 2009, 5 ss. Si ricordano inoltre le due fondamentali sentenze della Cass., 31 maggio 2003, n. 8827, e Cass., 31 maggio 2003, n. 8828, in *Danno e resp.*, 2003, 816, con note di BUSNELLI, *Chiaroscuri d'estate: la Corte di Cassazione e il danno alla persona*, e PONZANELLI, *Ricomposizione dell'universo non patrimoniale: le scelte della Corte di Cassazione.*

TRIBUNALE DI PERUGIA – 18 aprile 2006 (ord.) – *G.I.* LUPO.

Separazione dei coniugi – Affidamento dei figli – Modifica dei provvedimenti – Affidamento condiviso – Ammissibilità (c.c., art. 155; l. 8 febbraio 2006, n. 54).

In tema di affidamento della prole in caso di separazione personale dei coniugi, il giudice deve preliminarmente valutare la possibilità che i figli vengano affidati ad entrambi i genitori salvaguardando così il diritto del minore a ricevere cura, istruzione, educazione in maniera completa (1).

(*Omissis*). Va preliminarmente esaminata la richiesta del M. di affidamento condiviso del figlio minore alla luce della recente normativa che ha modificato le disposizioni degli artt. 155 e segg. del c.c. (*Omissis*).

La nuova formulazione dell'art. 155 c.c. trova i suoi presupposti logici principalmente nell'art. 30 della Costituzione che assicura ad entrambi i genitori il dovere ed il diritto di istruire ed educare i figli, ed inoltre nella Convenzione di New York sui diritti del fanciullo ratificata dall'Italia con la legge 176/1991 e nella risoluzione del 1992 dell'Unione Europea per la Carta europea dei diritti del fanciullo secondo cui "il fanciullo ha diritto di mantenere contatti diretti e permanenti con i due genitori che hanno gli stessi doveri".

Per realizzare la finalità indicata dal primo comma dell'art. 155 c.c. il giudice adotta i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa; valuta "prioritariamente" la possibilità che i figli minori restino affidati ad entrambi i genitori oppure stabilisce a quale di essi i figli sono affidati, determina i tempi e le modalità della loro presenza presso ciascun genitore. (*Omissis*).

Fatta questa necessaria premessa, va rilevato che nel caso in esame proprio per assicurare, nel rispetto della nuova normativa, il mantenimento di una relazione del minore con entrambi i genitori in un progetto educativo responsabile deciso in modo congiunto, va disposto l'affidamento condiviso ad entrambi i genitori del piccolo M. che il prossimo 17 maggio compirà tre anni.

Non si ravvisano, invero, ostacoli all'applicazione della legge che vede nell'affido condiviso la regolamentazione ordinaria dell'affidamento della prole in caso di separazione ed in assenza di elementi per ritenere pregiudizievole detta soluzione per il minore.

La citata normativa richiama entrambi i genitori a svolgere responsabilmente il loro ruolo di educatori, imponendogli di mettere da parte le rispettive conflittualità nell'interesse dei figli che costituisce il principale obiettivo della nuova disciplina normativa. Naturalmente in considerazione della tenera età del minore, lo stesso dimorerà abitualmente presso il domicilio materno (sul punto invero non vi è contrasto tra le parti), e verranno regolamentati i tempi e le modalità della sua permanenza presso ciascun genitore.

Limitatamente alle decisioni su questioni di ordinaria amministrazione i genitori potranno esercitare la potestà separatamente.

Anche il padre, dunque, dovrà organizzare la propria vita e la propria casa in modo che il minore possa da lui essere accudito e seguito nei periodi di permanenza presso la casa paterna. (*Omissis*).

(1) Alcune osservazioni sull'affidamento condiviso dei figli.

Il provvedimento, che in sé non risolve questioni di particolare difficoltà, costituisce una delle prime applicazioni della nuova disciplina sull'affida-

mento condiviso. Esso pertanto offre lo spunto per una breve analisi della legge n. 54/2006 ad oltre due anni dalla sua entrata in vigore [1].

La novella (legge 8 febbraio 2006, n. 54 "Disposizioni in materia di separazione dei coniugi e affidamento condivo dei figli") ha dato voce alla richiesta di aiuto di molte associazioni di padri separati [2], i quali per troppo tempo erano stati estromessi dalla vita dei loro figli.

Non si può non ricordare che tra il duemila ed il duemilaquattro, le statistiche in ordine all'affidamento dei figli mettevano in evidenza come nel novanta per cento circa dei casi, i figli venissero affidati alle madri, soprattutto se in tenera età. Ciò significa che ai padri [3] rimaneva esclusivamente "il diritto di visita" [4], che spesso risultava difficile da esercitarsi [5].

Vero è che già con la legge n. 74 del 1987 si era stabilito che, in sede di divorzio al Tribunale veniva conferito il potere, da esercitarsi nell'interes-

---

[1] S. Patti, L. Rossi Carleo, *L'affidamento condiviso*, Milano, 2006; T. Auletta, *Il diritto di famiglia*, Torino, 2006, 208 ss.

[2] M. Maglietta, *L'affidamento condiviso dei figli, Guida alla nuova legge*. Milano-Roma, 2006.

[3] In ordine alla problematica relativa al diritto di visita, Trib. Nicosia, 22 aprile 2008, in *Fam. e dir.,* 8-9, 2008, 803, "Il diritto di visita spettante al genitore non affidatario può essere esercitato, nei riguardi dei propri figli minori collocati a distanza, ricorrendo a forme di collegamento in video-ripresa su internet. A tal fine , però, è necessario che lo stesso genitore metta a disposizione della propria prole, a sue spese, idonea apparecchiatura, sopportando i relativi costi di gestione del collegamento. Tale forma di comunicazione, pur se ammessa, non deve tuttavia essere intesa come sostitutiva della relazione fisica tra genitori e figli".

[4] M. Manera, *Criteri di affidamento e modalità di visita*, in *Giur. civ.*, 1991, 41 ss., G. Autorino Stanzione e G. Pignataro, *Separazione personale dei coniugi. Aspetti problematici e nuove prospettive*, Milano, 2005.

[5] L'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, genera in capo ad ogni Stato una obbligazione positiva inerente al rispetto della vita familiare, che implica il diritto di ogni genitore ad ottenere delle misure proprie per riconciliarsi con il suo bambino ed il dovere delle autorità di adottare dette misure. Cedu, 30 giugno 2005, B. contro Italia; Trib. Monza, 8 luglio 2004, "Quando il genitore non affidatario viene ostacolato nell'esercizio del diritto di visita al figlio minore, tale circostanza integra lesione di un diritto personale costituzionalmente garantito, e rappresenta un fatto costitutivo del diritto al risarcimento dei danni non patrimoniali …"; Trib. Roma, 13 giugno 2000, in *Dir. fam.*, 2001, 209, "Qualora il coniuge/genitore separato ed affidatario della prole impedisca costantemente, continuativamente e per lungo, senza alcun vero, adeguato motivo, al genitore non affidatario di visitarla e di permanere con essa, malgrado questi abbia esperito ogni mezzo per instaurare e mantenere con i figli il necessario e doveroso rapporto di parentela ed abbia sempre adempiuto all'obbligo di mantenimento, la condotta del genitore affidatario, riconducibile peraltro all'art. 388 c.p. non può non arrecare al genitore non affidatario danni morali e biologici di permanente, non trascurabile rilevanza, danni risarcibili *ex* art. 1226, 2043, 2057, 2059, 2727 c.c.".

se del minore, di disporre "l'affidamento congiunto o alternato". Ma senza addentrarsi nello specifico ricordiamo che tale tipo di affidamento è stato praticato in rarissimi casi [6].

La recente formulazione dell'art. 155 c.c. ribadisce la piena operatività dei doveri verso i figli, fissati dall'art. 147 c.c. in capo ad entrambi i genitori [7]. Ma la reale novità sta nel fatto che la "bigenitorialità" ovvero la presenza di entrambe le figure genitoriali, si caratterizza essenzialmente come diritto soggettivo del minore e dunque rientra tra i diritti inviolabili della persona. Tutto ciò sulla scorta di Convenzioni internazionale quali la Convenzione di Lussemburgo del 1980, la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo [8] del 1989 ratificata in Italia nel 1991 e la Convenzione di Strasburgo del 1996 ratificata nel 2003. Non si può non citare ancora l'art. 24 della Carta europea dei Diritti fondamentali, adottata a Nizza nel dicembre 2000, a norma del quale "Ogni bambino ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse". Dunque l'affidamento ad entrambi i genitori diventa la "regola" mentre l'affidamento esclusivo ad un solo genitore diviene l'eccezione da valutarsi unicamente tenendo conto del superiore interesse del minore [9]. Anche in tal caso spetta al giudice (o all'accordo) determinare le modalità con cui l'altro genitore potrà partecipare attivamente alla vita del figlio. E' evidente peraltro, che nei casi in cui si ricorra all'affidamen-

---

[6] Cass., 13 dicembre 1995 n. 12775, in *Giur. it.*, 1997, I, 1; M. Costanza, *Quale interesse nell'affidamento congiunto della prole?*, in *Nuova giur. civ. comm.,* 1997, I, 592; N. Scanicchio, *L'affidamento congiunto a quindici anni dalla riforma tra uguaglianza dei coniugi ed interesse del minore*, in *Familia*, 2003, 919; V. Zambrano, *Interesse del minore e affidamento congiunto. Esperienze a confronto*, in *Dir. fam.*, 2000, 1382 ss.

[7] A. Palazzo, *La filiazione*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, Milano, 2007, 651 ss.; A.M. Bernardini De Pace, A. Simeone, *Figli condivisi*, Milano, 2006; M. Sesta, *Le nuove norme sull'affidamento condiviso*, in *Fam. e dir.*, 2006, 377.

[8] Nella Convenzione sui diritti del fanciullo si legge: "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, di comprensione ..."; "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".

[9] App. Cagliari, 20 aprile 2007 (decr.), in *Guida al dir.*, 2007, 7, 72: "L'affidamento dei figli ad entrambi i genitori costituisce un modo di regolamentare i rapporti tra genitori e figli che va disposto quando risulta concretamente confacente all'interesse del minore, mentre non può essere inteso come mezzo per responsabilizzare i genitori che abbiano già dimostrato di essere sufficientemente inadeguati o impossibilitati ad esercitare la potestà. Il giudice dovrà valutare caso per caso se entrambi i genitori siano o meno adeguati a svolgere il loro compito, o se uno di essi (o entrambi) abbiano già manifestato manchevolezze che consiglino di evitare, per il bene del figlio e per il momento, l'applicazione dell'affidamento condiviso".

to esclusivo, la scelta del genitore prescinde dalle eventuali colpe della rottura del rapporto matrimoniale e si concentra sul genitore che appare maggiormente idoneo "dal punto di vista materiale, psicologico ed affettivo, ad assicurare la tutela e lo sviluppo fisico, morale e psicologico del minore" [10]. Si distingue nettamente dunque il ruolo di coniuge da quello di genitore [11], possono esistere pessimi coniugi ma ottimi genitori. Sul punto tuttavia, vi è un vivace dibattito circa tutte quelle situazioni che presentano un forte grado di conflittualità tra i genitori. Parte della giurisprudenza ha infatti affermato che "In tema di separazione dei coniugi, deve escludersi l'affidamento condiviso del figlio minore in caso di accesa conflittualità tra i coniugi, dovendosi preferire l'affido esclusivo, nell'interesse del minore, al genitore con cui lo stesso da anni convive nonostante i buoni rapporti del minore stesso con l'altro genitore" [12]. Alla luce di quanto è appena stato detto, è utile fare una riflessione, la conflittualità, anche accesa, in una situazione di disgregazione della coppia può essere fisiologica, dunque risulta difficile affermare, come hanno fatto i giudici partenopei, che solo questo aspetto basti per optare per un affidamento esclusivo della prole. Se così fosse, l'affidamento condiviso più che essere la regola diverrebbe una mera ipotesi residuale. Verrebbe pertanto svuotata la *ratio* della novella ovvero l'interesse del minore a conservare rapporti significativi con entrambi i genitori anche dopo la separazione [13]. Sulla base di tali considerazioni, la Suprema Corte, recentemente, ha statuito che "l'affidamento condiviso dei figli si pone come regola generale dell'ordinamento, non può dunque ritenersi precluso, di per sé, dalla mera conflittualità esistente tra i genitori, in quanto, affinché la prole venga affidata esclusivamente ad uno di essi, è necessario che l'affidamento condiviso sia valutato pregiudizievole per il minore o risulti nei confronti dell'altro una condizione di manifesta carenza o inidoneità educativa, ad ogni modo, il giudizio di esclusione della modalità di affidamento condiviso dovrà essere motivato non solo in positivo attraverso l'idoneità del genitore affidatario, ma anche in negativo,

---

[10] Cass., 16 marzo 1991, n. 2817; Cass. 16 luglio 1992, n. 8667; Cass., 10 aprile 2004, n. 23786, "in tema di separazione personale i provvedimenti di affidamento della prole prescindono dalla responsabilità dell'uno o dell'altro coniuge nell'aver reso intollerabile la prosecuzione della convivenza, dovendo essere adottati con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale dei figli. Ne consegue che la declaratoria di addebito per infedeltà e l'esistenza di un nuovo legame affettivo del genitore affidatario, quand'anche risoltosi, dopo la cessazione della convivenza coniugale, nella coabitazione *more uxorio* … non possono assumere di per sé soli valenza ostativa al loro affidamento al genitore cui sia stata addebitata la separazione".

[11] A. Palazzo, *La filiazione,* cit., 654.

[12] App. Napoli, 11 aprile 2007, in *Corr. merito*, 2007, 6, 702.

[13] S. Nardi, *Affidamento condiviso e conflittualità tra i genitori*, in *Fam., pers. e succ.,* 3, 2008, 234.

descrivendo l'inidoneità educativa del genitore affinché venga escluso dalla bigenitorialità" [14]. L'affidamento esclusivo [15] ad un solo genitore costituisce dunque l'estrema ratio, essendo necessario per la salvaguardia della salute psicofisica del minore il rispetto del principio della bigenitorialità inteso nel suo complesso e valutato esclusivamente quale diritto del minore.

Un altro aspetto da esaminare in questa sede, è quello dell'assegnazione della casa familiare [16] soprattutto alla luce della recente giurisprudenza.

Il nuovo art. 155-*quater* c.c., predisposto *ad hoc* dalla legge 54 del 2006, stabilisce che "il godimento della casa familiare è attribuito tenendo prioritariamente conto dell'interesse dei figli" [17]. Da tale formulazione emerge che il provvedimento di assegnazione è giustificato dall'esigenza di tutela dell'interesse dei figli conviventi [18] con il coniuge assegnatario, minori o maggiorenni non autosufficienti, a mantenere intatto il proprio ambiente domestico. La Suprema Corte ha affermato a riguardo il seguente principio di diritto: "L'assegnazione della casa familiare risponde all'esigenza di garantire l'interesse dei figli alla conservazione dell'ambiente domestico, inteso come centro degli affetti, degli interessi e delle abitudini in cui si esprime e si articola la vita familiare". Risulta evidente quindi, che la casa familiare assume rilievo non come immobile ma come luogo proprio della famiglia [19].

Tuttavia l'aspetto più problematico della normativa, sul quale si è concentrata recentemente la Corte costituzionale, deriva dal dettato dell'art. 155-*quater* nella parte in cui stabilisce che "l'assegnazione della casa familiare viene meno nel caso in cui l'assegnatario non abiti o cessi di abitare

---

[16] G. Frezza, *La casa (già) familiare*, in *Dir. fam.,* 2006, 2, 718. Prima della riforma del diritto di famiglia la casa familiare spettava a chi vantasse un titolo legittimo su di essa (Cass., 7 aprile 1975, n. 1239). Con la legge 151 del 1975 vi è stato un cambiamento di tendenza e si sono tenute in considerazione le sole esigenze della prole. Fino all'entrata della legge 54 del 2006 la Suprema Corte riconosceva il diritto in questione solo al coniuge affidatario di figli minori (Cass., 29 marzo 2003, n. 12705). Tuttavia la stessa Corte ha talvolta ritenuto che il diritto potesse essere concesso anche al coniuge non affidatario quale modalità di adempimento del mantenimento (Cass., 11 aprile 2000, n. 4558). T. Auletta, *Il diritto di famiglia*, cit., 212.

[17] C. Irti, *La casa familiare resta tale fin tanto che la prole vi dimora stabilmente*, in *Fam. pers. succ.*, 5, 2008, 400; C. Rimini, *L'assegnazione della casa familiare: l'art. 155 quater c.c. alla luce delle più recenti affermazioni giurisprudenziali*, in *Fam. pers. succ.*, 6, 2007, 497.

[18] Cass., 14 dicembre 2007, n. 26476, "L'assegnazione della casa familiare al coniuge affidatario di un figlio minore o convivente con un figlio maggiorenne incolpevolmente non autosufficiente, in tanto si giustifica in quanto sia finalizzata ad assicurare l'interesse della prole alla permanenza nell'ambiente domestico in cui essa è cresciuta".

[19] Cass., 2 febbraio 2006, n. 2338, in *Foro it.*, 2006, I, 1361.

stabilmente nella casa familiare o conviva *more uxorio* o contragga nuovo matrimonio". Con l'introduzione nella casa familiare di un nuovo soggetto pertanto si perderebbe un presupposto determinante, ovvero il mantenimento di quell'habitat familiare originario, quale centro di interessi e di affetti della prole. Tale previsione è però in aperto contrasto con quanto detto sopra, la *ratio* della norma invero consiste nella tutela dell'interesse della prole, si intende "di tutti i figli" e non solo di quelli i cui genitori non instaurino relazioni stabili con altri partner. Senza considerare che sposando un ragionamento di questo tipo si andrebbe ad incidere anche sul diritto personale dell'assegnatario ad intrattenere relazioni sentimentali stabili [(20)].

Recentemente la Corte costituzionale, dichiarando infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata da diversi giudici [(21)], in riferimento agli artt. 2, 3, 29 e 30 Cost., ha affermato che "l'assegnazione della casa coniugale non viene meno di diritto al verificarsi dell'instaurazione di una convivenza di fatto o di un nuovo matrimonio, ma subordinatamente ad un giudizio di conformità della disposizione all'interesse del minore".

La Corte ha ritenuto contraddittoria una lettura della normativa che sacrificasse in modo automatico la ratio sottesa all'istituto ovvero la salvaguardia dell'interesse della prole [(22)]. Diversamente si imporrebbe ai figli, in aggiunta al trauma legato alla separazione della coppia genitoriale, lo sradicamento dal proprio habitat domestico ed il conseguente venir meno di quella sicurezza garantita da quel nucleo abitativo stabile [(23)].

IRENE LONGO

[(20)] F.R. FANTETTI, *Nessun automatismo nella revoca dell'assegnazione della casa familiare*, in *Familia*, 2008, 6, 59.

[(21)] Corte cost., 30 luglio 2008, n. 308, in *Foro it.*, 2008, I, 3031.

[(22)] Precedentemente pronunce di merito di erano orientate in tal senso: App. Napoli, 10 aprile 2007 (decr.); Trib. Viterbo, 18 ottobre 2006 (decr.); Trib. Napoli, 9 novembre 2006 (decr.).

[(23)] F.R. FANTETTI, *Nessun automatismo nella revoca dell'assegnazione della casa familiare*, cit., 69.

TRIBUNALE DI PERUGIA – 14 marzo 2007 – *G.I.* LUPO – Curatela Fallimento s.r.l. C.P. (avv. Gullà) c. Curatela Fallimento s.r.l. S.

Fallimento – Azione revocatoria fallimentare – Esercizio – Presupposti – Stato di insolvenza del debitore – Pignoramenti e atti di protesto – Conoscenza – Prova – Sussistenza (l. fall., art. 67, 2° co.).

Fallimento – Azione revocatoria fallimentare – Mezzo di reintegrazione della responsabilità patrimoniale – Sussistenza – Carattere restitutorio – Insussistenza (l. fall., art. 67, 2° co.).

L'accoglimento dell'azione revocatoria fallimentare è condizionato dalla prova della conoscenza dello stato di insolvenza del debitore, che può dirsi certa quando sussistano sia la trascrizione di un pignoramento immobiliare, sia numerosi atto di protesto pubblicati nel relativo bollettino, strumenti abitualmente utilizzati per accertare lo stato di insolvenza degli operatori economici (1).

La revocatoria fallimentare, avente una funzione del tutto analoga alla revocatoria ordinaria, costituisce un mezzo straordinario di reintegrazione della responsabilità patrimoniale di un imprenditore commerciale fallito, ma, a differenza di altri istituti, non ha carattere restitutorio, ossia non comporta una reale restituzione alle attività fallimentari del bene oggetto del negozio giuridico revocato (2).

(*Omissis*). Con atto di citazione notificato il 6.10.2003 la curatela del fallimento della s.r.l. C.P. (fallimento dichiarato con sentenza del Tribunale di Perugia in data 26.1.2001) conveniva in giudizio dinanzi a questo Tribunale la curatela del fallimento della s.r.l. S. in persona della curatrice dott.ssa Lorenzina Merletti, esponendo:

che la s.r.l. C.P., con atto notaio Giuseppe Brunelli del 4.10.2000, aveva alienato alla s.r.l. M.C., successivamente denominatasi S. s.r.l. con verbale di assemblea straordinaria del 6.12.2001 per atto notaio M. Biavati rep. 2944 e assoggettata a fallimento, un'unità immobiliare sita a P.S.T., via Irma Ricci n. 40 al prezzo di £ 110.000.000 pagato dalla società acquirente a mezzo accollo del residuo mutuo ipotecario per £ 106.360.299 e per £ 3.639.701 in contanti;

che detto atto doveva ritenersi gravemente lesivo dei diritti dei creditori in quanto tale da impoverire il patrimonio della debitrice;

che ricorrevano i presupposti di cui all'art. 67 secondo comma l.f.;

che andava ravvisata la consapevolezza in capo alla società acquirente delle obiettive difficoltà finanziarie in cui versava la società venditrice, atteso che fra le parti erano già intercorsi rapporti commerciali e che nello stesso atto di compravendita veniva fatta menzione della

situazione di insolvenza della società e dell'esistenza della trascrizione di un pignoramento sull'immobile *de quo*. (*Omissis*).

La domanda attrice svolta ai sensi dell'art. 67, secondo comma, l.f. è fondata e merita accoglimento.

Invero, la norma citata prevede la revocabilità degli atti a titolo oneroso compiuti entro l'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento, se il curatore prova che l'altra parte conosceva lo stato di insolvenza del debitore. Nel caso in esame sussiste il richiesto elemento temporale, atteso che l'atto di compravendita di cui si tratta venne stipulato il 4.10.2000 e pertanto nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento pronunciata con sentenza del Tribunale di Perugia in data 26.1.2001.

Inoltre non può dubitarsi della consapevolezza in capo alla società acquirente M.C. s.r.l., successivamente s.r.l. S., dello stato di insolvenza in cui versava la società acquirente per varie ragioni: in primo luogo va tenuto conto del fatto che le due società avevano in passato già avuto rapporti commerciali come emerge dalla copia del contratto di affitto di azienda commerciale *inter partes* dell'11.1.2000; in secondo luogo sull'immobile oggetto dell'atto di compravendita alla data del rogito del 4.10.2000 risultava già trascritto in data 20.9.2000 al n. 14140 di formalità un atto di pignoramento su istanza della Banca di Credito Cooperativo di Mantignana soc. coop. a r.l.

A ciò va aggiunto che la società venditrice già prima dell'atto di compravendita era stata colpita da moltissimi protesti pubblicati nel relativo bollettino ufficiale, notoriamente utilizzato come fonte di conoscenza della solvibilità degli operatori economici.

Orbene, gli elementi di fatto sopra evidenziati costituiscono chiari indizi e presunzioni della conoscenza in capo alla società acquirente delle gravi condizioni economiche in cui versava la società venditrice; del resto la curatela convenuta, restando contumace, ha dimostrato di non aver nulla da opporre alla domande attrici.

Pertanto, in accoglimento della domanda attrice, va disposta la revoca e dichiarata l'inefficacia nei confronti della curatela attrice dell'atto di compravendita di cui trattasi avente ad oggetto l'immobile sito in P.S.T., via Irma Ricci n. 40.

Va invece disattesa la richiesta attrice di condanna della convenuta alla restituzione dell'immobile *de quo*; invero, la revocatoria fallimentare costituisce un mezzo straordinario di reintegrazione del patrimonio del fallito basato sulla dichiarazione di inefficacia che investe l'intero oggetto dell'atto nei confronti di tutti i creditori; essa non ha carattere restitutorio, ossia non comporta una reale restituzione alle attività fallimentari del bene oggetto del negozio giuridico revocato, ma, senza comportare variazione nella titolarità dei diritti, afferma il potere del

curatore fallimentare di disporre dei diritti stessi (arg. da Cass. sez. I, 30.1.1998 n. 971).

Tenuto conto della mancata opposizione della curatela convenuta, ricorrono giusti motivi per compensare integralmente tra le parti le spese di lite. (*Omissis*).

(1-2) Nonostante le modificazioni introdotte dalle recenti riforme alla legge fallimentare e, in particolare, all'azione revocatoria fallimentare, il provvedimento merita di essere segnalato giacché recepisce principi che devono ancor oggi essere considerati attuali.

Esistono con riguardo alla conoscenza dello stato di insolvenza (prima massima) innumerevoli decisioni che prendono in considerazione gli indici rivelatori più diversi. Tra le più recenti v. Cass., 15 novembre 2007, n. 23638, in *Fall.*, 2008, 517 (la conoscenza dello stato di insolvenza deve essere effettiva e non meramente potenziale, anche se può essere provata mediante indizi purché gravi, precisi e concordanti); Cass., 22 giugno 2007, n. 14676, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce *Fallimento*, n. 536 (l'accertamento del giudice del merito in ordine alla conoscenza da parte del creditore dello stato di insolvenza del debitore, integra un apprezzamento di fatto che, se fondato su elementi non controversi ed oggettivamente significativi e se sorretto da congrua e logica motivazione, è incensurabile in sede di legittimità); Cass., 24 febbraio 2006, n. 4206, in *Giust. civ.*, 2007, I, 2563, con nota di Fontana, *Intorno a qualche limite ordinamentale all'attuazione del diritto comunitario* (nell'azione revocatoria fallimentare la nozione di danno non è assunta in tutta la sua estensione, perché il pregiudizio alla massa – che può consistere anche nella mera lesione della *par condicio creditorum* – è presunto in ragione del solo fatto dell'insolvenza; si tratta, peraltro, di presunzione *iuris tantum*, che può essere vinta dal convenuto, sul quale grava l'onere di provare che in concreto il pregiudizio non sussiste); Cass., sez. un., 28 marzo 2006, n. 7028, in *Foro it.*, 2006, I, 1718, in *Giur. it.*, 2006, 1627, con nota di Iozzo, *Danno e revocatoria: le sezioni unite tra «vecchio» e «nuovo» diritto*, in *Fall.*, 2006, 1133, con nota di A. Patti, *Natura dell'azione revocatoria fallimentare: le sezioni unite difendono il feticcio della par condicio*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 1466, con nota di Lucchini Guastalla, *Oggettivazione dell'azione revocatoria fallimentare e sicurezza dei traffici*, in *Riv. not.*, 2006, 1338, con nota di Petrone, *Il danno nell'azione revocatoria fallimentare alla luce del giudizio delle sezioni unite della cassazione e della riforma della legge fallimentare* (l'azione revocatoria fallimentare di una vendita non presuppone la dimostrazione di un danno patrimoniale, essendo sufficiente che per effetto dell'atto oggetto di revoca sia alterata la *par condicio creditorum* ricollegabile, per presunzione legale ed assoluta, all'uscita del bene dalla massa conseguente all'atto di disposizione; pertanto, ove il curatore provi la conoscenza dello stato d'insolvenza da parte dell'acquirente, è irrilevante la circostanza che il prezzo ricavato dalla vendita sia

stato utilizzato dall'imprenditore, poi fallito, per pagare un suo creditore privilegiato); Cass., 11 novembre 2003, n. 16915, in *Foro it.*, 2004, I, 410, in *Giust. civ.*, 2004, I, 1523, in *Fall.*, 2004, 899, con nota di TRENTINI, *Azione revocatoria fallimentare e questioni di litisconsorzio necessario* (nell'azione revocatoria fallimentare il requisito del danno è presupposto nello stato di insolvenza accertato con la sentenza di fallimento ed ha per oggetto la lesione al principio della parità di trattamento fra i creditori, talché è onere del convenuto fornire la prova della inesistenza di tale pregiudizio).

Nella giurisprudenza di merito, Trib. Catania, 8 febbraio 2007, in *Dir. fall.*, 2008, II, 153 (la prova della conoscenza dello stato di insolvenza può legittimamente fondarsi su elementi indiziari; tra questi assumono rilievo e possono provare, anche da soli, la conoscenza dello stato di insolvenza, gli indici risultanti dai bilanci); Trib. Brescia, 7 marzo 2005, in *Fall.*, 2006, 83 (il tribunale può desumere la presunzione della conoscenza dell'insolvenza del convenuto dal fatto che nei confronti della società poi fallita siano state emesse centotrentasei ingiunzioni di pagamento, notificati centodiciassette precetti, promosse quattordici procedure esecutive e presentate due istanze di fallimento); Trib. Torino, 19 gennaio 2005, in *Giur. it.*, 2005, 510 (la *scientia decoctionis* può essere dimostrata presuntivamente attraverso l'analisi dei bilanci del gruppo cui appartiene la società convenuta e la loro riclassificazione sulla base degli indici valutativi).

Sulla seconda massima, v. in senso conforme Cass., 30 gennaio 1998, n. 971, in *Fall.*, 1999, 497, con nota di STASI, *Pregiudizialità o connessione di cause in sede di azione revocatoria fallimentare*, secondo la quale la revocatoria fallimentare, avente una funzione del tutto analoga alla revocatoria ordinaria, costituisce un mezzo straordinario di reintegrazione della responsabilità patrimoniale di un imprenditore commerciale fallito, illimitata ed a favore dei creditori concorrenti, basato sulla dichiarazione di inefficacia che investe l'intero oggetto dell'atto nei confronti di tutti i creditori anteriori o posteriori; essa, a differenza di altri istituti (quali, ad esempio, il riscatto), non ha carattere restitutorio, ossia non comporta una reale restituzione alle attività fallimentari del bene oggetto del negozio giuridico revocato, ma, senza comportare variazione nella titolarità dei diritti, afferma il potere del curatore fallimentare di disporre dei diritti stessi, appartengano essi al fallito, che ne sia rimasto titolare, o ad altri che ne abbiano assunto la titolarità; Cass., 31 agosto 2005, n. 17590, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce *Fallimento*, n. 505.

Con riguardo alla particolare posizione del terzo subacquirente del bene ceduto, cfr. Trib. Terni, 21 novembre 2005, in questa *Rivista*, 2005, 551, con nota di FANI, *Rapporti tra revocatoria fallimentare e revocatoria ordinaria in relazione alla malafede del terzo subacquirente: riflessioni alla luce della riforma della legge fallimentare*.

ANTONIO MARINCOLO - LUCA MARZULLO

TRIBUNALE DI PERUGIA – 15 gennaio 2008 – G.I. BORA – Fondazione O.C.B. (avv. Brutti) c. C.E. (avv. G. Calvieri).

Comodato – Comodato di bene immobile – Durata indeterminata – Domanda di restituzione – Istanza di proroga per la riconsegna – Ritardo nella riconsegna – Concessione di proroga – Esclusione – Rilascio immediato – Necessità (c.c., artt. 1809 e 1810).

Comodato – Comodato di bene immobile – Durata indeterminata – Domanda di restituzione – Eccezioni del comodatario sui beni da restituire – Individuazione dei beni oggetto del contratto – Onere della prova gravante sul comodante – Sussistenza (c.c., art. 1809).

Nel comodato di bene immobile (una casa colonica) concluso a tempo indeterminato, la restituzione del bene deve avvenire in seguito alla semplice richiesta della parte comodante, dovendo essere esclusa una dilazione nella riconsegna nel caso in cui dalla data di intimazione di rilascio sia trascorso un lungo lasso di tempo (1).

Nel caso in cui la parte comodataria, invitata al rilascio di un compendio di beni immobili, eccepisca che alcuni di essi non erano oggetto dell'accordo iniziale, grava sul comodante l'onere di provare quali beni fossero ricompresi nel contratto stipulato (2).

(*Omissis*). Con atto di citazione notificato il 6.5.2002 la Fondazione O.C.B. (in seguito, brevemente, Fondazione) conveniva in giudizio la sig.ra E.C. e:

- premesso di essere proprietaria di un fabbricato rurale ad uso abitativo con corte agricola ed annessi vari sito in Perugia, fraz. Ponte Felcino, Voc. S. Antonio, via del Ferro n. 4, distinto nel NCT del suddetto Comune, al foglio 221, part. 95, fabbricato ed accessori che con contratto in data 19.9.1998 aveva concesso in comodato gratuito senza determinazione di durata alla convenuta, vedova di un *ex* dipendente della Fondazione che, in vita, abitava nell'immobile in virtù di un rapporto di lavoro agricolo;

- premesso ancora di aver intimato alla C. con lettera in data 31.7.2001 il recesso ai sensi dell'art. 1810 c.c. dal predetto contratto, e, in subordine, ai sensi dell'art. 1804, 2° comma, c.c.;

chiedeva che la convenuta venisse condannata a rilasciare immediatamente la casa colonica con gli annessi, compreso il "capanno" e "recinto" in cui erano stati ricoverati animali da tiro, dalla stessa convenuta abusivamente sub-concesso ad un terzo e che era stato causa di un procedimento civile promosso dal proprietario di un fondo confinante, il quale aveva lamentato l'immissione di odori insopportabili.

Si costituiva la convenuta rilevando l'anomalia del contratto di comodato, in forza del quale ella aveva dovuto affrontare tutte le rilevanti spese per la manutenzione e la conservazione dell'immobile, nonché per la ristrutturazione di alcune parti (rifacimento del tetto, degli infissi e di parte dei pavimenti), restando così snaturata la natura di comodato gratuito; sosteneva comunque che il capanno e recinto, in cui tale Angelini Armando ricoverava e custodiva animali da tiro, non era compreso tra i beni concessi in comodato con il citato contratto, non potendo essere considerato un "annesso" della casa colonica, dalla quale si trovava a notevole, distanza. Concludeva per il rigetto della domanda, come in epigrafe precisato. (*Omissis*).

È stato prodotto dall'attrice il contratto di comodato stipulato tra le parti in data 19.9.1998 con il quale la Fondazione ha concesso alla C. in comodato gratuito a tempo indeterminato "la casa colonica dotata di corte agricola ed annessi vari sita in Perugia, frazione Ponte Felcino, vocabolo S. Antonio, via Del Ferro n. 4", da utilizzare ad uso esclusivo di abitazione familiare, con divieto di cederne il godimento a terzi senza il consenso della Fondazione; la C. si è obbligata ad effettuare a sue spese la manutenzione delle finiture e le piccole riparazioni ed a restituire l'immobile nelle stesse condizioni in cui gli è stato consegnato, risultanti da relazione scritta redatta dal geom. Dante Aspromonti, allegata al contratto (ma non prodotta in giudizio).

Non vi è dubbio pertanto che il recesso dal contratto intimato ai sensi dell'art. 1810 c.c. è legittimo e l'immobile dovrà essere quindi riconsegnato alla Fondazione entro 30 giorni dalla notifica della presente sentenza: non si ritiene infatti di accordare una dilazione maggiore avuto riguardo al lungo lasso di tempo già trascorso dalla intimazione di rilascio da parte della Fondazione ricevuta dalla C. il 2.8.2001 (v. doc. 4 di parte attrice).

Va peraltro esaminata la questione relativa ai beni concessi in comodato, sostenendo l'attrice che tra questi era compreso anche il capanno con recinto destinato al ricovero di animali che la C. avrebbe abusivamente sub-concesso a tale Angelini, assumendo invece la convenuta che tale bene non formava oggetto di comodato ed era già utilizzato dall'Angelini all'epoca in cui era stato stipulato il contratto di comodato.

Stante la contestazione era onere della Fondazione fornire la prova che tra i beni concessi in comodato alla C. ed alla medesima consegnati era compreso il predetto capanno con recinto: tale prova – che probabilmente poteva emergere dal contenuto della relazione del geom. Aspromonti che si dice essere stata allegata al contratto, ma che non è stata prodotta in giudizio – non è stata fornita né possono essere utili a tal fine le prove orali richieste dalla Fondazione (sopra trascritte) in quanto le stesse non appaiono idonee ad individuare l'oggetto del contratto di

comodato; d'altra parte non risultano elementi oggettivi dai quali poter desumere che tra gli "annessi" di cui al contratto fosse compreso anche tale capanno atteso che, come sostenuto dalla convenuta, non smentita sul punto dalla attrice, questo si trova a "notevole distanza" dalla casa colonica e non potrebbe essere quindi considerato un annesso o una pertinenza della stessa.

Si deve quindi escludere che l'ordine di rilascio possa riguardare anche il predetto capanno che non è dimostrato formi oggetto dei contratto di comodato o sia comunque detenuto dalla C. (*Omissis*).

(1-2) Con riguardo alla fissazione di un termine nel comodato e alla possibilità di ottenere una dilazione nella restituzione, si afferma che, qualora, tenendo conto di tali molteplici parametri, non si possa ravvisare nel contratto una determinazione di durata, il comodante potrà immediatamente richiedere al comodatario la restituzione della cosa (De Tilla, *Sulla durata del comodato*, in *Giust. civ.*, 1996, I, 1775).

Si è così affermata la validità della clausola "vita natural durante" con riferimento alla concessione gratuita di un appartamento adibito ad abitazione destinata a protrarsi per la durata della vita del beneficiario (Cass., 4 dicembre 1990, n. 11620, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 1809; Cass., 8 giugno 1993, n. 6381, in *Corr. giur.*, 1993, 947; Canale, *Comodato «vita natural durante»*, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 1812), anche se si sottolinea che il carattere di gratuità del comodato mal si concilia con un illimitato sacrificio del comodante (Cass., 13 novembre 1989, n. 4790, in *Vita not.*, 1989, 496), in quanto la precarietà del comodato viene in questo caso del tutto snaturata (Bernardini, *Una convenzione patrimoniale nell'ambito della c.d. famiglia di fatto: il comodato vita natural durante*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, 344).

Si è stabilito che, per non svuotare di contenuto l'obbligo di restituzione, il termine deve considerarsi come non apposto qualora sia soltanto apparente, essendo privo del connotato della certezza (Morena, *Un caso in tema di comodato immobiliare: l'obbligo di restituzione e la mancata apposizione del termine*, in *Giust. civ.*, 1994, I, 2522; De Tilla, *Sulla durata del comodato*, cit., 1774; Cass., 24 febbraio 1988, n. 1944, in *Giur. agr. it.*, 1989, 96). Un recente indirizzo ha perciò escluso la validità di un termine di riconsegna solo apparente, che si ha come non apposto in quanto svuota di contenuto l'obbligo di restituzione. L'obbligo di restituzione non può infatti prescindere dalla fissazione di un termine, che, in quanto tale, deve per definizione essere certo nel suo futuro verificarsi (Cass., 22 marzo 1994, n. 2750, in *Giust. civ.,* 1994, I, 2517; Gardella Tedeschi, *Deposito - Comodato - Mutuo*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, II, 642).

La rigidità di tale principio è stata attenuata dall'orientamento, da considerare consolidato, secondo il quale il giudice può fissare un termine congruo per la restituzione del bene, tenendo conto della natura del bene

stesso che sia, ad es., un immobile ad uso abitativo (Cass., 10 agosto 1988, n. 4921, in *Giust. civ.*, 1989, I, 383; Cass., 8 marzo 1995, n. 2719, *ivi*, 1996, I, 1773; De Tilla, *Sulla durata del comodato*, cit., 1774).

Nel contratto di comodato che abbia ad oggetto un immobile ad uso abitativo, deve considerarsi solo apparente – e quindi non attendibile – l'apposizione di un termine di rilascio che rinvii al momento in cui i figli dei comodatari «avessero raggiunto l'età per poter effettuare liberamente le proprie scelte», per cui, in seguito alla richiesta del comodante, deve essere disposta l'immediata restituzione dell'immobile (Pret. Perugia, 19 luglio 1996, in questa *Rivista*, 1997, 116).

Allo stesso modo è stato stabilito con riguardo alla clausola "fino a quando i comodatari non abbiano reperito un altro alloggio" in quanto l'avere subordinato la restituzione dell'immobile comodato al reperimento di altro alloggio significa non avere posto alcun termine obiettivo di restituzione. Essendo tale reperimento rimesso all'iniziativa e alla valutazione dei comodatari, sfugge ad ogni possibilità di controllo da parte dei comodanti, i quali non vengono messi in grado di verificare la ricorrenza o meno degli oggettivi presupposti per la scadenza del termine (Cass., 22 marzo 1994, n. 2750, in *Giust. civ.*, 1994, I, 2517).

Quando in un contratto di comodato immobiliare le parti prevedono che la restituzione dell'immobile da parte del comodante debba avvenire «nel caso che il comodante ne abbia necessità», il contratto si connota come una figura atipica, non riconducibile né al modello legale del comodato a termine né a quello del comodato senza limitazione di durata, dovendo intendersi come convenuto senza determinazione di tempo, ma con facoltà di restituzione solo in presenza di una necessità di utilizzazione dell'immobile che sia incompatibile con il protrarsi del godimento altrui (Cass., 12 marzo 2008, n. 6678, in *Imm. & Dir.*, 2008, 5, 28, in *Giur. it.*, 2008, 1911).

La mancanza di un termine finale direttamente previsto dalle parti non autorizza il comodante a richiedere *ad nutum* la restituzione della cosa, quando sia possibile ravvisare una indiretta determinazione di durata attraverso la delimitazione dell'uso consentito della cosa, desumibile dalla natura di essa, dalla professione del comodatario, dall'esame degli interessi e dalle utilità perseguite dai contraenti ed assegnatari e finalità del negozio (Cass., 8 ottobre 1997, n. 9775, in *Rep. Foro it.,* 1997, voce *Comodato*, n. 7).

In senso diverso si è stabilito che la durata del comodato non è desumibile dalla generica destinazione cui il bene è adibito, per cui si sarà in presenza di un contratto di comodato precario (Pret. Assisi, 18 febbraio 1995, in questa *Rivista*, 1995, 471).

Il comodante che agisce nei confronti del comodatario per la restituzione della cosa non ha l'onere di provare il diritto di proprietà perché è sufficiente avere la disponibilità materiale della cosa per concederla ad altri in comodato; pertanto colui che assume il titolo precario del godimento altrui su di un bene, ha soltanto l'onere di dimostrarne la consegna e il rifiuto di restituzione, mentre spetta al convenuto dimostrare un titolo diverso per

il suo godimento (Cass., 19 ottobre 2007, n. 22001, in *Giur. it.*, 2008, 1682; Cass., 25 marzo 1997, n. 2599, in *Rep. Foro it.*, 1997, voce *Comodato*, n. 6; De Tilla, *Donazione - Permuta - Mediazione - Mandato - Mutuo - Comodato*, Milano, 1995, 716).

Nell'ambito dei vari mezzi utilizzabili dal comodante per ottenere la restituzione del bene, non è prevista la possibilità di "costringere" il comodatario ad abbandonare il bene con la disdetta dei contratti di somministrazione stipulati a nome del comodante relativi a servizi essenziali quali acqua, luce e telefono riguardanti la cosa comodata. Tale condotta è illecita e il risarcimento del danno deve ricomprendere le spese vive sostenute per il riallaccio delle forniture nonché, in via equitativa, una somma per il disagio subito (Pret. Catania, 23 maggio 1990, in *Arch. civ.*, 1990, 928).

In seguito allo scioglimento del contratto – per qualsiasi causa avvenuto – il comodatario deve immediatamente restituire la cosa dovendo, in difetto, essere considerato come un debitore moroso che detiene senza titolo (Cass., 10 maggio 2000, n. 5987, in *GIUS*, 2000, 15, 1802; Cass., 9 novembre 1989, n. 4718, in *Rep. Foro it.,* 1989, voce *Comodato*, n. 4). In ogni caso, poiché detiene la cosa nel proprio interesse, non commette spoglio se, invitato alla sua restituzione opponga un rifiuto, in quanto tale comportamento rileva soltanto sul piano dei rapporti contrattuali, per cui il comodante può agire per la restituzione non con l'azione di spoglio, ma con l'azione di restituzione basata sullo scioglimento del contratto (Cass., 11 gennaio 1993, n. 178, in *Riv. giur. ed.*, 1993, I, 817). Il comodante, in caso di mancata restituzione della cosa comodata, non può infatti chiedere la risoluzione del contratto per inadempimento (non vertendosi in materia di contratti a prestazioni corrispettive), ma ha diritto al risarcimento dei danni subiti (Trib. Milano, 14 aprile 1994, in *GIUS*, 1994, 15, 73; De Tilla, *Donazione - Permuta - Mediazione - Mandato - Mutuo - Comodato*, cit., 720).

Dal momento che estinzione del contratto e mancata restituzione della cosa rendono l'occupazione *sine titulo*, l'occupante è tenuto a corrispondere un indennizzo per tutto il tempo del protrarsi dell'occupazione, versandosi in tema di arricchimento senza causa (Carretta, *Sull'estinzione del precario per morte del comodante usufruttuario*, in *Nuovo dir.*, 1989, 895).

Pur non prendendo posizione nelle conclusioni, la sentenza riferisce in merito alle spese sostenute dalla comodataria.

E' pacificamente ammessa la possibilità di prestazioni a carico del comodatario (c.d. comodato modale) (Mastropaolo, *Il comodato*, in *I contratti reali*, in *Tratt. dir. civ*. diretto da Sacco, 7, Torino, 1999, 722). Il problema consiste nello stabilire quando la prestazione del comodatario si configuri come un *modus* ovvero finisca, per la sua entità, per escludere la gratuità del rapporto tanto da mutarne la natura di contratto a titolo gratuito (De Tilla, *Donazione - Permuta - Mediazione - Mandato - Mutuo - Comodato*, cit., 682).

Il carattere di essenziale gratuità del comodato non viene dunque meno per un *modus* (che può consistere, ad es., in un modesto contributo

pecuniario spontaneamente corrisposto dal comodatario), mentre cessa se il vantaggio fornito da questi si pone come corrispettivo del godimento della cosa con natura di controprestazione (Cass., 25 settembre 1990, n. 9718, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 345; Cass., 16 novembre 1994, n. 9694, in *Rep. Giur. it.*, 1994, voce *Comodato*, n. 2).

Il *modus* deve perciò restare estraneo al sinallagma e costituire piuttosto una sorta di attenuazione del vantaggio che si intende attribuire al comodatario.

È stato considerato comodato modale, e non rapporto di lavoro subordinato, quello in base al quale il godimento di un fabbricato limitrofo alla villa del comodante è subordinato a prestazioni di custodia e ad oneri riguardanti la fornitura elettrica e le spese di riparazione dell'immobile (Cass., 25 settembre 1990, n. 9718, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 345), così come l'accordo con cui sia stato stabilito a carico del beneficiario, in relazione al godimento di un immobile, il versamento di una somma periodica, a titolo di rimborso spese, la cui entità lasci ragionevolmente escludere la dissimulazione di un sottostante contratto di locazione (Cass., 4 giugno 1997, n. 4976, in *Rep. Foro it.*, 1997, voce *Comodato*, n. 1). L'eventuale pagamento da parte del comodatario di taluni oneri attinenti al fondo e di alcune spese accessorie è compatibile con il contratto di comodato modale e non vale, di per sé, a qualificare il rapporto giuridico quale contratto di affitto di fondo rustico, non costituendo lo scopo e l'oggetto del contratto (Cass., 4 novembre 2005, n. 21389, in *Riv. dir. agr.*, 2007, II, 108).

Le obbligazioni gravanti sul comodante hanno uno specifico contenuto anche positivo volto a costituire una particolare protezione dell'interesse al godimento di cui è portatore il comodatario in seguito all'attribuzione patrimoniale che gli è stata fatta (Luminoso, *Il comodato*, in *I contratti tipici e atipici*, in *Tratt. dir. priv.* a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1995, 658), ma è dubbio se il comodante abbia l'obbligo di mantenere la cosa in stato da servire all'uso convenuto e, soprattutto, se debba sostenere le spese di manutenzione straordinaria visto che la legge tace in proposito.

Il comodatario non ha diritto al rimborso delle spese sostenute per servirsi della cosa.

Egli però ha diritto di essere rimborsato delle spese straordinarie sostenute per la conservazione della cosa, se queste erano necessarie e urgenti.

Si è ribadito il principio per cui il comodatario non ha diritto al rimborso delle spese straordinarie se non siano necessarie e urgenti (Cass., 26 giugno 1992, n. 7923, *ALC*, 1993, 768; Trib. Parma, 22 giugno 1987, in *Giur. it.*, 1988, I, 2, 270; Busani, *Comodato «precario» e rimborso delle spese straordinarie*, in *Giur. it.*, 1988, I, 2, 272).

Qualora il comodato riguardi un alloggio ad uso abitativo si ha detenzione e non possesso *ad usucapionem*, per cui al comodatario non sono rimborsabili le spese straordinarie non necessarie ed urgenti, anche se comportino miglioramenti, non potendo egli invocare l'applicazione dei

principi sanciti dagli artt. 1150 e 936 c.c. (Cass., 26 giugno 1992, n. 7923, *ALC*, 1993, 768).

Sul tema, da ultimo, De Mauro e Fortinguerra, *Il comodato*, Padova, 2007; Piroli Torelli, voce *Comodato (contratto di)*, in *Il diritto-Enc. giur.*, III, Milano, 2007, 357 ss.; A. Galasso, *Il comodato*, Milano, 2004.

TRIBUNALE DI PERUGIA – 19 marzo 2008 – *Pres.* Criscuolo – *Est.* Rana – A.S. e N.G. (avv. D'Ammando) c. R.G. e G.C. s.r.l. (avv. Accardi).

Società – Società a responsabilità limitata – Gravi irregolarità – Istanza di revoca dell'amministratore – Procedimento cautelare – Partecipazione della società – Litisconsorzio necessario – Esclusione (c.c., art. 2476; c.p.c., art. 81).

Società – Società a responsabilità limitata – Gravi irregolarità – Istanza di revoca dell'amministratore – Proponibilità ante causam – Inammissibilità – Richiesta provvedimento cautelare in corso di causa – Ammissibilità (c.c., art. 2476; d.lgs. n. 5/2003, artt. 23 e 24).

Poiché l'art. 2476 c.c. attribuisce al socio di una s.r.l. un potere autonomo di proposizione dell'azione di responsabilità sociale la cui titolarità sostanziale rimane in capo alla società, il socio è legittimato ad esercitare in nome proprio un diritto della società che, anche se dovesse rimanere estranea al giudizio, trarrà comunque utilità e benefici dall'esito positivo del giudizio intentato dal socio, posto che la sentenza di condanna al risarcimento dei danni dell'amministratore infedele dovrà essere emessa in favore della società e non del socio agente. Di conseguenza la società non è litisconsorte necessario nell'azione di responsabilità promossa dal socio nei confronti degli amministratori (1).

Il socio di una s.r.l. può chiedere, in caso di gravi irregolarità nella gestione delle società, che sia adottato un provvedimento di revoca degli amministratori; tuttavia è inammissibile la domanda cautelare di revoca dell'amministratore ante causam, da esercitarsi solo in un procedimento cautelare in corso di causa (2).

(*Omissis*). A scioglimento della riserva dell'udienza del 1° febbraio 2008, premesso che:

- in data 27.2.2007 A.S. e N.G., soci, ciascuno per il 25%, della società G.C. s.r.l., proponevano ricorso *ex* art. 23 del d.lgs. n. 3/05 ed in relazione all'art. 2476, terzo comma, c.c., per ottenere, in via cautelare, la revoca dell'amministratore unico della predetta società, R.G., prospettando l'esperibilità nei suoi confronti dell'azione di responsabilità, disciplinata dalla stessa norma, in quanto l'amministratore, violando i propri doveri, si sarebbe reso colpevole di gravi irregolarità, che avrebbero causato alla società un danno patrimoniale;

- con l'ordinanza impugnata il ricorso veniva dichiarato inammissibile, in quanto il procedimento cautelare, volto ad ottenere la revoca dell'amministratore, in vista dell'esercizio nei suoi confronti dell'azione di responsabilità sociale, non sarebbe proponibile *ante causam,* dal momento che la norma dettata dall'art. 2476, terzo comma c.c., dovrebbe considerarsi speciale rispetto alla disciplina generale di cui all'art. 23 del d.lgs. n. 3/05.

Osserva che innanzitutto occorre esaminare, in quanto inerente alle preliminari verifiche in ordine alla regolare instaurazione del contraddittorio, l'eccezione sollevata dal resistente circa la nullità del procedimento determinata dalla mancata instaurazione del contraddittorio nei confronti della società dallo stesso amministrata, previa nomina di un curatore speciale *ex* art. 78 c.p.c., stante la situazione di evidente conflitto d'interesse in cui versa in tal caso il rappresentante legale dell'ente, vale a dire lo stesso amministratore unico convenuto.

L'eccezione non risulta fondata.

Come riconosciuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalenti, il nuovo art. 2476 c.c., nell'attribuire al singolo socio di s.r.l. la possibilità di promuovere l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori infedeli e di ottenerne anche la revoca, in via cautelare, nel caso di gravi irregolarità nella gestione, configura un'ipotesi di legittimazione straordinaria ad agire.

L'azione di responsabilità descritta dalla norma in esame è, infatti, l'azione contrattuale, fondata sul generale obbligo di diligenza professionale che incombe sugli amministratori, finalizzata a tutelare l'integrità del patrimonio della società, mediante la condanna al risarcimento dei danni, derivati dalla condotta degli amministratori. Il socio è ammesso ad esercitare *uti singulus* l'azione sociale in qualità di sostituto processuale, secondo il meccanismo descritto dall'art. 81 c.p.c., cioè facendo valere in nome proprio un diritto altrui, per la ragione, evidenziata da autorevole dottrina, della stretta correlazione esistente tra gli interessi patrimoniali della società sostituita con quelli del socio sostituto.

Tale ricostruzione risulta avvalorata da una serie di indici norma-

tivi: innanzitutto, il primo comma della norma in esame afferma la responsabilità degli amministratori *"verso la società";* in secondo luogo, il comma quarto stabilisce che, in caso di accoglimento della domanda, la società rimborsi ai soci che hanno agito *"le spese del giudizio e quelle da essi sostenute per l'accertamento dei fatti";* infine si attribuisce, al comma quinto, alla società il potere di rinunciare o transigere la controversia, sia pure con il consenso di tanti soci che rappresentino una cospicua porzione del capitale sociale e fatto salvo il diritto di ciascun socio al risarcimento dei danni che gli siano individualmente derivati dalla condotta degli amministratori, diritto che, dunque, viene distinto da quello della società fatto valere con l'azione di responsabilità. Ulteriore elemento a favore del carattere sociale dell'azione *ex* art. 2476 c.c. è rappresentato dalla stessa possibilità, prevista dalla norma, di ottenere in via cautelare la revoca dell'amministratore, dal momento che, in tal caso, la società dovrà provvedere alla nomina di un nuovo organo amministrativo, dovendosi escludere, nel silenzio della legge, che un tale potere possa essere esercitato direttamente dal giudice.

Da tali rilievi si trae la conclusione che la società sia litisconsorte necessario nell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori (in tal senso Trib. Roma 4.4.2005; Trib. Milano 13.1.2005; Trib. Piacenza 23.8.2004).

Ulteriore conseguenza logica è quella per cui, qualora tra la società e il suo legale rappresentante sussista conflitto di interessi, come nel caso in esame in cui è stata esercitata l'azione di responsabilità sociale nei confronti dell'amministratore unico, dovrà essere nominato un curatore speciale ai sensi degli artt. 78 e 79 c.p.c., determinandosi, in mancanza, la nullità dell'intero procedimento "rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado dello stesso, per vizio di costituzione del rapporto processuale col rappresentato e conseguente violazione del principio del contraddittorio" (Trib. Roma 4.4.05, che, a sua volta richiama Cass. n. 8803/05, Cass. n. 13507/02).

Ritiene, invece, questo Collegio, che l'art. 2476 c.c. non configura alcuna ipotesi di litisconsorzio necessario della società.

Ed invero, a norma dell'art. 102 c.p.c. può parlarsi di litisconsorzio quando la decisione non può pronunciarsi che in confronto di più parti nel senso che senza la presenza ed il contraddittorio di tutte le parti la decisione sarebbe *inutiliter data* ossia inidonea a produrre, in assenza anche di una soltanto di esse, qualsivoglia effetto giuridico. Nel caso in esame, invece, la società, anche se dovesse rimanere estranea al giudizio, trarrà comunque solo utilità e benefici dal positivo esito del giudizio intentato dal socio posto che la sentenza di condanna al risarcimento dei danni dell'amministratore infedele dovrà essere emessa in favore della società e non del socio agente.

La disposizione dell'art. 2476 c.c. attribuisce al socio di una s.r.l. un

potere autonomo di proposizione dell'azione di responsabilità sociale la cui titolarità sostanziale rimane in capo alla società; il socio, pertanto, è legittimato ad esercitare in nome proprio un diritto della società.

Analogo potere spetta al socio di una s.p.a. Però, se per le s.p.a. vi è litisconsorzio necessario tra socio e società – come si desume dal tenore della disposizione dell'art. 2393-*bis* c.c. laddove al 3° comma si prevede espressamente che la società debba essere "chiamata in giudizio" – analoga previsione non è contenuta, per la s.r.l., nell'art. 2476 c.c., ed è illogico, incongruo, e contrario alla volontà del legislatore, reintrodurre e porre a carico del socio (della s.r.l.) attore un onere che la riforma ha previsto soltanto per la minoranza della s.p.a. Inoltre, l'azione promossa dal socio di una s.r.l. non può qualificarsi come surrogatoria non essendo questi, in quanto tale, creditore della società.

La legittimazione del socio deve essere pertanto riportata nello schema della sostituzione processuale *ex* art. 81 c.p.c. Per espressa previsione normativa la legittimazione ad agire viene attribuita dall'art. 2476 c.c. al socio, fermo restando che titolare della situazione giuridica sostanziale rimane la società.

Orbene, la circostanza che in caso di accoglimento della domanda la società dovrà rifondere al socio attore le spese di lite non costituisce argomento a favore della tesi del litisconsorzio necessario in quanto il regime delle spese non muta in dipendenza dalla partecipazione o meno al giudizio della società.

Ancora, la possibilità che la società possa rinunciare all'azione o transigere la vertenza conferma solo il fatto che la disposizione dell'art. 2476 c.c. nel legittimare all'azione il singolo socio attiene esclusivamente al profilo processuale e non anche a quello sostanziale del diritto che permane, come si è detto, in capo alla società altrimenti quest'ultima non conserverebbe il potere di rinunciare o transigere.

Né appare corretto desumere da detto potere la necessità del litisconsorte necessario, in quanto la rinuncia all'azione così come la transazione potranno validamente essere poste in essere dalla società anche mediante scritto extraprocessuale dal quale emerga la volontà di porre fine al giudizio promosso dal socio.

La società, pertanto, potrà sempre paralizzare l'azione del socio con l'esercizio del diritto di rinuncia all'azione o con il potere di transigere la causa *"salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo"* ovvero, in caso contrario, intervenire *ad adiuvandum* facendo proprie e sostenendo le ragioni attoree.

In definitiva, la circostanza che in caso di accoglimento dell'azione di responsabilità la pronuncia dovrà avvenire in favore della società (come si desume dal chiaro distinguo che l'art. 2476 c.c. opera tra la responsabilità degli amministratori "verso la società" ed i danni che gli stessi

possono aver causato "al singolo socio") così come la previsione relativa potere di rinunciare o transigere la lite che la società conserva indipendentemente dall'iniziativa del socio, comprovano solo che il legislatore ha voluto riconoscere al socio della s.r.l. una legittimazione processuale straordinaria ad agire per far affermare la responsabilità degli amministratori nei confronti della società, disancorata dalla titolarità della posizione giuridica sostanziale che è e rimane solo della società.

In ordine alla questione che costituisce principalmente oggetto del reclamo avverso l'ordinanza impugnata, vale a dire quella della proponibilità *ante causam,* da parte del socio di s.r.l., della domanda cautelare volta ad ottenere la revoca dell'amministratore infedele, il Collegio concorda con la dichiarata inammissibilità pronunciata dal giudice di prime cure per specialità del rimedio cautelare previsto dall'art. 2476 c.c. rispetto alla tutela cautelare generale prevista dagli artt. 23 e ss. del d.lgs. 5/03.

Non può negarsi l'esistenza, sul punto, di contrapposti orientamenti interpretativi.

I sostenitori della possibilità, per il socio di s.r.l., di ottenere in via cautelare, prima dell'instaurazione dell'azione sociale di responsabilità, la revoca dell'amministratore fanno leva principalmente sul carattere di regola generale che, nel nostro ordinamento processuale, ha ormai assunto la tutela cautelare *ante causam,* dopo la riforma del procedimento cautelare uniforme realizzata nel 2005. Tale carattere non sarebbe derogato neanche dalla disciplina del procedimento cautelare in materia societaria, salve le ipotesi in cui il legislatore espressamente richieda la contestualità tra azione di merito e azione cautelare (come avviene nell'art. 2378 c.c., richiamato per le s.r.l. dall'art. 2479-*ter* c.c., che disciplina l'impugnazione delle delibere assembleari con possibilità di chiederne in via cautelare la sospensione dell'esecuzione). Una tale eventualità non si verificherebbe, secondo l'orientamento esaminato, nel caso dell'art. 2476 c.c., in quanto la prevista possibilità per il socio di chiedere *"altresì"* la revoca dell'amministratore, non sarebbe un indice sicuro dell'esclusione della proponibilità *ante causam* dell'istanza di revoca, potendosi, invece, riferire proprio ad una forma di tutela alternativa rispetto all'azione sociale di responsabilità.

Al di là delle argomentazioni di natura letterale e sistematica, l'orientamento in questione fonda l'ammissibilità del provvedimento cautelare di revoca dell'amministratore adottato anteriormente all'instaurazione del giudizio di merito sul riconoscimento a tale provvedimento di un carattere anticipatorio, sia pure del tutto particolare.

Il provvedimento previsto dal terzo comma dell'art. 2476 c.c. presenterebbe la peculiarità di non essere preordinato ad anticipare i contenuti del futuro provvedimento di merito, dal momento che l'azione sociale di responsabilità non comporta la revoca dell'amministratore, ma solo la

sua responsabilità per il risarcimento dei danni. Tale provvedimento, tuttavia, in un certo senso anticiperebbe gli effetti del giudizio di merito, nel senso che consentirebbe di non aggravare i danni patrimoniali causati dalla cattiva gestione dell'amministratore rimosso, contribuendo così a garantire l'integrità del patrimonio sociale.

Conseguentemente il provvedimento in questione rientrerebbe tra quelli *"idonei ad anticipare gli effetti della decisione di merito"*, contemplati dall'art. 23 del d.lgs. n. 3/05, al fine di estendere il nuovo regime dei provvedimenti cautelari caratterizzati dalla cosiddetta "strumentalità attenuata".

Questo impostazione, però, non è affatto convincente.

Innanzi tutto non può sottacersi l'assoluta specialità e tipicità della previsione di cui all'art. 2476, terzo comma, c.c., rispetto alla disciplina generale dei provvedimenti cautelari. Tale specialità e tipicità è chiaramente rimarcata, innanzitutto, dalla lettera della legge che configura il procedimento cautelare come interno all'azione di responsabilità sociale. Nello stessa direzione conduce anche la ricostruzione della volontà del legislatore operata mediante la Relazione di accompagnamento alla riforma del diritto societario, la quale espressamente configura la possibilità del socio di s.r.l. di esercitare l'azione di responsabilità nei confronti dell'amministratore, chiedendone la revoca, come volta a bilanciare l'esclusione dell'applicabilità alla s.r.l. delle forma di controllo giudiziario previste dall'art. 2409 c.c.

Il confronto con quest'ultima norma evidenzia che, come in quel caso la revoca dell'amministratore poteva essere disposta dal tribunale nell'ambito del procedimento di controllo di cui veniva investito dai soci, così solo nell'ambito di un'azione di responsabilità già promossa il socio può oggi ottenere analogo provvedimento di revoca.

Inoltre, l'innegabile incisività che il provvedimento di revoca ha sui rapporti sociali non può essere sfuggita al legislatore il quale, ancorando l'istanza cautelare all'azione di merito, ha evidentemente inteso responsabilizzare il socio evitando che questi possa provocare la revoca di un amministratore sulla base del mero *fumus,* elevando lo *standard* probatorio chiedendo l'allegazione di "gravi irregolarità" da collocare nell'ambito di una azione di responsabilità che deve necessariamente precedere o essere comunque contestuale all'iniziativa "cautelare" in modo tale da assicurare un accertamento esaustivo nell'ambito di una cognizione piena delle stesse irregolarità e dei danni.

Infine non può non rilevarsi che la revoca dell'amministratore non ha carattere anticipatorio, come dovrebbe essere per tutti i provvedimenti cautelari *ante causam,* ma conservativo, nel senso che in attesa della decisione sulle denunciate irregolarità e sui dedotti danni causati dall'amministratore alla società il legislatore ha voluto – esautorando

la persona "indiziata" dalle funzioni di amministrazione e gestione – evitare che possano essere reiterate o rinnovate ulteriori condotte pregiudizievoli del patrimonio sociale. (*Omissis*).

(1-2) Il provvedimento in epigrafe affronta un tema assai delicato, vertente sul testo novellato dell'art. 2476 c.c., sul quale si sono già accesi tra i giudici di merito aspri dibattiti e la conseguente formazione di due opposti filoni giurisprudenziali.

Il giudice perugino in entrambe le massime – e in particolare nella prima – prende posizione in senso contrario a quello prevalente, con ampie e ragionate argomentazioni svolte proprio in considerazione dello specifico indirizzo accolto.

I termini del problema sono messi a fuoco da Trib. Salerno, 4 luglio 2006, in *Corr. giur.*, 2007, 703, con nota di Pellegrini, *Revoca cautelare degli amministratori di srl: ammissibilità ante causam ex art. 700 c.p.c. e domanda di revoca in via principale,* secondo il quale l'art. 2476 c.c. contiene la previsione di due distinte azioni esperibili dai soci di una s.r.l. nei confronti degli amministratori inadempienti, ossia l'azione di responsabilità sociale prevista dal 1º comma e l'azione di revoca di cui al 3º comma, le quali, pur presupponendo entrambe l'inadempimento da parte degli amministratori ai doveri imposti dalla legge o dal contratto sociale alla loro carica, non coincidono né devono essere proposte cumulativamente, richiedendo la prima la responsabilità degli amministratori per il verificarsi di un danno per il patrimonio della società di cui viene chiesto il risarcimento, e la seconda il compimento, da parte dei medesimi, di irregolarità di gestione che potrebbero anche non essere produttive di danno e per effetto delle quali i soci chiedono la rimozione degli amministratori dalla carica; si tratta, pertanto, di due azioni diverse per *petitum* e *causa petendi*, che possono essere proposte cumulativamente – tale essendo il significato da attribuire al pur equivoco avverbio «altresì» contenuto nel 3º comma dell'art. 2476 c.c. – restando comunque ammissibile la proposizione di una domanda limitata alla sola revoca.

Sulla prima massima v. in senso conforme (parrebbe) Trib. Roma, 22 maggio 2007, in *Foro it.*, 2008, I, 307, secondo la quale la s.r.l. partecipa al giudizio di responsabilità nei confronti dei propri amministratori per mezzo di un curatore speciale; tuttavia, quest'ultimo non è legittimato ad esperire l'azione di responsabilità in nome e per conto della società in mancanza di una deliberazione assembleare.

In senso contrario v. Trib. Napoli, 7 settembre 2007, in *Foro it.*, 2008, I, 2060; Trib. Milano, 21 dicembre 2005, in *Società*, 2007, 193, con nota di Dubini e Lentini, *Azione sociale di responsabilità contro l'amministratore unico di srl e litisconsorzio necessario*; Trib. Milano, 4 maggio 2005, in *Giur. it.*, 2005, 1653; Trib. Roma, 4 aprile 2005, in *Giur. mer.*, 2005, 1563, con nota di Pedrelli, *Osservazioni sulla legittimazione ad agire in giudizio del*

singolo socio e della società nell'azione di responsabilità ex art. 2476 c.c.; Trib. Piacenza, 23 agosto 2004, in *Corr. mer.*, 2005, 25, con nota di GIORDANO, *L'azione «sociale» di responsabilità proponibile dal singolo socio ai sensi del nuovo art. 2476, 3º comma, c.c.*

In dottrina, sulle problematiche relative alla revoca degli amministratori, v. anche RUGGIERO, *La revoca dell'amministratore nella srl secondo il novellato art. 2476 c.c.*, in *Società*, 2008, 815, 949 ss.; CAPPELLETTI, *Nomina del nuovo amministratore in seguito a provvedimento cautelare di revoca ex art. 2476 c.c.*, *ivi*, 2007, 58 ss.; CASABURI, *Ammissibilità della revoca dell'amministratore di srl con misura cautelare ante causam*, *ivi*, 2007, 1141 ss.; PICARONI, *Irregolarità di gestione e tutela del socio nella srl: la revoca cautelare degli amministratori*, *ivi*, 2006, 885 ss.; DE ANGELIS, *L'azione cautelare di revoca ex art. 2476, 3º comma, c.c. alla luce della disciplina cautelare del nuovo rito societario*, in *Giust. civ.*, 2005, I, 2852 ss.; PEDRELLI, *La proponibilità ante causam dell'istanza cautelare di revoca degli amministratori ex art. 2476, 3º comma, c.c. trova conferma nella giurisprudenza*, in *Giur. mer.*, 2005, 97 ss.

Sulla seconda massima, in senso conforme, si ritiene inammissibile il ricorso alla tutela cautelare atipica *ex* art. 700 c.p.c. in vista della proposizione di un'azione di responsabilità nei confronti dell'amministratore di una s.r.l., potendo l'esigenza cautelare essere adeguatamente soddisfatta attraverso il ricorso alla misura cautelare tipica della revoca dell'amministratore ai sensi dell'art. 2476, 3º comma, c.c.: Trib. Roma, 22 maggio 2007, in *Foro it.*, 2008, I, 307; Trib. Agrigento, 15 febbraio 2006, in *Vita not.*, 2006, 317; Trib. Ravenna, 25 novembre 2005, in *Giur. comm.*, 2007, II, 874, con nota di Francesca BENATTI, *Osservazioni sulla revoca cautelare degli amministratori di srl*; (parrebbe) Trib. Genova, 6 settembre 2005, in *Società*, 2007, 77, con nota di MALAVASI, *Revoca ante causam dell'amministratore unico di srl e nomina di un curatore speciale per conflitto di interessi* (l'inscindibilità della richiesta cautelare di revoca dell'amministratore rispetto all'azione di responsabilità nei suoi confronti trova uno specifico riscontro nella dizione letterale dell'art. 2476, 3º comma, c.c., in forza del quale il socio può promuovere l'azione di responsabilità contro gli amministratori e può «altresì» chiedere che sia adottato un provvedimento cautelare di revoca: espressione, questa, che fa pensare ad un collegamento tra due iniziative giudiziali, nel senso che la richiesta di revoca viene ad aggiungersi, in via d'urgenza, al giudizio di cognizione, contestualmente o in precedenza instaurato); Trib. Milano, 9 marzo 2005, in *Dir. prat. soc.*, 2006, 14, 77; Trib. Treviso, 7 febbraio 2005, in *Giur. it.*, 2005, 2107; Trib. Parma, 25 ottobre 2004, in *Società*, 2005, 758; Trib. S.M. Capua Vetere, 20 luglio 2004, in *Società*, 2004, 1545, con nota di MALAVASI, *Revoca cautelare ex art. 2476 c.c.: ammissibilità ante causam e dubbi di legittimità costituzionale*.

In senso contrario ritengono ammissibile la revoca *ante causam* degli amministratori di s.r.l. ai sensi dell'art. 2476 c.c. in caso di gravi irregolarità di gestione: Trib. Pescara, 4 ottobre 2007, in *P.Q.M.*, 2007, 3, 58; Trib. Milano, 30 agosto 2006, in *Giur. mer.*, 2007, 1377, con nota di SANGIOVANNI,

La revoca dell'amministratore di srl; Trib. Agrigento, 1° agosto 2006, in *Dir. fall.*, 2007, II, 299, con nota di Ziino, *Appunti sulla natura anticipatoria del provvedimento cautelare di revoca dell'amministratore di srl*; Trib. Milano, 12 gennaio 2006, in *Giur. comm.*, 2007, II, 910, con nota di Cagnasso, *Revoca cautelare dell'amministratore di società a responsabilità limitata ed azione di responsabilità: una convivenza problematica*, in *Società*, 2007, 1009, con nota di Longo, *Presupposti e strumentalità del provvedimento cautelare di revoca degli amministratori di srl*; Trib. Milano, 18 gennaio 2006, *Dir. prat. soc.*, 2006, 20, 83; Trib. Napoli, 22 marzo 2005, in *Corr. giur.*, 2007, 704; Trib. Milano, 30 novembre 2005, in *Dir. prat. soc.*, 2006, 14, 79; Trib. Vercelli, 28 settembre 2005, in *Guida al dir.*, 2005, 42, 58; Trib. Marsala, 15 marzo 2005, in *Foro it.*, 2005, I, 3469, in *Giur. it.*, 2005, 1468, con nota di Pedrelli, *Questioni processuali in tema di azione ex art. 2476 c.c.*; Trib. Roma, 11 giugno 2004, in *Corr. giur.*, 2005, 261, con nota di Arieta e Gasperini, *La revoca cautelare ante causam degli amministratori di srl*; Trib. Roma, 5 agosto 2004, in *Foro it.*, 2005, I, 868, in *Giur. mer.*, 2005, 306, con nota di Scarafoni, *Il provvedimento cautelare di revoca degli amministratori di srl: inquadramento sistematico e riflessioni*; Trib. Roma, 30 luglio 2004, in *Giur. it.*, 2005, 309, con nota di Cagnasso, *Diritto di controllo dei soci e revoca dell'amministratore per gravi irregolarità: primi provvedimenti in sede cautelare relativi alla «nuova» società a responsabilità limitata*; Trib. Milano, 30 novembre 2004, *ivi*, 2005, 1245.

In termini più generali, analizzando altri profili che la problematica propone e sui quali si sofferma anche il provvedimento in epigrafe, si è statuito che:

- L'art. 2476, 3º comma, c.c. conferisce al socio la legittimazione a proporre, oltre alla domanda risarcitoria, anche la domanda di revoca dell'amministratore; l'avverbio «altresì» va dunque letto come attributivo al socio di un ulteriore diritto, che si aggiunge a quello di agire in via risarcitoria e che può essere esercitato separatamente da quest'ultimo (Trib. Napoli, 22 marzo 2005, in *Corr. giur.*, 2007, 704, con nota di Pellegrini, *Revoca cautelare degli amministratori di srl: ammissibilità ante causam ex art. 700 c.p.c. e domanda di revoca in via principale*);

- il socio di una s.r.l. che abbia esperito azione sociale di responsabilità contro l'amministratore, è legittimato a chiederne la revoca cautelare, anche se questi abbia rinunciato al mandato e sino all'accettazione della nomina da parte del nuovo amministratore (Trib. S.M. Capua Vetere, 20 gennaio 2007, in *Foro it.*, 2008, I, 331);

- il socio di s.r.l., nell'esercizio dell'azione sociale di responsabilità, non rappresenta la società ma agisce in nome proprio e per conto di quest'ultima (Trib. Roma, 22 maggio 2007, in *Foro it.*, 2008, I, 307);

- la legittimazione all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori di srl è attribuita in via esclusiva al singolo socio, mentre è preclusa all'iniziativa sociale (Trib. Milano, 2 novembre 2006, in *Giur. it.*, 2007, 655);

- sussiste un conflitto di interessi, tale da richiedere la nomina di un curatore speciale *ex* art. 78, 2º comma, c.p.c., pena la nullità dell'intero giudizio, quando si chiede la revoca cautelare dell'amministratore unico di una s.r.l. (Trib. Genova, 4 novembre 2005, in *Società*, 2007, 76, con nota di MALAVASI, *Revoca ante causam dell'amministratore unico di srl e nomina di un curatore speciale per conflitto di interessi*);

- il provvedimento di revoca cautelare degli amministratori di una srl non ha natura anticipatoria, bensì conservativa essendo inidoneo ad anticipare gli effetti della sentenza che accerti la responsabilità degli amministratori in quanto volto ad ovviare al pericolo che gli amministratori possano recare danni ulteriori alla società (Trib. Siracusa, 31 gennaio 2007, in *Vita not.*, 2007, 753; Trib. Agrigento, 15 febbraio 2006, *ivi*, 2006, 317).

TRIBUNALE DI PERUGIA – 17 giugno 2008 – *G.I.* BORA – Ministero della Difesa e Ministero dell'Interno (avv. Stato) c. P. (avv. Brutti) c. S. (avv. Ruggeri).

Giudizio (rapporto) – Cosa giudicata penale, autorità nel giudizio civile – Sentenza di non doversi procedere – Difetto di querela – Non imputazione dei fatti-reato – Risarcimento del danno (c.p.p., artt. 651, 652).

Nel giudizio civile di danno promosso nei confronti dell'imputato, la richiesta risarcitoria deve essere respinta perché infondata qualora sia intervenuta una sentenza di non doversi procedere per difetto di querela nonché qualora non siano stati imputati né contestati i fatti-reato direttamente ricollegabili ai danni dedotti (1).

(Omissis). Con atto di citazione notificato a S.A. e a P.A. – oltre che a C.A. (nei cui confronti il processo è stato separato con ordinanza del 15.5.2007) – il Ministero dell'Interno ed il Ministero della Difesa chiedevano il risarcimento dei danni verificatisi in seguito a tafferugli occorsi in data 27.10.1985 dopo una partita di calcio svoltasi a Terni in occasione

dei quali i tifosi avevano causato lesioni personali ad appartenenti alle forze dell'ordine e danni a mezzi delle forse medesime.

Si costituiva soltanto P.A. il quale, preliminarmente, eccepiva la prescrizione di ogni diritto conseguente ai fatti indicati e, in subordine, contestava la sussistenza di qualsiasi responsabilità personale nella determinazione dei danni dedotti nonché, in ogni caso, la fondatezza e la congruità della pretesa risarcitoria. *(Omissis).*

1) Per i fatti avvenuti il 27.10.1985 è stata esercitata l'azione penale nei confronti, tra gli altri, di S.A. e P.A. ed il relativo procedimento penale si è concluso con sentenza della Corte d'Appello di Perugia in data 13.11.1990, divenuta irrevocabile il 4.11.1991, con la quale, per quello che rileva nel presente giudizio, il S. è stato dichiarato responsabile del reato di cui all'art. 336 c.p. mentre è stato prosciolto dal reato di cui agli artt. 582 e 61 n. 10 c.p. per difetto di querela; il P. è stato invece dichiarato colpevole del reato di cui all'art. 337 c.p. per essersi opposto con violenza, colpendolo ripetutamente e cagionandogli lesioni personali, al carabiniere P.B.; ad entrambi sono state concesse le attenuanti generiche dichiarate prevalenti sulle contestate aggravanti.

Le amministrazioni attrici in questa sede hanno chiesto il risarcimento dei danni consistenti nelle retribuzioni concesse ai propri dipendenti nel periodo in cui gli stessi sono rimasti assenti dal servizio a causa delle lesioni riportate nonché nelle spese sostenute per riparare i veicoli danneggiati in occasione dei tafferugli. *(Omissis).*

3) Alla luce dei documenti risulta che il Paterni è responsabile soltanto dei reati di resistenza a pubblico ufficiale e lesioni nei confronti del carabiniere B.P. che, secondo quanto risulta dal prospetto redatto dal Comando della Legione dei carabinieri di Perugia, a causa delle lesioni riportate è rimasto assente dal servizio per 23 giorni per i quali l'amministrazione ha erogato la retribuzione complessiva di £ 1.082.445.

Non sono stati imputati al P. fatti di danneggiamento di veicoli né reati ai danni di altri appartenenti alle forze del'ordine (polizia di Stato o carabinieri): pertanto la domanda di risarcimento danni proposta nei suoi confronti dal Ministero dell'Interno nonché quella proposta dal Ministero della Difesa per i danni ai veicoli devono essere respinte perché infondate.

Il P. va invece condannato al risarcimento del danno limitatamente alla somma di £ 1.082.445, ora pari a € 559,04, oltre rivalutazione monetaria in base agli indici Istat e interessi legali sulla rivalutata anno per anno dal 27.10.1985 al saldo.

4) Parzialmente diversa è la posizione del convenuto S. il quale, non costituendosi, non ha eccepito la prescrizione; va inoltre rilevato che il medesimo – come si è detto – è stato dichiarato responsabile esclusivamente del reato di cui all'art. 336 c.p. mentre è stato prosciolto dal reato

di cui agli artt. 581 e 61 n. 10 c.p. per difetto di querela: anche al S. (come al P.) non è stato contestato il reato di danneggiamento di veicoli.

Pertanto la domanda di risarcimento proposta nei suoi confronti dagli attori per i danni ai veicoli deve essere respinta perché infondata.

Deve pure essere respinta la domanda diretta al rimborso delle somme erogate a titolo di retribuzione dalla rispettive Amministrazioni al personale che ha riportato lesioni perché il S. stesso è stato prosciolto per difetto di querela dal reato di lesioni cui è direttamente ricollegabile il danno dedotto. D'altra parte la sentenza prodotta non evidenzia alcun accertamento in ordine alla asserita responsabilità del S. né in merito alla condotta contestata e gli attori non hanno in questa sede dedotto prove al fine di dimostrare che il S. ha concorso nella causazione delle lesioni.

5) Considerato l'esito della controversia tra gli attori e il convenuto P., si ritiene di dover compensare tra gli stessi le spese di lite; nulla per le spese nei confronti del S., non costituito. (*Omissis*).

(1) Brevi note in tema di efficacia del giudicato penale nel giudizio civile di risarcimento del danno.

La sentenza oggetto della presente nota, offre lo spunto per brevi considerazioni sul tema – più volte affrontato e variamente risolto dalla giurisprudenza di legittimità e dalla dottrina – dell'efficacia del "giudicato penale" nel processo civile di risarcimento dei danni.

Il caso di specie riguarda, in particolar modo, la richiesta risarcitoria avanzata dal Ministero della Difesa e dell'Interno nei confronti di due tifosi, avente ad oggetto le retribuzioni concesse ai propri dipendenti nel periodo di loro assenza dal servizio, a causa delle lesioni personali riportate dagli stessi, in occasione di tafferugli verificatisi a seguito di una partita di calcio, nonché le spese sostenute per la riparazione dei veicoli danneggiati sempre in tale occasione.

Il giudice di Perugia ha fondato la propria decisione sulla base della sentenza penale irrevocabile emessa dalla Corte d'Appello di Perugia proprio nei confronti dei due tifosi-convenuti.

Pertanto, in conformità a quanto sancito dall'art. 651 c.p.p., è stato condannato solo uno dei tifosi a risarcire i danni pari alle retribuzioni erogate dall'Amministrazione al proprio dipendente, per i giorni di sua assenza dal servizio, in quanto lo stesso è stato ritenuto responsabile del reato di cui all'art. 337 c.p. nei confronti del carabiniere in questione (dipendente del Ministero della Difesa).

Infatti, la sentenza penale irrevocabile di condanna, pronunciata in seguito a dibattimento, ha efficacia di giudicato nel giudizio civile risarcitorio pendente nei confronti del condannato, in relazione all'accertamento della

sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e della sua commissione da parte dell'imputato [1].

Il profilo che, però, merita di essere maggiormente sottolineato è l'efficacia che è stata attribuita alla sentenza di proscioglimento dal reato di lesioni di cui agli artt. 582 e 61, n. 10 c.p., emessa nei confronti di uno dei tifosi, per difetto di querela.

Il giudice di Perugia, ritenendo idonea a produrre effetti vincolanti, in sede civile, una sentenza di non doversi procedere pronunciata solo sulla base di un difetto di querela, ha aderito a quell'orientamento minoritario della giurisprudenza di legittimità [2], che, a favore dell'unità della funzione giurisdizionale, attribuisce efficacia di giudicato a tutte le sentenze di proscioglimento.

In senso difforme, però, dall'orientamento maggioritario della Suprema Corte [3], si desume che la sentenza di non doversi procedere non debba avere mai efficacia di giudicato nei confronti dell'imputato, né a suo favore, né contro di lui, avendo ad oggetto, una tale decisione, non il previo accertamento del fatto-reato, ma solo ed esclusivamente l'accertamento dell'inesistenza di una condizione di procedibilità, *ex* art. 529 c.p.p., ovvero dell'esistenza di una causa di estinzione del reato, *ex* art. 531 c.p.p.

Vale ricordare, a tale proposito, come nell'ambito del giudizio civile o amministrativo di danno, trovino applicazione gli artt. 651 (con riferimento alle sentenze penali di condanna) e 652 (con riferimento alle sentenze penali di assoluzione) c.p.p., disposizioni che, costituendo delle eccezioni alla regola innovativa e generale introdotta dal legislatore del 1988 dell'autonomia e della separazione tra il giudizio civile e quello penale [4], devono costituire

---

[1] V., in merito, Cremonesi, *Pregiudizialità e rapporti tra processo penale e processo civile,* in *Giust. pen.,* 1993, 582; Cass., 18 giugno 2004, n. 11432, in *Gius,* 2004, 3869; Cass., 2 agosto 2004, n. 14770, in *Guida al dir.,* 2004, n. 40, 68; Cass., 28 settembre 2004, n. 19387, *ibidem,* n. 40, 49, con nota di Graziano.

[2] Cfr. Cass., 24 gennaio 1995, n. 810, in *Foro it.,* Rep. 1995, voce *Giudizio (rapporto)*, n. 16; Cass., 22 gennaio 1998, n. 570, in *Giust. civ.,* 1999, I, 255; Cass., 2 novembre 2000, n. 14328, in *Dir. e giust.,* 2000, 36, con nota di Rossetti, *Dubbia estensione ai risarcimenti.*

[3] Cfr. Cass., 8 ottobre 1999, n. 11283, in *Foro it.,* Rep. 1999, voce *Giudizio* (*rapporto*), n. 22; Cass., 30 luglio 2001, n. 10399, *ivi,* 2001, *voce cit.*, n. 24; Cass., 19 maggio 2003, n. 7765, *ivi,* 2003, *voce cit.*, n. 22; Cass., 22 giugno 2004, n. 11605, *ivi,* 2004, *voce cit.*, n. 10; Cass., 2 agosto 2004, n. 14770, cit., 68; Cass., 30 agosto 2004, n. 17401, in *Foro it.,* Rep. 2004, voce *Giudizio* (*rapporto*), n. 15; Cass., 14 marzo 2006, n. 5467, in *Mass. Giur. it.,* 2006, 528; Cass., 20 settembre 2006, n. 20325, in *Danno e resp.,* n. 5, 2007, 550; Cass., 30 ottobre 2007, n. 22883, in *Mass. Giur. it.,* 2007, 1861.

[4] V., sulla regola del c.d. *simultaneus processus,* Cenerini, *Introduzione storica allo studio dell'autorità del giudicato penale nel giudizio civile,* in *Riv. dir. proc.,* 1989, 761; Felli, *Nuovi profili nei rapporti fra processo civile e processo penale,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1994, 288; Giazzi, *Giudicato penale e giudizio civile: un primato*

oggetto di un'interpretazione restrittiva [5]. Per quanto concerne, in particolar modo, le sentenze irrevocabili di assoluzione, l'art. 652 c.p.p. attribuisce efficacia di giudicato a tali sentenze, pronunciate a seguito di dibattimento, nei giudizi civili o amministrativi di danno intercorsi tra coloro che hanno partecipato o sono stati posti in grado di partecipare, solo qualora una tale sentenza contenga un effettivo accertamento dell'insussistenza del fatto o della non riferibilità all'imputato.

La sentenza dibattimentale di assoluzione ha, pertanto, *ex* art. 652 c.p.p., efficacia di giudicato nell'ambito del giudizio civile di danno solo quando contenga un effettivo e specifico accertamento che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto è stato compiuto in presenza dell'esimente dell'adempimento di un dovere o dell'esercizio di una facoltà legittima, di cui all'art. 51 c.p. [6].

Di conseguenza, sulla base dello stesso dato testuale della norma, si deduce come le sentenze assolutorie pronunciate con formula non piena (si pensi alle formule: perché "il fatto non costituisce reato" [7], o per "insussistenza di sufficienti elementi di prova circa la commissione del fatto o l'attribuibilità di esso all'imputato" [8]) siano destinate a non poter avere efficacia di giudicato nel giudizio civile risarcitorio.

---

in via di estinzione, in *Danno e resp.,* n. 5, 2007, 554; in giurisprudenza, tra tutte, Cass., 25 marzo 2005, n. 6478, in *Foro it.,* Rep. 2005, voce *Giudizio* (*rapporto*), n. 18. Critica il nuovo sistema VERZERA, *Limiti al giudicato penale nei contenziosi civili sul danno,* in *Dir. e formaz.*, 2003, II, 169.

[5] V., in tal senso, Cass., 9 marzo 2004, n. 4775, in *Contratti,* 2004, 936; Cass., 2 agosto 2004, n. 14770, cit.; Cass., 20 settembre 2006, n. 20325, cit.

[6] Cfr. Cass., 8 ottobre 1999, n. 11283, cit.; Cass., 30 luglio 2001, n. 10399, cit.; Cass., 19 maggio 2003, n. 7765, cit.; Cass., 22 giugno 2004, n. 11605, cit.; Cass. 30 agosto 2004, n. 17401, cit.; Cass., 14 marzo 2006, n. 5467, cit., 528; Cass., 20 settembre 2006, n. 20325, cit.; Cass., 30 ottobre 2007, n. 22883, cit.

[7] Cfr. Cass., 30 luglio 2001, n. 10399, cit.; Cass., 18 luglio 2002, n. 10412, in *Foro it.,* Mass., 2002, 761; Cass., 14 febbraio 2006, n. 3193, in *Foro it.,* Rep. 2007, voce *Giudizio* (*rapporto*), n. 9; Cass., 30 ottobre 2007, n. 22883, cit. Una sentenza di assoluzione con la formula "perché il fatto non costituisce reato" non è compresa tra quelle che fanno stato nel giudizio civile di danno *ex* art. 652 c.p.p., proprio in quanto non è escluso che un fatto che "non costituisce reato" sia, invece, al contrario fonte di responsabilità civile, v., in tal senso, VINCIGUERRA, *Brevi note sui rapporti di pregiudizialità tra il processo civile e quello penale,* in *Nuovo dir.*, 1995, 193.

[8] Cfr. Cass., 30 marzo 1998, n. 3330, in *Foro it.,* 1998, I, 2913, secondo la quale, in virtù dell'art. 652 c.p.p., il giudicato penale di assoluzione, nell'ambito del giudizio civile di danno, è idoneo a produrre effetti preclusivi nel giudizio civile solo quando contenga un effettivo e specifico e concreto accertamento circa l'insussistenza del fatto o l'impossibilità di attribuire questo all'imputato, ma non anche quando l'assoluzione sia determinata dalla conclusione relativa all'insussistenza di sufficienti elementi di prova circa la commissione del fatto o l'attribuibilità di esso all'imputato. Conf., Cass., 13 dicembre 1996, n. 11162, in *Foro it.,* Rep. 1996, voce *Giudizio* (*rapporto*), n. 19; Cass., 19 maggio 2003, cit.; Cass., 30 agosto 2004, n. 17401, cit.; Cass., 20 settembre 2006, n. 20325, cit.

Alla stessa conclusione, si deve, pertanto, e a maggior ragione [9], pervenire per le sentenze di non doversi procedere, le quali, per la loro stessa natura, non hanno mai la funzione di un giudizio di merito sul fatto penale, ma oggetto del loro giudizio risulta solo ed esclusivamente l'accertamento dell'inesistenza di una condizione di procedibilità ovvero dell'esistenza di una causa estintiva del reato.

Da tale prospettiva, si ritiene che il giudice civile, qualora sia intervenuta una sentenza irrevocabile di non doversi procedere, debba, nel relativo giudizio di danno, rivalutare interamente ed autonomamente il fatto, non potendo attribuire, ad una tale pronuncia, efficacia di giudicato in sede civile. Quanto ora affermato, tuttavia, non preclude al giudice civile di poter tener conto, ai fini della propria decisione, di tutti gli elementi di prova acquisiti nel processo penale, nel rispetto del contraddittorio delle parti [10].

Nel caso in questione, pur potendo giustamente avvalersi delle prove raccolte in sede penale, il giudice di Perugia avrebbe dovuto accertare direttamente se effettivamente sussistevano i fatti illeciti dei convenuti e i danni ingiusti subiti dagli attori, non potendo riconoscere alla sentenza penale irrevocabile emessa dalla Corte d'Appello di Perugia efficacia di giudicato [11] (ad eccezione di quanto sopra detto in merito alla condanna di uno dei convenuti). Tale sentenza, infatti, pur rientrando nell'ambito delle sentenze di proscioglimento, ha statuito soltanto che la mancanza di querela ha reso improcedibile l'ipotizzabile reato di lesioni.

Analogo accertamento dei fatti e della responsabilità civile dei convenuti doveva essere compiuto dal giudice civile, in merito ai fatti di danneggiamento dei veicoli. Il rigetto della relativa richiesta risarcitoria è stato, infatti, esclusivamente fondato e motivato sulla mancanza, nel capo di imputazione, dei reati di danneggiamento e di un'eventuale loro contestazione [12].

---

[9] V., sul punto, CORDERO, *Codice di procedura penale,* Torino, 1990, 740, secondo il quale, il nuovo codice di procedura penale, ridisegnando i margini del giudicato ed introducendo l'art. 652, limita l'ambito di applicazione della norma alle sole sentenze di assoluzione con formula piena, con esclusione dei casi di declaratoria di insufficienza di prove e dei provvedimenti con il quale il giudice dichiara di «non doversi procedere» per estinzione del reato, per impedimenti alla decisione di merito o sentenze di assoluzione «perché il fatto non costituisce reato».

[10] Cfr. Cass., 17 gennaio 1996, n. 342, in *Foro it.,* Rep. 1996, voce *Giudizio* (*rapporto*), n. 34 ; Cass., 20 febbraio 1996, n. 1319, *ivi,* 1996, *voce cit.*, n. 29; Cass., 9 aprile 1997, n. 3084, *ivi,* 1997, *voce cit.*, n. 28; Cass., 23 ottobre 1998, n. 10551, *ivi,* 1998, *voce cit.*, n. 21; Cass., 10 maggio 2000, n. 5945, *ivi,* 2000, *voce cit.*, n. 20; Cass., 5 agosto 2005, n. 16559, in *Mass. Giur. it.,* 2005, 1401.

[11] V., in senso contrario alla sentenza in epigrafe, Trib. Roma, 10 febbraio 1993, in *Foro it.,* 1994, I, 1237, secondo il quale l'improcedibilità dell'azione penale per difetto di querela non preclude al giudice civile di accertare la sussistenza del reato in questione al solo limitato fine della risarcibilità del danno. Nello stesso senso, v., Trib. Roma, 23 maggio 1988, in *Foro it.,* Rep. 1990, voce *Giudizio* (*rapporto*), n. 41.

[12] Si legge nella sentenza in commento: «non sono stati imputati al P. fatti di

Proprio alla luce del principio di separazione tra giudizio civile e penale introdotto dal legislatore del 1988, il processo civile risarcitorio non va più inteso come accessorio al giudizio penale [13], ben potendo proseguire il suo corso in modo autonomo ed indipendente da quello penale. È, infatti, la regola del c.d. *simultaneus processus* che permette al danneggiato di poter scegliere liberamente la sede più opportuna per esercitare l'azione risarcitoria. Nel caso in cui venga scelta la sede civile per veder risarcito il pregiudizio subito, al giudice compete un'autonoma valutazione degli elementi di fatto dedotti in giudizio. Ancor più, il giudice civile, dovrà procedere a tale autonomo accertamento dei fatti e della responsabilità civile con pienezza di cognizione, qualora tale accertamento abbia ad oggetto fatti-reato nemmeno enunciati nel capo di imputazione.

MARIA AMELIA

---

danneggiamento di veicoli: pertanto le domande di risarcimento danni ... devono essere respinte perché infondate»; «anche al S. non è stato contestato il reato di danneggiamento di veicoli. Pertanto la domanda di risarcimento proposta deve essere respinta perché infondata».

[13] Il legislatore del 1988 ha operato una scelta nel senso dell'autonomia dei due riti, pur assicurando il libero esercizio dell'azione civile nel processo penale. Il nuovo sistema non contempla più il primato del giudizio penale sul giudizio civile, giustificato dall'esigenza di evitare interferenze, duplicazioni e contraddizioni nell'attività dei giudici penali e civili ed ispirato alla matrice inquisitoria del precedente modello processual-penalistico.

Per ulteriori approfondimenti, v. NAPPI, *Guida al nuovo codice di procedura penale,* Milano, 1995, 513; SPANGHER, *Nuovi profili di rapporti tra processo civile e processo penale,* in *Atti del Convegno di Trento del 1993,* Milano, 1995, 39. Parla di una vera e propria "valorizzazione della funzione dell'azione civile riparatoria" GIOVAGNOLI, *La pregiudizialità penale nei processi civili,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1998, 509.

TRIBUNALE DI PERUGIA – SEZ. ASSISI – 20 novembre 2008 (decr.) – *Est*. De Lisio – C.R.

Interdizione, inabilitazione, amministrazione di sostegno – Persona totalmente invalida – Situazione patrimoniale modesta – Nomina di un amministrazione di sostegno – Necessità (c.c., art. 414; l. 9 gennaio 2004, n. 6).

Interdizione, inabilitazione, amministrazione di sostegno – Amministrazione di sostegno – Interdizione – Rapporti – Fattispecie (c.c., art. 414; l. 9 gennaio 2004, n. 6).

Nell'ipotesi in cui una persona, pur essendo colpita da una patologia totalmente invalidante e solo astrattamente irreversibile, presenti una situazione patrimoniale complessiva per la quale si rendano necessari atti di gestione di modesta entità per la cura della sua persona e la tutela dei suoi interessi economici, si rivela maggiormente idonea a fornire un adeguato e agevole supporto la nomina di un amministratore di sostegno piuttosto che la procedura di interdizione (1).

Dalla lettura sistematica delle norme in materia di amministratore di sostegno e di quelle in materia di interdizione, come modificate dalla L. n. 6/2004, nonché dalla interpretazione fattane dalla più recente giurisprudenza di legittimità, deve ritenersi che la misura cardine nel sistema normativo di protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia sia quella dell'amministrazione di sostegno, prospettandosi l'interdizione e l'inabilitazione come rimedi residuali applicabili ai soli casi in cui si palesi l'assoluta inidoneità di tale istituto ad assicurare adeguata protezione all'infermo (2).

(*Omissis*). Rilevato che con istanza depositata in data 25.6.2008 C.P. avanzava richiesta di apertura di amministrazione di sostegno a favore della sorella C.R. (*omissis*) dichiarandosi disponibile ad assumere l'incarico di amministratore di sostegno;

rilevato che dall'istruttoria espletata, dalla documentazione medica allegata al ricorso e dagli esiti dell'accesso effettuato dal Giudice tutelare presso l'Ente di assistenza e servizi alla persona "A.B." di G.T., struttura ove è ricoverata la sig.ra R.C., è emerso che la stessa, a seguito di un improvviso infarto e successivo arresto cardiaco, versa attualmente "in stato vegetativo persistente post-anossico, portatrice di PEG, tracheotomia e catetere vescicale" e che, allo stato, non è pronosticabile una ripresa di tale stato di salute;

considerato, per come emerso anche dall'esito dell'audizione dei parenti (i fratelli M.C. e P.C.) e della ricorrente, che la sig.ra R.C. versa in

una condizione di totale impossibilità di attendere alla cura dei propri interessi, alla conservazione ed amministrazione del suo patrimonio;

ritenuto che, pur essendo l'amministranda colpita da una patologia totalmente invalidante e solo astrattamente irreversibile, la complessiva situazione patrimoniale della stessa (titolare di un modesto reddito) e la tipologia degli atti di gestione che in concreto si palesano necessari per la cura della sua persona e la tutela dei suoi interessi economici, consentono di valutare come maggiormente idonea a fornire un adeguato ed agevole supporto nel caso di specie la nomina di un amministratore di sostegno piuttosto che far luogo alla procedura di interdizione;

considerato, infatti, che dalla lettura sistematica delle norme in materia di amministratore di sostegno e di quelle in materia di interdizione, come modificate dalla L. n. 6/2004, nonché dalla interpretazione fattane dalla più recente giurisprudenza di legittimità, deve ritenersi che la misura cardine nel sistema normativa di protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia è quella dell'amministrazione di sostegno, prospettandosi l'interdizione e l'inabilitazione come rimedi residuali ed applicabili ai soli casi in cui si palesi l'assoluta inidoneità di tale istituto ad assicurare adeguata protezione all'infermo;

considerato, infine, che tale compito, nella specifica situazione, possa essere svolto adeguatamente dalla ricorrente, che già assiste costantemente la c. e che si è dichiarata disponibile ad assumere l'incarico;

visto il parere favorevole espresso dal Pubblico Ministero;

P.Q.M.

1. nomina amministratore di sostegno di C.R., come sopra generalizzata, la sig.ra C.P. (*omissis*);

2. l'incarico si intende conferito a tempo indeterminato o comunque sino a quando non risultino migliorate le condizioni dell'assistita;

3. l'amministratore di sostegno curerà gli interessi del beneficiario compiendo tutti gli atti e i negozi giuridici opportuni, ferma restando la necessità dell'autorizzazione del Giudice Tutelare per il compimento di quelli previsti dagli artt. 374, 375 e 376 c.c.;

4. il beneficiario non potrà compiere atti di straordinaria amministrazione, né alienazione di beni, né riscossione di canoni di locazione e/o affitto, né depositi e prelievi bancari, se non con l'assistenza dell'amministratore di sostegno;

5. in particolare, l'amministratore di sostegno è autorizzato: 1) alla presentazione di istanze ad enti ed uffici pubblici per la richiesta di provvidenze e pensioni di invalidità, di accompagnamento, assistenza, anche sanitaria, e alla presentazione della dichiarazione dei redditi e sottoscrizione di atti di natura fiscale; 2) alla riscossione in nome e per conto dell'assistita della pensione mensile, della indennità di accompagno e della rendita per invalidità sul lavoro, disponendosi che dette

somme vengano utilizzate per le necessità di cura e mantenimento della predetta;

6. autorizza l'amministratore di sostegno a vendere l'autovettura di proprietà dell'assistita (*omissis*); autorizza altresì il pagamento della tassa di possesso e della polizza di assicurazione;

7. autorizza l'amministratore di sostegno ad inviare al locatore lettera di disdetta del contratto di locazione e, nelle more, al pagamento dei canoni mensili e degli oneri condominiali; alla disdetta di tutte le utenze intestate all'assistita e, nelle more, al pagamento delle relative bollette;

8. dispone che tutte le somme a qualsiasi titolo riscosse siano depositate su c/c bancario intestato all'assistita;

9. dispone che l'amministratore di sostegno depositi entro 90 giorni dal conferimento dell'incarico e successivamente annualmente (entro il 31.12) al Giudice Tutelare una relazione scritta rendendo conto dell'attività svolta ed informando sulle condizioni personali e sociali del beneficiario. (*Omissis*).

(1-2) Soggetto in stato vegetativo permanente e amministrazione di sostegno.

Esemplare provvedimento del giudice tutelare perugino che, in sole due pagine, risolve in modo definitivo tutti i problemi patrimoniali di una persona in stato di coma, nominando un amministratore di sostegno.

La vicenda non presentava certo risvolti positivi. Una donna di mezza età, per un improvviso infarto e successivo arresto cardiaco, viene ricoverata presso un istituto in "stato vegetativo persistente post-anossico". Di fatto la persona – si ignora se in via temporanea o definitiva, i medici non sanno fare previsioni al proposito – è in stato di totale incoscienza e non è, quindi, in condizioni di provvedere da sola ai propri interessi. Di qui il ricorso per la nomina di un amministratore di sostegno argomentato dal fatto che una sentenza di interdizione sarebbe penalizzante per il soggetto le cui condizioni mentali non sono ancora definite nella loro entità e durata e costituirebbe comunque uno strumento eccessivo in considerazione della modesta e limitata entità delle operazioni da svolgere. La donna è infatti proprietaria di un'auto acquistata a rate, vive in un appartamento preso in locazione, non è proprietaria di beni di sorta, ad esclusione degli arredi della casa; non è titolare di un conto corrente, né di libretti di risparmio o di altri titoli finanziari di qualsiasi natura; possiede una modestissima somma in contanti, e si trova, con riguardo al suo rapporto di lavoro nella posizione di "assente per malattia", per cui non percepisce alcun emolumento.

L'audizione della donna, compiuta dal giudice nell'istituto presso il quale la stessa è ricoverata, offre un quadro drammatico giacché la stessa è in stato

di totale incoscienza; non capisce e non parla e quindi non ha quella capacità minima che la legge del 2004 sembra voler richiedere per consentire al beneficiario di svolgere determinate attività: nella manualistica è lo schema tipico dell'interdizione, non certo dell'amministrazione di sostegno.

Guardata al suo apparire con una certa circospezione, col tempo l'amministrazione di sostegno si sta in realtà rivelando un rimedio sempre più efficace da applicare anche in casi per i quali, a prima vista, sembrerebbe più congegnale il rimedio dell'interdizione. Il merito di questa, per certi versi sorprendente, evoluzione dell'istituto è senza dubbio da ascrivere alla illuminata e puntuale presa di posizione della Corte costituzionale prima e della Corte di cassazione poi.

La prima, come è noto, ha stabilito che la disciplina inserita dalla l. n. 6/2004 nel codice civile affida al giudice il compito di individuare l'istituto che, da un lato, garantisca all'incapace la tutela più adeguata alla fattispecie, e, dall'altro, limiti nella minore misura possibile la sua capacità. Solo se non ravvisi interventi di sostegno idonei ad assicurare all'incapace siffatta protezione, il giudice può ricorrere alla ben più invasiva misura dell'interdizione [(1)].

Elaborando tali principi, la Corte di cassazione ha puntualizzato che l'amministrazione di sostegno intende offrire a chi si trovi nell'impossibilità di provvedere ai propri interessi uno strumento di assistenza che ne sacrifichi nella minor misura possibile la capacità di agire, distinguendosi, con tale specifica funzione, dagli altri istituti a tutela degli incapaci, quali l'interdizione. Rispetto a tale istituto l'ambito di applicazione dell'amministrazione di sostegno va individuato con riguardo non già al diverso, e meno intenso, grado di infermità o di impossibilità di attendere ai propri interessi del soggetto carente di autonomia, ma piuttosto alla maggiore idoneità di tale strumento ad adeguarsi alle esigenze di detto soggetto, in relazione alla sua flessibilità ed alla maggiore agilità della relativa procedura applicativa [(2)].

[(1)] Corte cost., 9 dicembre 2005, n. 440, in *Giust. civ.*, 2006, I, 773, in *Giur. cost.*, 2005, 4754, con nota di Bembo, *Amministrazione di sostegno e interdizione: un rapporto difficile*, in *Fam., pers. succ.*, 2006, 136, con nota di Patti, *Amministrazione di sostegno: la sentenza della corte costituzionale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, 1105, con nota di Venchiarutti, *Il discrimen tra amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione al vaglio della corte costituzionale*, in *Familia*, 2006, 366, con nota di Balestra, *Sugli arcani confini tra amministrazione di sostegno ed interdizione*.

[(2)] Cass., 12 giugno 2006, n. 13584, in *Dir. fam.*, 2007, 127, con nota di Venchiarutti, *Il discrimen tra amministrazione di sostegno e interdizione: dopo la corte costituzionale si pronuncia la corte di cassazione*, in *Fam. e dir.*, 2007, 36, con nota di Sesta, *Amministrazione di sostegno e interdizione: quale bilanciamento tra interessi patrimoniali e personali del beneficiario?*, in *Riv. not.*, 2007, 502, con nota di Pedron, *La cassazione si pronuncia: actio finium regundorum tra amministrazione di sostegno, interdizione, inabilitazione e necessità di difesa tecnica*, in *Nuova giur.*

Occorre precisare che già il legislatore, all'art. 1 della l. 9 gennaio 2004, n. 6, aveva chiarito che la nuova legge "ha la finalità di tutelare, con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente". La figura dell'amministratore di sostegno intende quindi offrire un supporto protettivo ad aree di alterazione dello stato di salute che erano destinate in precedenza ad essere comprese dalle previsioni degli artt. 414 e 415 c.c. La legge n. 6/2004, infatti, vede l'amministrazione di sostegno quale istituto principale per la cura degli interessi del soggetto, lasciando all'interdizione un ruolo di secondo piano, per cui si potrà far ricorso a tale figura anche in patologie totalmente invalidanti e irreversibili, quale lo stato di coma vegetativo, ove lo strumento dell'amministrazione di sostegno si riveli comunque idoneo ad assicurare gli interessi della persona [(3)].

Nonostante questa categorica presa di posizione delle più alte sfere giudiziarie, numerosi provvedimenti privilegiano ancora e comunque la dichiarazione di interdizione, restando ancorati a principi che dovrebbero ormai considerarsi superati. Si è così stabilito:

a) che non si può far ricorso all'amministratore di sostegno allorché un soggetto sia in una condizione di abituale infermità di mente, tale da renderlo del tutto incapace di provvedere ai propri interessi [(4)].

b) che nel caso in cui la persona da assistere non abbia alcuna capacità residua, deve ricorrersi allo strumento della interdizione [(5)].

c) che con l'istituto dell'amministratore di sostegno il legislatore ha voluto apprestare un rimedio giuridico idoneo a preservare da una pronunzia invalidante, incidente in modo assoluto sulla capacità di agire, coloro che solo per un'infermità transeunte o comunque non irreversibile vengano a trovarsi nell'impossibilità di compiere alcuni atti della vita [(6)].

---

civ. comm., 2007, I, 281, con nota di Roma, *La cassazione alla ricerca del discrimen tra amministrazione di sostegno e interdizione*. Sul tema anche Patti, *Amministrazione di sostegno e interdizione: interviene la corte di cassazione*, in *Fam., pers. succ.*, 2006, 811 ss.

(3) Diffusamente, Bonilini, *Amministrazione di sostegno e interdizione giudiziale*, in *Fam., pers. succ.*, 2007, 488 ss.; Tescaro, *Amministrazione di sostegno*, in *Dig. Disc. priv. sez. civ.*, Agg. I, Torino, 2007, 9 ss.; Baccarani, *L'amministratore di sostegno*, Milano, 2006; Bonilini e Chizzini, *L'amministrazione di sostegno*, Padova, 2004; Calò, *Amministrazione di sostegno (l. 9 gennaio 2004 n. 6)*, Milano, 2004.

(4) Trib. Firenze, 22 novembre 2004, in *Foro toscano-Toscana giur.*, 2006, 169; Trib. Campobasso, 24 aprile 2005, in *Dir. fam.*, 2006, 172, con nota di Piccinini, *Amministrazione di sostegno e applicazione analogica dell'art. 413 c.c.*; Trib. Benevento, 8 luglio 2004, in *Riv. giur. Molise e Sannio*, 2004, 3, 79.

(5) App. Milano, 3 marzo 2006, in *Fam., pers. succ.*, 2006, 511, con nota di Gennari, *L'indecifrabile confine tra amministrazione di sostegno e interdizione*; Trib. Monza-Desio, 6 luglio 2004, in *Giur. mer.*, 2005, 242.

(6) Trib. Nocera Inferiore, 8 luglio 2004, in *Giur. mer.*, 2005, 241, ha respinto la

Di fatto, la giurisprudenza ancora dominante – nonostante l'insegnamento della Suprema corte – non riesce ad accettare l'idea che, in caso di totale incapacità del soggetto, possa essere evitata l'interdizione.

Pochi precedenti sono peraltro di contrario avviso.

Si è così nominato un amministratore di sostegno nel caso (identico a quello perugino) di un soggetto che, in seguito ad un arresto cardiocircolatorio, si trovava in uno stato di encefalopatia anossica, con conseguente coma vegetativo, per cui non poteva né parlare, né apporre la propria firma e fare alcunché, essendo del tutto incapace di provvedere ai propri interessi [7]; nel caso di una persona affetta da morbo di *Alzheimer* [8]; nel caso di affezioni che abbiano carattere potenzialmente temporaneo (soggetto in coma, o comunque affetto da patologie non irreversibili che ne compromettano momentaneamente la capacità di curare i propri interessi) [9];

Da considerare del tutto rispettosi dello spirito e della lettera della legge tanti altri casi riguardanti soggetti solo parzialmente e temporaneamente incapaci. Vedi la vicenda in cui si debba far sottoporre il beneficiario a un ricovero o a cure mediche necessarie al proprio stato di salute [10]; ovvero si debba esprimere, in nome e per conto dell'assistito, il consenso informato all'esecuzione di un intervento chirurgico sulla sua persona [11]; quando risulti che, pur presentando l'interessata gravi disagi di natura psichica, una adeguata protezione può essere meglio garantita mediante il ricorso ad un istituto che offre al beneficiario un sostegno maggiore rispetto ad una mera sostituzione per atti giuridici o di gestione del patrimonio [12].

---

domanda di nomina di un amministratore di sostegno in favore di soggetto totalmente incapace di provvedere ai propri bisogni ed interessi, non in grado, per le sue condizioni psico-fisiche, neppure di profferire il proprio nome o di autodeterminarsi consapevolmente rispetto alle azioni più banali della vita quotidiana, ed è stata disposta la trasmissione degli atti al p.m. per la promozione dell'azione di interdizione.

[7] Trib. Reggio Emilia, 4 novembre 2005, in *Altalex*; Trib. Genova, 17 novembre 2005, in *Nuova giur. ligure*, 2006, 18. V. anche Venchiarutti, *Stati vegetativi permanenti: scelte di cure e incapacità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, 579 ss.; Ferrando, *Stato vegetativo permanente e trattamenti medici: un problema irrisolto*, in *Familia*, 2004, 1173 ss.

[8] Trib. Udine, 8 maggio 2007, in www.*ilcaso.it*; Trib. Bari, 4 luglio 2007, in *Merito*, 2007, 10, 9.

[9] Trib. Oristano, 20 aprile 2004, in *Riv. giur. sarda*, 2007, 73.

[10] Trib. Perugia-Foligno, 10 novembre 2005, in questa *Rivista*, 2006, 105; Trib. Teramo-Atri, 4 febbraio 2005, in *P.Q.M.*, 2006, 1, 72.

[11] Trib. Modena, 15 settembre 2004, in *Fam. e dir.*, 2005, 85.

[12] Trib. Venezia, 13 ottobre 2005, in *Fam., pers. succ.*, 2006, 319, con nota di Ferrando, *Diritti dei soggetti deboli e misure di protezione*, *ivi*, 2006, 425, con nota di Pisano, *Diritti dei soggetti deboli e misure di protezione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, 579, con nota di Venchiarutti, *Amministrazione di sostegno e progetti di protezione.*

Esistono poi situazioni più complesse di difficile soluzione, per cui si è affermato che la linea di demarcazione tra la nomina di un amministratore di sostegno ed una pronunzia di interdizione o inabilitazione, cui deve riconoscersi funzione e ruolo residuali [13], non sembra rinvenirsi nella condizione personale di totale o parziale incapacità del soggetto, potendo presentarsi l'intervento dell'amministratore di sostegno misura sufficiente per soggetti anche del tutto privi di capacità, quando per la patologia che li affligge o per le modalità di assistenza di cui necessitano siano nell'impossibilità materiale di relazionarsi autonomamente con l'esterno e quindi di porre in essere comportamenti idonei a produrre effetti giuridici e negoziali potenzialmente pregiudizievoli, e risultare, invece, misura di protezione insufficiente per quei soggetti la cui mantenuta capacità di relazionarsi con l'esterno, fortemente viziata sotto il profilo della consapevolezza o volontà, li espone a compiere atti personali o patrimoniali potenzialmente dannosi [14].

Il giudice di Perugia-Assisi, come si è anticipato, dopo aver provveduto alla nomina di un amministratore di sostegno provvisorio, stante l'urgenza, pur rilevando come le condizioni del soggetto fossero talmente gravi da non consentirgli non solo di badare ai propri interessi, ma addirittura di ascoltare e parlare, non ha attribuito soverchia importanza a tale circostanza, e ha tenuto nel debito conto il fatto che la situazione patrimoniale della beneficiaria era estremamente semplice [15]. Di qui l'adozione di un provvedimento che, in modo agile e puntuale, ha fornito una rapida soluzione ai pochi problemi di carattere finanziario-patrimoniale della beneficiaria, nessuno escluso.

Nel dicembre del 2008 – ad appena un mese dall'emanazione del decreto – le varie operazioni autorizzate dal giudice sono già state portate a compimento e l'amministratore di sostegno può cominciare a percorrere il suo lungo e solitario calvario.

GOFFREDO ZUDDAS

---

[13] Trib. Trieste, 5 ottobre 2006, in *Giur. it.*, 2007, 85, con nota di CENDON, *«Soprassedere all'amministrazione di sostegno? Il problema è che siamo ormai scesi dagli alberi...»*, in *Fam., pers. succ.*, 2007, 404, con nota di BONILINI, *Residualità dell'interdizione giudiziale, e non necessarietà dell'istituzione dell'amministrazione di sostegno*.

[14] Trib. Milano, 20 febbraio 2006, in *Giur. mer.*, 2007, 35, con nota di MASONI, *Amministrazione di sostegno ed interdizione - Dal diritto al dovere di sostegno?* V. anche Trib. Genova, 1° marzo 2005, in *Fam., pers. succ.*, 2006, 319, con nota di FERRANDO, *Diritti dei soggetti deboli e misure di protezione*, cit.

[15] Nello stesso senso v. Trib. Bari-Bitonto, 5 ottobre 2004, in *Giur. mer.*, 2005, 241. Secondo Trib. Ancona-Jesi, 17 marzo 2005, in *Corti march.*, 2005, 507, l'idoneità dell'amministrazione di sostegno potrà anche ricavarsi dalla valutazione combinata di criteri eterogenei: nel caso di un modesto reddito e patrimonio, ben può farsi luogo alla misura di ausilio, il che, stante la sussistenza al minimo di una soglia di comprensione, potrebbe essere inopportuno con un patrimonio più consistente.

GIUDICE DI PACE DI PERUGIA – 19 novembre 2007 – *Est.* SCARSEGGI – X.Y. (avv. Cardoni) c. Comune di Perugia.

Notificazione atti civili – Procedimento di notifica effettuata da un soggetto esterno – Illegittimità – Nullità – Esclusione – Inesistenza – Ammissibilità – Sanatoria – Ammissibilità – Esclusione (L. 20 novembre 1982, n. 890, art. 12; cod. str., art. 201 co. 3°).

Notificazione atti civili – Procedimento di notifica – Funzione pubblica – Esternalizzazione del servizio – Ammissibilità – Esclusione (c.p.c., artt. 137 e 149, co. 1° e 2°).

La realizzazione del procedimento di notificazione effettuato da soggetto non abilitato o diverso da quello abilitato per legge provoca la inesistenza del procedimento e la radicale impossibilità di sanatoria (1).

Nessun trasferimento di funzione inerente l'esercizio di potestà pubbliche può essere delegato ad un soggetto esterno all'amministrazione se non sia espressamente previsto dalla legge (2).

(*Omissis*). A) Il ricorrente proprietario del veicolo targato CAXXXWW ha proposto opposizione al verbale n. 719808R/2006/V elevato dalla Polizia Municipale di Perugia in data 14.12.2006 per violazione dell'art. 41 comma 11 c.d.s. (rif. art. 146 co. 3°) avendo il conducente di detto mezzo il giorno 15.9.2006 alle ore 19,30 in Perugia, via Mentana intersezione con via Borghetto di Prepo direzione E45 a Perugia, superato la linea di arresto alla intersezione semaforizzata e avendo proseguito la marcia nonostante la lanterna proiettasse luce rossa nel senso di marcia.

- Parte ricorrente ha dedotto in via preliminare l'inesistenza della notificazione non risultando effettuati gli adempimenti da funzionario della Amministrazione bensì dalla A.T.I. Maggioli s.p.a. in violazione dell'art. 201 co. 3° c.d.s., in via subordinata l'illegittimità dell'accertamento per difetto di motivazione, nullità del verbale per inutilizzabilità del dispositivo tecnico di controllo del traffico, omessa taratura dell'apparecchiatura utilizzata, inattendibilità della apparecchiatura T-RED KRIA e per carenza di prova certa della violazione ed infine nullità del verbale di accertamento per mancanza dei requisiti di forma richiesti dal d.lgs. 285/1992. (*Omissis*).

B) 1 - Parte ricorrente ha dedotto in via preliminare l'inesistenza della notificazione del verbale di accertamento per essere stati effettuati gli adempimenti previsti dall'art. 14 l. 689/81, dalla l. 890/82 in violazione dell'art. 201 co. 3° c.d.s. adempimenti che risultano effettuati da Società privata A.T.I. Maggioli s.p.a. In via subordinata ha dedotto i motivi di nullità già esposti in fatto.

- Ritiene questo Giudice che il primo motivo di doglianza enunciato dal ricorrente sia fondato ed assorbente rispetto agli altri enunciati.

- Invero il Comune di Perugia nella memoria depositata alla udienza di comparizione delle parti ha contestato la domanda deducendo la legittimità del proprio operato in particolare affermando la legittimità della procedura adottata in quanto le operazioni eseguite dalla Maggioli s.p.a. in forza dei contratto del 30 novembre 2005 che ha costituito la Società espresso incaricato procuratore alla notifica da parte del Comune di Perugia facendo rientrare la attività espletata nella previsione dell'art. 137 c.p.c. e che la firma telematica del Comandante della Polizia Municipale fa propria fino a querela di falso l'attività di accertamento della intervenuta violazione e anche della attività di notificazione.

- In effetti il processo di accertamento e notifica di una sanzione amministrativa è regolare quando concorrono da una parte la individuazione del soggetto abilitato per legge e dall'altra il rispetto delle regole, se dettate, per il procedimento.

- L'inosservanza di queste ultime produce un vizio di nullità del procedimento di notifica ma,ove raggiunga lo scopo cui è destinata per legge, cioè il portare a conoscenza dell'interessato un atto o provvedimento, il procedimento e l'atto sono sanati, invece la realizzazione del procedimento di notificazione effettuato da soggetto non abilitato o diverso da quello abilitato per legge provoca la inesistenza del procedimento e la radicale impossibilità di sanatoria.

- Il Comune di Perugia sostiene di avere legittimamente reso esterno il servizio richiamando varie fonti normative. Ritiene questo Giudice che le norme richiamate come ad esempio la c.d. legge Biagi o la legge finanziaria del 2002 regolino fattispecie diverse da quelle in esame.

- Si tratta qui infatti dell'esercizio di potestà pubbliche che non può essere delegato ad un soggetto esterno se non nei casi espressamente previsti dalla legge (Cass. sez. un. 7821/1995). Nel caso in esame non esiste nessuna norma che consenta l'affidamento a soggetto privato delle fasi di accertamento e notifica degli atti qui impugnati che,giova ricordarlo, non sono semplici atti amministrativi come osservato dalla P.A. riconducibili tout court nell'alveo del diritto amministrativo ma atti afflittivi che colpiscono comportamenti assunti dal codice della strada come illegittimi. E' ben evidente la diversa natura di un atto di concessione o diniego di una concessione edilizia rispetto ad una sanzione comminata ad un "trasgressore" come viene individuato il destinatario e che oltre ad applicare una sanzione pecuniaria incide, con la decurtazione del punteggio sulla patente, sulla libertà di circolazione del cittadino quale garantita dalla Costituzione (art. 16).

- D'altronde ritiene questo Giudice che non a caso nella delega al Governo l. 13 giugno 1991 n. 190 e l. 22 marzo 2001 n. 85 il legislatore

ha manifestato la volontà di rendere il codice della strada una disciplina omogenea e completa riguardante tutti gli aspetti della circolazione. Il che corrisponde evidentemente all'interesse dell'utente. Si ricorda che nella relazione accompagnatoria dello schema di legge delegata preparato sulla base dei criteri delineati nella delega consegnato ai Ministri proponenti dei lavori pubblici e dei trasporti alla presenza del Ministro dell'Interno, il Presidente della Commissione Interministeriale costituita per la preparazione dello schema di legge delega e delegata del 1991 ebbe ad raffermare che la Commissione nella preparazione dello schema di legge-delegata si era ispirata ad alcuni criteri fondamentali tra i quali enunciava oltre alla piena osservanza ed attuazione dei principi e criteri della legge delega e subito dopo la "regolamentazione completa ed esauriente di tutta, la materia riguardante la circolazione nelle varie componenti in guisa d formare conformemente alle indicazioni della legge delega un testo completo,abolendo il deleterio sistema delle leggine ...".

2 - Quindi ritenuto che l'unica normativa cui debba farsi riferimento è il codice della strada e le norme da esso richiamate e che comunque ed in ogni modo nessun trasferimento di funzione inerente l'esercizio di potestà pubbliche può essere delegato ad un soggetto esterno alla amministrazione se non sia espressamente previsto dalla legge,occorre qui esaminare la normativa che regola la materia.

- Nel caso di specie l'accertamento e la notifica sono regolati dagli artt. 201 co. 3° c.d.s., 14 co. 4° l. 689/81, 137 e 149 c.p.c., art. 12 l. 890/82 in relazione ai disposti di cui agli art. 385 e 386 del Regolamento di esecuzione e di attuazione del codice della strada.

- L'art. 385 Reg. (rubrica: modalità della contestazione non immediata) dispone che qualora la contestazione nelle ipotesi di cui all'art. 384 non abbia potuto aver luogo all'atto dell'accertamento della violazione, l'organo accertatore compila il verbale con gli elementi di tempo, di luogo e di fatto che ha potuto acquisire specificando i motivi per i quali non è stato possibile procedere alla contestazione immediata e lo trasmette al comando o ufficio da cui dipende. L'Ufficio o comando da cui dipende 1'organo accertatore, acquisiti altri elementi necessari per procedere, provvede alla notifica ai sensi dell'art. 386. E' sempre l'Ufficio o Comando a disporre se del caso il rinnovo della notifica nel termine di cui all'art. 201 c.d.s.

- L'art. 201 cod. str. al punto 3 dispone che alla notifica dei verbali di violazione alle norme di comportamento stradale si provvede a mezzo degli organi indicati nell'art. 12 della legge n. 890/82, dei messi comunali o di un funzionario della amministrazione che ha accertato la violazione con le modalità previste dal codice di procedura civile ovvero a mezzo della posta secondo le norme sulle notificazioni a mezzo del

servizio postale. L'art. 12 della legge n. 890/1982 afferma che le norme sulla notificazione degli atti giudiziari a mezzo posta sono applicabili da parte dell'ufficio che adotta l'atto stesso alla notificazione degli atti delle pubbliche amministrazioni.

- Anche l'art. 14 co. 4° della legge n. 689/81 afferma che per la forma della contestazione immediata o della notificazione "si applicano le disposizioni previste dalle leggi vigenti. In ogni caso la notificazione può essere effettuata, con le modalità previste dal codice di procedura civile ,anche da un funzionario dell'amministrazione che ha accertato la violazione …".

- L'art. 137 c.p.c. prevede che "le notificazioni quando non è disposto altrimenti sono eseguite dall'Ufficiale Giudiziario su istanza della parte o su richiesta del Pubblico Ministero o del Cancelliere".

- L'art. 149 c.p.c. co. 1° e 2° dispone infine che "se non è fatto espresso divieto dalla legge la notificazione può eseguirsi anche a mezzo del servizio postale" e "in tal caso l'ufficiale giudiziario scrive la relazione di notificazione sull'originale e sulla copia dell'atto, facendovi menzione dell'Ufficio Postale per mezzo del quale spedisce la copia al destinatario in piego raccomandato con avviso di ricevimento ...".

- Dall'esame di tutte queste disposizioni risulta che solo la Pubblica Amministrazione che ha accertato l'atto, secondo i modi previsti dalla legge e con i soggetti legittimati (ufficiale giudiziario, messo comunale, funzionario della stessa amministrazione), può eseguire le operazioni che attengono all'accertamento, alla notifica e alla consegna dell'atto da notificare al soggetto destinatario e sempre con le modalità previste dalla legge.

In questo senso è tutta la giurisprudenza (vedasi Cass. s.u. 7821/1995; Cass. 8796/2006; Cass. 2440/06). La notificazione a mezzo posta, ed è questo il modo prescelto dalla P.A, nel caso del ricorrente, è la fusione di due specificità attinenti a due pubblici ufficiali da una parte l'ufficiale giudiziario, messo o rappresentante della amministrazione erogante e dall'altra l'ufficiale postale, specificità che non possono essere declinate in assenza di disposizioni di legge in favore di nessun altro soggetto Quindi nemmeno della Maggioli s.p.a. e non è certamente la firma telematica né altra sottoscrizione che può sanare la violazione delle norme richiamate che il Comune di Perugia/Polizia Municipale che ha accertato la asserita infrazione e che ha demandato ad un soggetto estraneo le fasi o talune fasi del procedimento di accertamento e notifica a mezzo posta ha violato.

3 - Discende da quanto esposto che la notifica come eseguita è inesistente essendo stato conferito incarico a soggetto estraneo alla Amministrazione Pubblica con la conseguente estinzione della obbligazione in forza sia dell'art. 14 ult. co. l. 689/81 che dell'art. 201 co. 5° cod. str.

i quali dispongono che l'obbligo di pagare la somma dovuta per la violazione a titolo di sanzione amministrativa pecuniaria si estingue nei confronti del soggetto a cui la notificazione non sia stata effettuata nel termine prescritto. Qui la notifica non è stata giuridicamente eseguita. Tanto premesso il ricorso viene accolto con conseguente annullamento del verbale impugnato.

Stante la particolarità della materia oggetto della causa le spese vengono compensate. (*Omissis*).

(1-2) La notificazione dei provvedimenti della pubblica amministrazione.

Con il provvedimento in commento, il Giudice di Pace ha accolto il ricorso avverso una sanzione amministrativa comminata dal Corpo di Polizia Municipale di Perugia sulla scorta del rilievo che la stessa era stata notificata da un soggetto esterno all'Amministrazione agente, non abilitato ai sensi della normativa vigente in tema di notifiche a mezzo posta.

Più precisamente, il giudice ha, dapprima, individuato l'effetto connesso alla violazione delle norme sul procedimento di notifica, specificando che la violazione di dette norme comporta la radicale inesistenza dell'atto, sì da impedirne anche una possibile sanatoria, invocando, ad esempio, il principio del raggiungimento dello scopo. Proprio in questo passaggio, il giudicante viene ad operare una distinzione tra la violazione delle regole riguardanti il procedimento di notifica e quelle che, invece, individuano il soggetto abilitato per legge all'attività di notificazione, osservando come solo nel primo caso la legale conoscenza dell'atto da parte del destinatario del provvedimento, abbia "valenza" e si traduca in un vizio di nullità sanabile dalla conoscenza dell'interessato. Diversamente, qualora l'attività di notifica venga effettuata da soggetto non abilitato per legge o diverso da quello abilitato per legge, si verrebbe ad avere l'inesistenza stessa del procedimento e la radicale impossibilità di sanatoria [1].

Successivamente, individuata la sanzione, si spiega la "causa" della stessa in stretta aderenza alle norme che disciplinano il procedimento di notificazione. L'attività di notifica, infatti, inerisce ad una funzione pubblica, il cui procedimento resta completamente nella "mano" della Pubblica

---

[1] In argomento Cass., 2 maggio 2007, n. 1109, in *Arch. giur. circ. e sin. strad.*. 2007, nella quale si dichiara l'inesistenza del verbale di accertamento di violazione dell'art. 146 terzo comma c.d.s., in quanto compilato e notificato da società privata alla quale era stato affidato dal comune il servizio. Alle medesime conclusioni perviene, per quanto concerne solo la notifica del verbale, anche Giud. Pace Nocera Inferiore, 23 aprile 2007, in *Arch. giur. circ. e sin. strad*. 2007.

Amministrazione e, come tale, non è delegabile all'esterno [2].

Nel caso *de quo*, un automobilista proponeva ricorso avverso il verbale elevato dalla Polizia Municipale di Perugia, per violazione dell'art. 41, comma 11, codice della strada per avere, con il proprio veicolo, superato la linea d'arresto all'intersezione semaforica quando il semaforo proiettava la luce rossa nel senso di marcia. Il ricorrente tra i vari vizi addotti nel proprio ricorso, denunciava il difetto di notifica sulla base del fatto che la stessa era stata effettuata da un soggetto esterno all'Amministrazione comunale.

In motivazione il giudicante rilevava che l'incarico di notificare il verbale di accertamento era stato conferito alla A.T.I. Maggioli s.p.a., soggetto esterno rispetto all'amministrazione che ha accertato l'atto. Attraverso un richiamo espresso alla normativa in materia di notificazioni [3], il giudice motivava la propria decisione sull'individuazione del soggetto abilitato per legge, nel rispetto della procedura, ad effettuare la notifica, per verificare se possa ritenersi abilitato un soggetto esterno all'Amministrazione agente.

Il procedimento per la notifica di una violazione stradale è disciplinato in maniera analitica e rigorosa dall' art. 201 c.d.s. al comma 3° il quale espressamente sancisce che per la notifica dei verbali di violazione alle norme di comportamento stradale si provvede a mezzo degli organi indicati nell'art. 12 della legge n. 890/82, dei messi comunali o di un funzionario della amministrazione che ha accertato la violazione con le modalità previste dal codice di procedura civile, ovvero secondo le norme sulle notificazioni a mezzo del servizio postale. In quest'ultimo caso la notifica è regolare qualora sia il funzionario dell'ufficio emittente la sanzione a compilare il verbale presentandolo all'ufficio postale e siano gli agenti del servizio postale a consegnare materialmente il plico al destinatario e alla riconsegna dell'avviso di ricevimento della raccomandata secondo quanto disposto dalla legge n. 890 del 1982.

L'analisi normativa così condotta ha portato il Giudice di Pace a considerare che soggetto abilitato ad eseguire la notifica dovesse essere unicamente un soggetto interno all'Amministrazione che ha accertato l'illecito e che tale principio potesse essere derogato solo in caso di espressa previsione normativa. L'inosservanza di tali regole, quindi, viene a produrre, ad avviso del giudice, la radicale inesistenza della notifica, impossibile da sanare anche in caso di legale conoscenza dell'atto. Va precisato sin d'ora che la giurisprudenza "onoraria" umbra è ricca di casi in cui si è annullato il verbale di contestazione sulla base dell'irritualità della notifica.

Si deve tuttavia registrare una certa disomogeneità nelle soluzioni.

---

[2] La possibilità di delegare la funzione richiama il diffuso fenomeno dell'esternalizzazione, sul quale brevemente ci si soffermerà nel prosieguo.

[3] Cfr. artt. 201 comma 3 c.d.s., 14 l. 689/81, 137 e 149 c.p.c., 12 l. 890/82, in relazione ai disposti di cui agli artt. 385 e 386 del Regolamento di esecuzione e di attuazione del codice della strada.

Accanto, infatti, a chi ha ritenuto che la sanzione da doversi comminare fosse la radicale inesistenza dell'atto, si registrano orientamenti, invece, più cauti che spingono a qualificare la fattispecie in termini di nullità.

Differenza non da poco, atteso che la riconduzione della fattispecie nell'alveo dell'uno ovvero dell'altro tipo di sanzioni è destinata a ripercuotersi sul regime applicabile, in ordine, appunto e primo fra tutti, alla ammissibilità di sanatoria del vizio rilevato. Tuttavia, nel panorama giurisprudenziale cui si è fatto cenno, la Suprema Corte, ancorché non unanimemente, propende per la inesistenza della notificazione [(4)].

Tuttavia, la fondatezza di questa soluzione si apprezza vagliando l'idea del legislatore in materia.

In effetti, la *voluntas legis* viene a scindere in due momenti la fase del procedimento di notificazione individuando il momento centrale dell'attività del funzionario-notificatore nell'attività concreta che si estrinseca nelle operazioni di spedizione dell'atto, espressione dello stesso potere di presentazione dell'atto all'ufficio postale ai sensi dell'art. 1 legge 890/1982.

La presenza del funzionario, infatti, attesta l'autenticità e la provenienza dell'atto che si è voluto portare a conoscenza del destinatario, con certificazione avente valore di prova legale *ex* art. 2700 c.c. Di conseguenza, solo i soggetti abilitati (ufficiale giudiziario, messo comunale e funzionario amministrativo), avendo le norme in materia conferito loro quella pubblica potestà di certificazione che consente di determinare la legale presunzione di conoscenza del sanzionato, possono provvedere all'attività di notifica [(5)].

È opportuno adesso evidenziare, inoltre, come la sentenza in commento, oltre ad aspetti più propriamente procedurali, abbracci elementi che ben potrebbero essere definiti di scienza dell'organizzazione, riferibili al sempre più diffuso fenomeno dell'esternalizzazione di servizi.

[(4)] Sul punto, v. Cass., 19 ottobre 2006, n. 22375, in *Foro amm.-CdS,* 2007, 1, 69; Cass., 21 settembre 2006, n. 20440, in *Guida al dir.,* 2006, 41, 20; Cass., 28 agosto 2006, n. 18269, *ivi,* 2006, 42, 52. *Contra* Cass., 8 febbraio 2006, n. 2817, in *Arch. giur. circ. e sin. strad*., 2006, 732, in cui si è stabilito che in "in tema di sanzioni amministrative per violazione del codice della strada, la nullità derivante dall'avvenuta notificazione del verbale di accertamento mediante raccomandata spedita dai dipendenti della ditta appaltatrice del servizio, anziché nelle forme previste dalla l. 20 novembre 1982, n. 890, non può essere pronunciata qualora, essendo stato proposto tempestivamente ricorso al prefetto, debba ritenersi che l'atto ha raggiunto lo scopo cui è destinato".

[(5)] Cfr. Bruno, *L'appalto del "servizio di gestione" delle notifiche di sanzioni amministrative a mezzo posta,* in *Arch. giur. circ.,* 2008, 289 ss., dove si analizza la conseguenza, sul piano civilistico, del contratto di appalto stipulato dal Comune con la società privata asserendo come quest'ultimo sia nullo per impossibilità giuridica dell'oggetto.

È d'uopo precisare, infatti, che il fenomeno dello *outsourcing* [6] è un concetto prima ancora che giuridico di scienza e politica amministrativa [7].

Tale strumento gestionale è sicuramente indicativo di una sorta di privatizzazione che risponde ai principi di speditezza ed economicità dell'agire amministrativo nell'ambito di una maggiore efficienza gestionale dell'intera amministrazione.

Se quest'aspetto è innegabile, con riferimento alla *funzione pubblica*, le esigenze di speditezza ed efficacia, vanno a scontrarsi con imprescindibili e, forse preminenti, esigenze di legalità che presiedono al corretto esercizio delle funzioni amministrative ed impongono in capo alla P.A. scelte trasparenti e che ascrivono il *decisum* in commento nel solco della giurisprudenza maggioritaria [8].

In particolare, in assenza di una puntuale disciplina normativa che regoli il rapporto fra funzione pubblica ed esternalizzazione, va rilevato che la medesima è sicuramente possibile nell'ambito dei servizi pubblici, in quanto non espressione di poteri autoritativi della pubblica amministrazione, mentre per l'esercizio di potestà riconducibili alle *funzioni pubbliche* l'esternalizzazione è realizzabile entro circoscritti limiti e spazi, in quanto le stesse, dovendo rimanere dominio assoluto dell'amministrazione, sono per la loro stessa natura non delegabili a soggetti privati, salvo diversa previsione di legge.

Tra queste ultime, conclusivamente, rientra, secondo la pronuncia in commento, l'accertamento e la notifica delle violazioni in materia di circolazione stradale. Tale attività, infatti, non rappresenta una mera attività materiale, ma aspetto inscindibilmente connesso all'esercizio della funzione pubblica, che ai sensi dell'art. 11 comma 1 lett. a) del nuovo codice della strada, costituisce servizio non delegabile a terzi.

Parallelamente, la norma contenuta nell'art. 345, c. 4, del Regolamento di esecuzione e di attuazione al medesimo Codice della strada canonizza il principio per cui l'accertamento delle violazioni dei limiti massimi di velocità (come anche delle infrazioni semaforiche), deve essere eseguito attraverso

---

[6] Vedasi, di recente, TAR Cagliari-Sardegna, 21 dicembre 2007, n. 2407, in *Foro amm.-Tar,* 2008, I, 265, con nota di Elefante, *Gli affidamenti "in house" nei servizi pubblici locali: il lungo cammino verso il riconoscimento della eccezionalità del modello gestionale societario a partecipazione pubblica totalitaria* e, *ibidem*, 7-8, 2253, con nota di Di Giacomo Russo, *Tar Sardegna: l'affidamento "in house" alla luce del Regolamento CE 1370/2007 e delle sentenze 17 luglio 2008 (causa C-371/2005) della Corte di Giustizia Ce.*

[7] Il concetto è ben espresso nella Relazione al XVI Convegno dell'Associazione amministrativisti Italo-Spagnoli (AAIS) su "*Le esternalizzazioni*", Genova, 25-27 maggio 2006.

[8] V. le pronunce già citate in nota 4 e, in particolare, Cass., 21 settembre 2006, n. 20440, cit., in linea con Cass., sez. un., 19 luglio 1995, n. 7821, in *Foro it.*, 1995, I, 3484.

la “gestione diretta” da parte degli agenti accertatori, con la conseguenza che solo la legge avrebbe potuto, esplicitamente derogando a tale regola, consentire l’affidamento a terzi di detto servizio, tramite un contratto d’appalto, pena la radicale inesistenza dell’atto, non sanabile invocando la legale conoscenza che il destinatario ne abbia avuto.

ELIGIO IANNUZZIELLO - FRANCESCA INNOCENZI

DIRITTO PENALE

CORTE DI CASSAZIONE – SEZIONE SESTA – 16 dicembre 2008 – (ord.) – *Pres*. LATTANZI - *Est*. FIDELBO – F.

Concussione – Contratto di prestazione professionale preesistente al reato – Influenza del Pubblico Ufficiale successiva e/o concomitante al rapporto negoziale – Sussistenza – Ammissibilità (c.p., art. 317).

In tema di concussione, laddove l'utilità consista in prestazioni erogate in esecuzione di un contratto, non vale a escludere la sussistenza del reato la circostanza che il contratto medesimo sia stato concluso prima che fossero poste in essere dal soggetto attivo le condotte nelle quali si sostanzia, secondo la prospettiva dell'accusa, la strumentalizzazione della qualifica soggettiva di pubblico ufficiale (nella specie: la qualità di magistrato), essendo pur sempre possibile che dette condotte abbiano influito sulla prosecuzione e sullo sviluppo del rapporto contrattuale (1).

(Omissis) Con l'ordinanza in epigrafe il tribunale di Perugia, in accoglimento dell'appello proposto *ex* art. 310 c.p.p. dai difensori di L. F., indagata per i reati di concussione (capo a) e di abuso d'ufficio (capo b), ha revocato la misura interdittiva della sospensione dell'esercizio della professione di magistrato, applicata con provvedimento del 2 luglio 2008 dal G.i.p. del Tribunale di Perugia con riferimento alla sola concussione.

La provvisoria imputazione di concussione contestata alla F. faceva riferimento al fatto che la stessa, abusava della sua qualifica di magistrato – in servizio presso il Tribunale di Roma –, aveva costretto o comunque indotto il produttore cinematografico V. C. G. ad offrirle numerose elargizioni nonché a stipulare un contratto di consulenza a favore del marito, L. B., che prevedeva un compenso di 100.000 euro. In particolare, le utilità provenienti da C. G. sarebbero consistite, oltre che nel contratto di consulenza sopra menzionato, in soggiorni negli appartamenti di Londra e di Sabaudia di proprietà del C. G., in regali, tra cui una collana e una borsa del valore, rispettivamente, di 6.000 e

7.000 euro, nonché nel pagamento di una festa di compleanno del costo di circa 2.000 euro.

Secondo la ricostruzione dei fatti contenuta nel provvedimento emesso dal G.i.p., V. C. G., colpito da una serie di vicissitudini giudiziarie, avrebbe cercato in ambienti giudiziari contatti e per questo scopo avrebbe individuato la dottoressa L. F., giudice presso il tribunale di Roma, ufficio dove l'imprenditore risultava avere una procedura fallimentare e un procedimento penale a carico; la F. avrebbe approfittato della situazione di debolezza in cui si trovava C. G., svolgendo, in ragione della sua professione di magistrato, una pressione psicologica nei confronti dell'imprenditore tanto da indurlo a corrisponderle una serie di utilità e di vantaggi.

2. – Il Tribunale ha ritenuto incerta la sussistenza dei gravi indizi di consapevolezza in relazione al reato di cui all'art. 317 c.p., sostenendo che, allo stato degli atti, le utilità conseguite dall'indagata si potevano collocare "al di fuori di un'attività concessiva".

Per quanto riguarda il contratto di consulenza stipulato in data 23 marzo 2007 i giudici hanno escluso ogni possibilità di ricondurre l'incarico ad un qualche intervento della indagata per favorire il marito. Peraltro, nell'ordinanza si sottolinea che l'utilizzo dell'appartamento londinese del produttore faceva parte dei *benefits* contemplati da contratto e che ad usufruire fu soprattutto il marito della F. Quest'ultima avrebbe utilizzato saltuariamente l'appartamento con l'assenso di C. G. con il quale, solo dopo l'affidamento dell'incarico di consulenza del marito, si era instaurato un rapporto personale di amicizia. Nell'ambito di tale rapporto di amicizia si inserisce anche l'uso dell'appartamento di Sabaudia, offerto per due volte, a titolo di ospitalità, dal C. G. alla famiglia della F.

In ordine al regalo della collana i giudici hanno escluso ogni ipotesi di attività induttiva dal momento che l'indagata restituì il dono; riguardo alla borsa il Tribunale evidenzia, sulla base di una articolata ricostruzione dei fatti, che l'indagata non l'aveva né richiesta né gradita; per la festa pagata dal C. G. è stato messo in rilievo come quest'ultimo abbia dichiarato che si era trattato di una semplice cena al ristorante offerta per festeggiare il compleanno di un'amica, cioè della F.

In conclusione, secondo i giudici l'indagata sarebbe "entrata prepotentemente ed in modo invadente" nella vita di C. G. dopo l'avvio del rapporto professionale del marito, assumendo l'impropria veste di "consigliere giuridico" e dando continuamente pareri sulle vicende dell'imprenditore, condotte che possono avere rilievo sul piano disciplinare, ma che non raggiungono il livello di gravità indiziaria da cui desumere un'attività induttiva o costrittiva, realizzata con abuso della qualità, come causa efficiente delle dazioni indicate che, secondo i giudici, trovano giustificazione nel rapporto d'amicizia instaurata tra i due.

3. – Contro questa ordinanza ha proposto ricorso per cassazione il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Perugia per i seguenti motivi.

3.1. – Innanzi tutto viene censurata l'inosservanza di alcune norme processuali. Si deduce la nullità dell'ordinanza per violazione dell'art. 178 lett. b) c.p.p., in quanto il Tribunale, avendo erroneamente qualificato e trattato l'impugnazione proposta dalla difesa come "riesame" e non come "appello", non ha né individuato i motivi con l'atto di impugnazione, distinguendoli da quelli nuovi e come tali inammissibili, né ha indicato nella decisione i punti ai quali si riferiscono i motivi proposti, in questo modo impedendo la corretta partecipazione dell'accusa al processo.

Successivamente il ricorrente si dilunga ad esaminare il motivo dell'appello con cui la difesa aveva eccepito, davanti al Tribunale, l'omesso deposito di atti.

3.2. – Con il secondo motivo si deduce l'erronea applicazione della legge penale per avere i giudici escluso la sussistenza del reato di concussione, seppure a livello di gravi indizi di colpevolezza. Secondo il pubblico ministero ricorrono i presupposto della concussione, avendo la F. "approfittato di una costrizione o induzione qualificata, ossia da lei prodotta con l'abuso della qualità o dei poteri", situazione questa desumibile, secondo il ricorrente, dalla quotidiana frequentazione della casa di C. G. con l'esibizione del servizio di scorta, nonché dai continui riferimenti circa il suo potere di influenza sui giudici del Tribunale di Roma.

In particolare, si assume che i giudici dell'appello cautelare non hanno tratto le doverose conclusioni derivanti dalle dichiarazioni di M. M. e di P. L. in ordine alle forti pressioni esercitate dall'indagata sul C. G., dichiarazioni che sono state ritenute poco credibili sull'erroneo presupposto che i due testimoni avessero risentimenti nei confronti della F., dagli stessi denunciata per calunnia e diffamazione, circostanza questa che non avrebbe trovato alcun riscontro documentale.

Sotto un altro profilo si stigmatizza la decisione impugnata che, dopo avere sottolineato una serie di condotte poste in essere dall'indagata e consistenti in atteggiamenti concessori come, la sua partecipazione a riunioni con lo *staff* dei legali di C. G., le richieste di revoca del mandato difensivo ad avvocati e i pareri resi su questioni giudiziarie, finisce per considerarle, inspiegabilmente, penalmente irrilevanti. Secondo il ricorrente il Tribunale avrebbe dovuto individuare la condotta induttiva posta in essere dall'indagata, che si è estrinsecata "in una pressione psicologica" che ha determinato l'oggettivo condizionamento della libertà del soggetto passivo, che si sarebbe determinato alla prestazione indebita non per timore ma per evitare maggiori danni. Nella specie, sarebbe stata sufficiente una condotta fraudolenta, di carattere persuasivo, idonea ad esercitare una pressione psichica e a produrre nel soggetto passivo lo

stato di "sudditanza" in forza del quale si sarebbe determinato alle dazioni indebite. In sostanza, si rileva che il Tribunale non ha tenuto conto della concreta e difficile situazione, anche psicologica, in cui si trovava V. C. G., il quale, sottoposto ad indagini per bancarotta fraudolenta, si sentiva vittima di una persecuzione giudiziaria.

Quindi, il pubblico ministero riferisce alcuni episodi che, a suo dire, i giudici avrebbero trascurato ovvero malamente interpretato. In particolare, si contesta un passaggio dell'ordinanza impugnata in cui si afferma che il rapporto di amicizia tra l'indagata e il C. G. sarebbe iniziato successivamente alla stipula del contratto di collaborazione tra questi e il marito, L. B.; inoltre, si rileva come il Tribunale abbia del tutto trascurato alcune frasi e alcune condotte dell'indagata risultanti dagli atti, che dimostrerebbero le interferenze nelle vicende giudiziarie di C. G. funzionali alla realizzazione della concussione.

3.3. – Il ricorrente denuncia l'erronea applicazione della legge penale anche sotto un ulteriore profilo, riguardante il mancato riconoscimento del concorso tra concussione e abuso d'ufficio da parte del Tribunale. Il pubblico ministero dopo aver premesso che il G.i.p. – contrariamente a quanto sostenuto nell'ordinanza impugnata – non ha escluso la sussistenza del delitto di cui all'art. 323 c.p., ma si è limitato solo ad affermare che tale fattispecie doveva ritenersi assorbita nella condotta di concussione, assume che il Tribunale, una volta ritenuto non ipotizzabile il reato di concussione, avrebbe dovuto esaminare ed eventualmente accertare la sussistenza dell'abuso d'ufficio e, conseguentemente, confermare il provvedimento interdittivo, applicabile per tale delitto.

3.4. – Con un altro motivo viene dedotta la manifestata illogicità della motivazione. Si assume la mancanza di ogni coerenza logica nell'esposizione dell'ordinanza impugnata, che sarebbe caduta in evidenti travisamenti della prova, soprattutto con riferimento alle ragioni per le quali C. G. avrebbe deciso di rivolgersi al marito della F. per la propria consulenza.

Inoltre, viene evidenziato come i giudici abbiano del tutto trascurata la procura datata 30 marzo 2007 rilasciata da C. G. in favore del Bologna con cui questi veniva nominato procuratore speciale in tutte le procedure di natura fallimentare e gli veniva conferito il potere di nominare e revocare avvocati e procuratori legali con facoltà di sostituzione.

Ancora, si rileva l'illogicità della motivazione in relazione alla mancata considerazione delle dichiarazioni rese da P. L. sulle ragioni e le modalità attraverso cui C. G. giunse a rivolgersi al marito dell'indagata e a nominarlo proprio consulente.

Sotto altri profili il ricorrente censura il provvedimento del Tribunale là dove afferma, senza citare alcuna fonte, che l'appartamento sarebbe stato utilizzato quasi esclusivamente dal B., mentre la stessa indagata

avrebbe ammesso di averlo utilizzato all'incirca ogni venti giorni, dal maggio 2007 al giugno 2008 (interrogatorio del 30 giugno 2008); allo stesso modo viene contestata la ricostruzione che i giudici hanno fatto della vicenda relativa all'acquisto della borsa Prada del valore di 700 euro.

4. – In data 10 dicembre 2008 i difensori dell'indagata hanno depositato una memoria difensiva con cui hanno puntualmente contestato i diversi motivi contenuti nel ricorso di cui hanno chiesto che venga dichiarato l'inammissibilità.

Inoltre, hanno eccepito la carenza di interesse del pubblico ministero ricorrente, in quanto nei confronti dell'indagata il Consiglio Superiore della Magistratura, in conseguenza della misura applicata dal giudice perugino, ha depositato la sospensione cautelare obbligatoria dal servizio, sospensione durata tre mesi a revoca dello stesso Consiglio Superiore della Magistratura per il venir meno della misura interdittiva: sia assume che, di fatto, l'indagata è rimasta sospesa dal servizio per la durata di circa tre mesi, a fronte della sospensione disposta dal G.i.p. per un periodo addirittura minore, pari a soli tre mesi.

5. – Preliminarmente deve respingersi l'esecuzione della difesa, secondo cui il pubblico ministero non avrebbe interesse al ricorso. La circostanza che nei confronti dell'indagata la sezione disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura abbia applicato la sospensione cautelare obbligatoria, prevista dall'art. 21 del d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109, per un periodo superiore alla misura interdittiva richiesta dal pubblico ministero nel processo penale, non implica il venir meno dell'interesse al ricorso, in quanto il pubblico ministero ha comunque interesse ad ottenere la sospensione dal servizio dell'indagata per effetto della misura cautelare interdittiva e per l'intero periodo previsto dalla legge. Infatti, la F. non risulta sia stata sospesa dall'esercizio delle sue funzioni per due mesi, cioè per il termine di durata massima fissato dall'art. 308 comma 2 c.p.p., essendo intervenuto prima il provvedimento di revoca del Tribunale di Perugia (31.7.2008). Si tratta evidentemente, di misure che hanno una differente natura e che seguono diversi regimi, anche se entrambe incidono sull'attività inerente l'ufficio pubblico che viene temporaneamente interdetta al soggetto interessato; peraltro, la sospensione a cautelare obbligatoria *ex* art. 21 d.lgs. cit. consegue a quella cautelare personale applicata in sede penale, che rappresenta in realtà il suo necessario presupposto.

6.- Deve ritenersi del tutto infondato il motivo contenuto nel ricorso con cui si censura l'ordinanza impugnata per avere qualificato come ricorso il riesame dell'appello presentato dalla difesa dell'indagato ai sensi dell'art. 310 c.p.p. si tratta infatti di un mero errore formale che non ha avuto alcuna conseguenza sulla decisione assunta dal Tribunale,

che ha limitato la sua cognizione ai punti del provvedimento che hanno formato oggetto di censura, in base alla norma generale di cui all'art. 597 comma 1 c.p.p.

7. – Per il resto il ricorso è fondato nei limiti di seguito indicati.

7.1. – L'ordinanza impugnata offre una serie di spiegazioni circa l'insufficienza dei gravi indizi di colpevolezza in ordine al reato di concussione per quanto riguarda i "regali" che C. G. avrebbe fatto alla indagata, evidenziando come, allo stato, non vi siano elementi per ritenere che le donazioni della collana e delle borse, nonché l'offerta dell'uso dell'appartamento di Sabaudia e il pagamento della festa in favore della F., di per sé sole considerate, fossero "utilità" ottenute per effetto di una attività concessiva.

Appare invece carente e contraddittoria la motivazione con cui il Tribunale di Perugia è giunto ad escludere ogni ipotesi di reato, seppure a livello di gravità indiziaria, in relazione al rapporto di consulenza tra C. G. e il marito dell'indagata, L. B. Il relativo contratto, avente ad oggetto una forma di collaborazione professionale continuativa per la cura degli interessi del produttore, in proprio e quale procuratore della società *"C. G. Cinema e spettacolo s.r.l.",* prevedeva un corrispettivo mensile di € 100.000 e, inoltre, una serie di *benefits*, tra cui la messa a disposizione di un ufficio, all'interno della sede della società sopra menzionata, di un collaboratore e di autista, nonché l'utilizzo dell'appartamento londinese di C. G.

I giudici perugini hanno ritenuto che anche tale complessiva "utilità" non potesse collegarsi ad una condotta di concussione posta in essere dall'indagata, in quanto dagli atti di indagine non sarebbero emersi elementi per ricondurre la stipula del contratto ad un qualche intervento della F. Nell'ordinanza è stato messo in rilievo che l'indagata è risultata estranea sia alla fase precontrattuale sia a quella della stipula vera e propria del contratto, materialmente redatto dall'avvocato M. C. e sottoscritto dalle parti il 23.3.2007; inoltre, è stato sottolineato come non vi siano prove di contatti tra l'indagata e C. G. prima della conclusione del contratto e che solo dopo l'avvio del rapporto professionale con il marito è provato che la F. abbia costantemente frequentato C. G., circostanza quest'ultima che i giudici hanno ritenuto pacificamente dimostrata. In sostanza, secondo il Tribunale l'accertata estraneità dell'indagata alla stipulazione del contratto di consulenza e, quindi, l'esecuzione – con riferimento ad un quadro di gravità indiziaria – dalla concussione sarebbe dimostrata dalla circostanza che prima del conferimento dell'incarico professionale non vi sono prove che la F. e il C. G. si frequentassero.

Tuttavia, questa impostazione evidenzia una lacuna motivazionale e una intrinseca contraddittorietà, perché si limita a considerare la condotta della F. nel momento della stipulazione del contratto e non

anche durante lo svolgimento del rapporto nel cui ambito sarebbero state conseguite le "utilità".

Secondo la stessa ricostruzione dei fatti contenuta nella ordinanza impugnata risulta che, a seguito delle sue traversie giudiziarie, iniziate con il fallimento della società Fin.Ma.Vi., C. G. si sia determinato ad "avvicinare uomini politici e magistrati" al fine di evitare ovvero limitare quelle che a lui apparivano "ingiuste persecuzioni giudiziarie" ed è in questa prospettiva che l'imprenditore decide di "contattare" la dott.ssa L. F., magistrato del Tribunale di Roma, dove era in corso un processo per bancarotta fraudolenta che lo riguardava. Proprio a proposito della "genesi" di questo incarico il Tribunale evidenzia come l'attività posta in essere dal C. G., così come ricostruita, costituisca in realtà "un embrione di attività corruttiva", sebbene poi concluda ritenendo che si sia trattato di una intenzione che non sia sfociata in una condotta punibile. Invero, quella della corruzione è una ipotesi che non è stata coltivata nemmeno dal pubblico ministero, che non sembra aver svolto alcuna indagine in tal senso, per cui i giudici dell'appello cautelare non potevano certo trarre conclusioni differenti rispetto ad una accusatoria che puntava decisamente sulla condotta di concussione.

In ogni caso, questa ricostruzione dalla nascita del rapporto di consulenza professionale tra C. G. e L. B. in vista di un contratto con la F., in quanto magistrato a Roma, è un argomento che non può non pesare anche nell'ottica dell'ipotizzato reato di concussione. Se è vero che il contratto del 23.3.2007 non poteva essere di per sé l'utilità di una attività di concussione, perché, secondo l'ordinanza impugnata, rappresentava semmai un prodromo di una possibile attività corruttiva di C. G., tuttavia il Tribunale non chiarisce la vicenda successiva al contratto e gli eventuali collegamenti tra un compenso così elevato e l'assidua e complessa attività posta in essere dalla F. nell'interesse di C. G. In particolare, nell'ordinanza non si è tenuto conto di quanto riferito nel provvedimento del G.i.p che, riportando le dichiarazioni rese da P.L., evidenzia come solo dopo l'individuazione della F., come magistrato ritenuto in grado di fornire un aiuto, C. G. abbia stipulato il contratto con L. B.

Se questo è il contesto in cui sono sorti e si sono sviluppati tra F. e C. G., allora appare del tutto illogico che i giudici dell'appello cautelare abbiano limitato il loro accertamento alla sola condotta dell'indagata precedente alla stipula del contratto di consulenza a favore del marito, omettendo di prendere in esame la sua condotta successiva a tale atto. Condotta che nel provvedimento del G.i.p. viene considerata, sulla base di prove logiche e indiziarie, dimostrativa di un forte interesse dell'indagata per il lucroso contratto del marito.

Da quanto risulta dallo stesso provvedimento impugnato del pubblico ministero dopo l'avvio del rapporto professionale di consulenza affidato

dal marito, la F. si è progressivamente inserita in maniera "invadente" (è l'espressione utilizzata dal Tribunale) tanto nella vita privata che nelle relazioni professionali del C. G.

Sono i giudici di merito a sottolineare che l'indagata, da un certo momento in poi, assume "la veste di consigliere giuridico" di C. G., al quale suggeriva la sostituzione di professionisti per la migliore assistenza nelle varie vicende giudiziarie in cui era coinvolto, dandogli consigli sulle strategie da seguire anche in materia penale, partecipando attivamente a riunioni tecniche del produttore con i suoi avvocati e interessandosi, in un caso, del procedimento penale di bancarotta fraudolenta di cui C. G. era imputato, facendo cenno al pubblico ministero di Roma titolare dell'indagine del "grave danno che C. G. stava complessivamente subendo soprattutto per la vicenda fallimentare".

Il Tribunale non ha preso in attenta considerazione la circostanza che il 30.3.2007 C. G. conferiva a L. B. una procura con cui lo nominava procuratore speciale in tutte le procedure riguardanti il fallimento della Fin.Ma.Vi. s.p.a., comprese quelle aventi rilievo penale, conferendogli anche il potere di nominare e revocare avvocati e procuratori legali, con facoltà di sostituzione e che significativi elementi probatori dimostravano che la F., prima di tale data, si era recata e trattenuta a lungo presso l'abitazione di C. G. Il pubblico ministero ricorrente ha messo in risalto che una delle visite della F. a C. G. risale al 23.3.2007, che qualche giorno successivo (29.3.2007) la Procura di Roma disponeva una perquisizione domiciliare presso l'abitazione dell'imprenditore e che il 30.3.2007 questi conferiva ulteriori poteri a L. B., ampliando le competenze del professionista anche ai precedenti penali che lo interessavano. Si tratta di circostanze che non sono state prese nella dovuta considerazione dal Tribunale e che anzi dimostrano che la frequentazione del C. G. da parte della F. è precedente all'aprile 2007, a differenza di quanto sostenuto nell'ordinanza impugnata. Nessuna spiegazione viene offerta in relazione alla circostanza che con la procura del 30.3.2007 L. B. riceveva una serie di incarichi che comportavano competenze giuridiche, propriamente nel settore penale, estranee quindi alla formazione professionale del commercialista.

Del grande attivismo dell'indagata non viene fornita alcuna spiegazione, laddove la tesi accusatoria tenta di dimostrare, sulla base di concreti elementi probatori di natura indiziaria, che le utilità attribuite al B. nel corso del rapporto di consulenza fossero in realtà il prodotto dell'attività induttiva realizzata dall'indagata.

La carenza motivazionale riscontrata consiste proprio nel fatto che i giudici non hanno compiuto alcuna verifica sul significato che la condotta dell'indagata ha assunto per la gestione del contratto e per la sua successiva evoluzione, sia nel momento in cui sono conferiti nuovi

poteri al B., sia quando il contratto ha subito un ridimensionamento nei compensi (18.3.2008), dopo che era ormai conosciuta l'indagine condotta dalla Procura di Perugia. La spiegazione che tutto possa giustificarsi nell'ambito di un rapporto di semplice amicizia rivela la sua insufficienza nel momento in cui si esaminano le condotte tenute dalla indagata dopo l'inizio dell'attività del marito per conto di C. G., caratterizzate da quella che gli stessi giudici hanno definito una "prepotente" ed "invadente" intrusione nella vita anche professionale del produttore, con i continui interessamenti sulle sue vicende giudiziarie.

Non è stato escluso dal Tribunale con adeguata motivazione che l'attività della F. sia stata svolta per aumentare, consolidare ovvero mantenere i profitti e i *benefits* conseguenti al contratto di consulenza stipulato dal marito, contratto particolarmente vantaggioso, che inizialmente prevedeva, come si è detto, un corrispettivo di €100.000 mensili e che comunque ha fruttato la somma di €180.000, percepiti in meno di un anno.

Secondo l'ipotesi accusatoria, l'abuso della qualità sarebbe consistito nella strumentalizzazione da parte dell'indagata della propria qualifica soggettiva di magistrato, facendo pesare qualità personale per conseguire utilità non dovute. L'induzione sarebbe stata posta in essere attraverso un'opera di persuasione e di suggestione ai danni dell'imprenditore circa la sua capacità di intervento e risoluzione delle vicende giudiziarie di questi, così condizionandone la volontà e determinandolo alle "dazione" indebite, sicuro di doversi accattivare i favori del giudice, unico modo per evitare ulteriori pregiudizi.

Ebbene questa ipotesi deve essere verificata alla luce della diversa prospettiva indicata, secondo cui la F., anche ammettendo la sua iniziale estraneità alla genesi del contratto di consulenza, ha successivamente approfittato della situazione in cui si trovava C. G., assicurando a lei e al marito la percezione dei vantaggi e della utilità derivanti dal rapporto professionale in questione.

In questa ottica anche le regalie e, soprattutto, l'uso dall'appartamento londinese di C. G. possono acquisire una differente valenza.

7.2. – L'accoglimento del motivo del ricorso riguardante il vizio di motivazione sulla sussistenza dei gravi indizi in ordine al reato di concussione assorbe le doglianze attinenti il mancato accertamento del reato di abuso d'ufficio.

Tuttavia, si osserva che il Tribunale, una volta esclusa l'ipotesi della concussione, avrebbe dovuto compiere una verifica sulla sussistenza dell'abuso di ufficio, delitto che era contestato nell'imputazione provvisoria e che il G.i.p. aveva considerato ricompreso nel reato di cui all'art. 317 c.p.

Del resto, in sede di appello *ex* 310c.p.p. è consentita la modifica della

qualificazione giuridica dal pubblico ministero: in questa materia vige il principio della immutabilità del fatto, da intendersi come accadimento reale, ma non il principio dell'immutabilità della definizione giuridica del fatto stesso, sicché il tribunale è libero di stabilire la definizione giuridica dei fatti rispetto ai quali l'indagato è chiamato a difendersi.

8. – In conclusione, l'ordinanza impugnata deve essere annullata con rinvio al Tribunale di Perugia per nuova deliberazione (*Omissis*).

(1) Postille in tema concussione.

L'affermazione contenuta nell'ordinanza in epigrafe stando alla quale, «*il reato di concussione sussiste all'interno di prestazioni eseguite in esecuzione di un contratto, anche quando il rapporto negoziale sia cominciato prima dell'inizio da parte dell'autore del reato di concussione delle condotte di "induzione" o "costrizione", essendo possibile che tali comportamenti influiscano comunque sulla prosecuzione del rapporto contrattuale già in essere*», si presenta - agli occhi dell'operatore del diritto - quale innovativa presa di posizione giurisprudenziale all'interno del panorama interpretativo finora disegnato dalla S.C., in tema di concussione; basti considerare, infatti, che, a riguardo, la Cassazione (più recentemente, cfr. Cass., sez. VI, 19 giugno 2008, Casola, in *CED Cass.,* rv. 240795) affermava che «*nel reato di concussione l'attività di induzione non è vincolata a forme tassative, rilevando a tal fine ogni comportamento del pubblico ufficiale che sia comunque caratterizzato da un abuso dei poteri che valga ad esercitare una pressione psicologica sulla vittima, in forza della quale quest'ultima si convinca della necessità di dare o promettere denaro od altra utilità per evitare conseguenze dannose. (Fattispecie di presentazione e successivo momentaneo ritiro di interpellanza consiliare regionale finalizzata ad indurre un direttore generale di azienda ospedaliera a procedere a nomine dettate da criteri di appartenenza politica)*». Ed ancora, ribadiva che (Cass., sez. VI, 27 marzo 2003, De Luca, *ivi*, rv. 226426) «*l'induzione, quale elemento materiale del reato di concussione, deve essere qualificata, ossia prodotta dal pubblico ufficiale con l'abuso della sua qualità o dei suoi poteri, sicché la successiva azione indebita sia l'effetto di siffatta induzione e, cioè, conseguenza della coazione psicologica esercitata dal pubblico ufficiale sul privato, il quale si determini a tenere un comportamento, che liberamente non avrebbe assunto, per il timore di subire un danno ove non si pieghi alla volontà del pubblico ufficiale*». Più propriamente, riteneva che «*la costrizione o induzione che caratterizzano il reato di concussione, non si identificano nella superiorità o nell'influenza che il pubblico ufficiale può vantare rispetto al privato che, per il solo fatto di venire a contatto con chi esercita poteri che possono avere una concreta incidenza sulla sua sfera giuridica, versa in una situazione di soggezione psicologica, in quanto tale soggezione è irrilevante ai fini del reato*

*di concussione. Per integrare detto reato occorrono una costrizione o induzione qualificate, ossia prodotte dal pubblico ufficiale con l'abuso della sua qualità o dei suoi poteri, così che la successiva promessa o dazione indebita è conseguenza della condizione di "*metus*" in cui la vittima viene a versare, per effetto di tale costrizione o induzione. In sintesi può dirsi che il delitto si sviluppa secondo la seguente successione di azioni causalmente concatenate: abuso della qualità o dei poteri, costrizione o induzione, promessa o dazione*» (cfr., Cass., sez. VI, 24 febbraio 2000, Lattanzio, in *C.E.D. Cass.*, rv. 215640, in passato, anche Cass., sez. VI, 11 dicembre 1993, Fedele, ivi, rv. 196048; Cass., sez. VI, 10 giugno 1989, Teardo, *ivi*, rv. 181951).

Per la sua portata innovativa la pronuncia in commento merita una peculiare segnalazione.

La massima è evidentemente riferibile solo ai contratti le cui prestazioni non siano, fin dall'inizio, interamente determinate dalle parti: nel caso di specie, per esempio, se la consulenza conferita dalla persona offesa al marito dell'indagata avesse avuto ad oggetto una specifica attività, per la quale fosse stato fissato un determinato compenso, se ciascuna delle parti avesse semplicemente adempiuto alla propria obbligazione e non si fossero registrati fra le parti medesime ulteriori rapporti patrimoniali, non sarebbe stato ipotizzabile che l'indagata – facendo in vario modo "pesare" la propria qualità di magistrato *dopo* la conclusione del contratto – avesse conseguito indebite utilità.

La S.C. ha invece rilevato che la condotta dell'indagata ha assunto, o potrebbe aver assunto rilevanza "per la gestione del contratto e per la sua successiva evoluzione", così riconoscendo che, nel caso di specie, il rapporto contrattuale non era caratterizzato da mera esecuzione dell'accordo, ma era, almeno in parte, il risultato di successive pattuizioni, suscettibili di essere influenzate da condotte – di "induzione" o di "costrizione" della volontà del contraente-persona offesa – attuate quanto il rapporto era già in essere.

In questa prospettiva, secondo il S.C. assume rilievo addirittura una circostanza che rappresenta in tutta evidenza un *post factum*: il "ridimensionamento" dei compensi corrisposti dalla persona offesa al marito dell'indagata a partire dall' 1.3.2008, dopo che era ormai conosciuta l'indagine condotta dalla Procura di Perugia.

Si legge nell'ordinanza.

«*La carenza motivazionale riscontrata consiste proprio nel fatto che i giudici non hanno compiuto alcuna verifica sul significato che la condotta dell'indagata ha assunto per la gestione del contratto e per la sua successiva evoluzione, sia nel momento in cui sono conferiti nuovi poteri al B., sia quando il contratto ha subito un ridimensionamento nei compensi (18.3.2008), dopo che era ormai conosciuta l'indagine condotta dalla Procura di Perugia. La spiegazione che tutto possa giustificarsi nell'ambito di un rapporto di semplice amicizia rivela la sua insufficienza nel momento in cui si esaminano le condotte tenute dall'indagata dopo l'inizio dell'attività del marito…*».

È questo un passo non particolarmente chiaro della motivazione.

La Corte di cassazione evidenzia che il giudice di merito ha omesso di prendere in considerazione taluni eventi che sarebbero stati determinati, o almeno influenzati, dalla condotta dell'indagata. Il ragionamento ha un senso a condizione che la condotta e l'evento siano potenzialmente inquadrabili nella fattispecie astratta: quindi la condotta in questione dovrebbe caratterizzarsi come "induzione" o "costrizione"; l'evento dovrebbe tradursi nel conseguimento, o nella promessa, di una utilità. Ora, fra le due circostanze indicate – il conferimento di nuovi poteri e il ridimensionamento dei compensi – solo la prima può essere effetto di costrizione o induzione e tradursi nel conseguimento di una utilità. Quanto al ridimensionamento dei compensi potrà anche essere vero (ma non si vede perché) che esso non possa "giustificarsi nell'ambito di un rapporto di semplice amicizia", ma non è questo che rende la circostanza rilevante: non è sostenibile, su un piano di pura logica comune, che la persona offesa sia stata "costretta" o "indotta" dall'abuso della funzione a *ridurre* il compenso, e comunque tale riduzione non è qualificabile come una *utilità* per l'indagata o per suo marito. Come se non bastasse, l'evento si colloca dopo il perfezionamento del reato, e anzi dopo l'esercizio dell'azione penale.

In realtà, si tratta di un elemento al quale è arduo riconoscere una valenza indiziaria ancorché indiretta: se ne può dedurre, al massimo, che gli interessati fossero preoccupati del processo penale. La S.C. lo inserisce fra gli elementi la cui omessa valutazione rende censurabile la decisione, perché in rapporto ad esso si sarebbe dovuto "verificare il significato assunto dalla condotta dell'indagata".

CHIARA LAZZARI

CORTE D'APPELLO DI PERUGIA – 23 ottobre 2007 – *Pres. Est.* Medoro – T.A.

Principio di correlazione – Fatto nuovo e fatto diverso – Criteri distintivi – Nullità della sentenza (c.p.p., artt. 516, 518, 522; c.p., art. 600 *quater*)**.**

L'imputato non può essere giudicato e condannato per fatti relativamente ai quali non sia stato in condizioni di difendersi, fermo restando che la contestazione del fatto non deve essere ricercata solo nel capo di imputazione, ma deve essere vista con riferimento ad ogni altra integrazione dell'addebito che venga fatta nel corso del giudizio e sulla quale l'imputato sia stato posto in grado di opporre le sue deduzioni (1).

(*Omissis*). Osserva, in primo luogo, la Corte, con riferimento alla fattispecie *ex* art. 600 *quater* c.p., che essa è rubricata come "detenzione di materiale pornografico" anche se, la condotta avente rilevanza penale, viene individuata e circoscritta dalla norma nel consapevolmente procurarsi o disporre di materiale pornografico, prodotto mediante lo sfruttamento dei minori. Pertanto, il suddetto articolo, a parere della stessa, non individua comportamenti che sono tra loro in rapporto di "piena ed irriducibile alterità", anche perché procurarsi significa acquisire la disponibilità fisica. Deve, allora, riconoscersi l'esistenza di un nucleo comune, costituito dalla acquisita disponibilità del materiale pornografico, prodotto mediante lo sfruttamento sessuale dei minori. Tale orientamento è in perfetta aderenza alla *ratio* della norma, che tutela la libertà psico-fisica del minore, opportunamente reprimendo anche quelle condotte che si pongono a valle rispetto alla realizzazione del materiale pedo-pornografico e che si esauriscono nella sfera privata del soggetto attivo del reato, individuato dal legislatore in chi tiene una condotta tale da giungere ad acquisire, comunque, la disponibilità di quel materiale.

Nel caso di specie, afferma la Corte, deve riconoscersi l'effettiva contestazione all'imputato, nel corso del giudizio, della detenzione-disponibilità (non solo ma anche) del materiale, inequivocabilmente, pedo-pornografico, contenuto nei floppy sequestrati presso la sua abitazione, dovendosi in tal senso considerare, in aggiunta al provvedimento di sequestro dei medesimi, tutta l'attività successiva, svoltasi anche a dibattimento e consistita nella demandata perizia per l'estrazione delle immagini e dei filmati e per la valutazione della loro provenienza, ivi compresa l'audizione a dibattimento del perito, specificamente sentito anche in ordine al contenuto del floppy disk.

Il dato qualificante e necessariamente compreso nella contestazione (sia formale, ove si fa riferimento ad immagini fotografiche e filmati, sia in fatto e da individuarsi in relazione alla svolta attività dibattimentale) è, dunque, costituito dall'autonoma acquisita disponibilità di quel materiale, sul quale si è incentrata gran parte dell'attività istruttoria. Le modalità di procacciamento del materiale pedo-pornografico, quali esplicitate nella formale contestazione, ove si fa riferimento anche ai vari siti pedo-pornografici ed ai collegamenti ad essi, sono insuscettibili, per tutte le anzidette ragioni, compreso il loro non integrare uno degli elementi essenziali della fattispecie, di far ritenere ad esse circoscritta la contestazione formale e di fatto. E comunque, convergenti emergenze processuali, necessariamente, orientano a ritenere che anche quei collegamenti furono posti in essere dall'imputato per accedere a materiale pedo-pornografico e per acquisirne la disponibilità.

La Corte, in conclusione, conferma la decisione del giudice di primo

grado, che ha affermato la responsabilità dell'imputato in relazione a tutti i fatti contestatigli, quali risultanti dalla contestazione formale e in fatto, nel corso della attività dibattimentale, con riferimento alla quale all'imputato è stato consentito il più ampio dispiego delle facoltà difensive e comunque quale necessariamente comprensiva anche della acquisizione-disponibilità, tanto delle immagini pedo-pornografiche presenti nel disco fisso del computer portatile, quanto delle immagini e filmato presenti nei floppy disk. (*Omissis*).

(1) La correlazione tra imputazione e sentenza.

1. La sentenza della Corte d'appello di Perugia, offre l'occasione per un maggiore approfondimento del principio di correlazione tra accusa e sentenza. In particolare, nel caso in esame, il Tribunale di Terni, giudice di primo grado, riconosceva l'imputato colpevole del reato di cui all'art. 600 *quater* c.p., perché consapevolmente si procurava, per via telematica, materiale pornografico, prodotto mediante lo sfruttamento dei minori degli anni 18 e prepuberi.

Avverso la sentenza di primo grado veniva proposto appello dall'imputato, il quale contestava che l'interpretazione del giudice di primo grado si poneva in contrasto con il principio di correlazione tra accusa e sentenza. Ciò, adducendo che non sussistevano elementi probatori tali da poter affermare la responsabilità dell'imputato relativamente all'acquisizione del materiale pedo-pornografico, così come specificamente contestatogli in imputazione. Gli accertamenti peritali, infatti, non avevano consentito di risalire alla effettuazione di transazioni finanziarie da parte dell'imputato per l'acquisizione del materiale in oggetto. Da ciò la richiesta di annullamento della sentenza di primo grado, per aver questa affermato la responsabilità dell'imputato per un fatto "nuovo e diverso" da quello oggetto di imputazione.

Il primo giudice, infatti, ha affermato la sussistenza del reato contestato sulla base del mero possesso, a prescindere dalla prova dell'acquisizione del materiale, richiamando, così, una condotta distinta e indipendente dal "procurarsi" materiale pornografico. La Corte d'appello di Perugia ha confermato la sentenza del Tribunale di Terni, sull'assunto che all'imputato «è stato consentito il più ampio dispiego delle facoltà difensive», in relazione a tutti i fatti che risultano dalla contestazione, formale e in fatto, la quale comprende anche l'acquisizione-disponibilità delle immagini.

Il processo si origina dall'imputazione, atto con cui si fissa il fatto di reato che si presume avvenuto. Lo spazio concesso al detenuto per difendersi concretamente è direttamente proporzionale alla chiarezza dell'imputazione nella specificazione del fatto, solo un'imputazione completa e precisa permette la fissazione del *thema probandum* e del *thema decidendum* e consente una completa esplicazione del diritto di difesa. La completa ed

esauriente conoscenza da parte dell'imputato del fatto di reato che gli viene attribuito è, dunque, condizione necessaria per la corretta instaurazione del contraddittorio [1].

Il processo, a sua volta, è finalizzato ad accertare se quel fatto, così come fissato nell'imputazione, si sia effettivamente realizzato, dovrà, pertanto, avere ad oggetto quel fatto, e il giudice avrà il dovere di pronunciarsi solo su quello. Imputazione e decisione sono gli anelli di una catena che si sviluppa in modo circolare nel processo, che si origina dall'imputazione e si conclude con la sentenza, entrambi legati dal fatto di reato fissato nell'imputazione. Questo è il contenuto del principio di correlazione tra accusa e sentenza, il quale costituisce limite al potere decisorio del giudice, e al tempo stesso, garanzia per l'imputato, che una volta accusato di un fatto di reato, solo in relazione a questo avrà l'onere di difendersi, perché è solo su questo che il giudice potrà pronunciarsi. Il giudice è, infatti, colui che, rimanendo terzo ed imparziale rispetto alle parti, deciderà sulla fondatezza della ricostruzione del fatto di reato operata dal pubblico ministero e si pronuncerà sul fatto dedotto nell'imputazione, secondo il principio *ne procedat iudex ex officio*.

L'ordinamento attribuisce, al pubblico ministero e al giudice, funzioni e ruoli distinti, che non possono in alcun modo sovrapporsi. Il primo, organo accusatorio, descrive il fatto storico e assume tutte le determinazioni inerenti all'imputazione; il secondo, organo giudicante, deciderà su di essa, valutando se le risultanze processuali portano a confermare o a smentire l'ipotesi accusatoria proiettata nel processo dal pubblico ministero con l'esercizio dell'azione penale. L'accusa, dunque, non vincola il giudice, il quale potrà dare al fatto una diversa qualificazione giuridica, *ex* art. 521, comma 1, c.p.p., qualora ritenga che il pubblico ministero abbia attribuito al fatto un *nomen iuris* che non gli è proprio; nel caso in cui, invece, accerti che il fatto ha avuto uno svolgimento diverso rispetto a quello da questo ricostruito, ai sensi dell'art. 521, comma 2, c.p.p., potrà restituirgli gli atti. Ciò trova conferma nel principio *iura novit curia*, in base al quale «il giudice definisce l'accaduto in base alle norme, variando le diagnosi del requirente ogniqualvolta non lo convincano»[2].

Come ben chiaramente si evince, la separazione delle funzioni è corollario del principio di correlazione tra imputazione e decisione ed è uno dei modi attraverso cui tale principio trova attuazione; il dovere del giudice di non decidere, se non in piena aderenza ai temi prospettati dal pubblico ministero, «preserva ad un livello elementare l'imparzialità del giudizio e,

---

[1] Cfr. Guglielmo, *Sulla nullità della richiesta di rinvio a giudizio con imputazione non sufficientemente determinata*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 1085; nello stesso senso, Conz, *Contestazione dell'accusa e dettagliata descrizione dei poteri del giudice*, *ibidem*, 2005, 1381, il quale rileva che l'enunciato contenuto nell'imputazione è «argomento sul quale si deve effettuare il contraddittorio processuale delle parti».

[2] Cfr. Cordero, *Procedura penale*, Milano, 2006, 462.

specularmente, esalta l'accusa», evidenziando il peso di assetti funzionali definiti a monte[3]. Tra pubblico ministero e giudice c'è, dunque, «uno spartiacque funzionale che corre lungo l'intero procedimento»[4] e che rappresenta una garanzia per l'imputato, in quanto gli consente di scontrarsi con il pubblico ministero su un piano di assoluta parità.

A fondamento del principio di correlazione vi sarebbe, pertanto, l'esigenza di assicurare all'imputato la piena possibilità di difendersi in relazione a tutte le circostanze rilevanti del fatto oggetto dell'imputazione. Ciò vuol dire che «l'imputato non può essere giudicato e condannato per fatti relativamente ai quali non sia stato in grado di difendersi, fermo restando che la contestazione del fatto non deve essere ricercata solo nel capo di imputazione, ma deve essere vista con riferimento ad ogni altra integrazione dell'addebito che venga fatta nel corso del giudizio e sulla quale l'imputato sia stato posto in grado di proporre le sue deduzioni»[5].

Il principio di correlazione tra imputazione e decisione è considerato espressione del principio del contraddittorio, nella misura in cui mira a tutelare, in via principale, il diritto di difesa dell'imputato, impedendogli di essere condannato per un fatto non contestato ed in ordine al quale non ha avuto la possibilità di difendersi. Il diritto di difesa è considerato parametro di riferimento per individuare la violazione del principio di correlazione, soprattutto dalla giurisprudenza, la quale ha specificato che la correlazione, tra fatto contestato e fatto ritenuto in sentenza, «non deve essere intesa in senso meccanicistico e formale ma, conformemente al suo scopo e alla sua funzione, in senso realistico e sostanziale» e che, dunque, deve considerarsi rispettata «ogniqualvolta l'imputato sia stato, in concreto, in grado di difendersi compiutamente, e la puntualizzazione dell'originaria contestazione sia, comunque, avvenuta, pur se con atti diversi e successivi a quelli preposti a tal fine»[6].

Inoltre, si precisa che la non corrispondenza può incidere in termini pregiudizievoli sul principio di correlazione, non quando investa un qualsiasi elemento del fatto, ma solo quando attenga agli elementi essenziali della fattispecie, proprio perché soltanto questi, in quanto costitutivi del fatto-reato, risultano qualificanti[7]. Pertanto, effettiva violazione del principio di

---

(3) Vedi CORDERO, *Procedura penale*, cit., 462.

(4) Così, RAFARACI, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, Milano, 1996, 231.

(5) Testualmente Cass., sez. VI, 25 febbraio 2004, Faraci, in *Cass. pen.*, 2006, 194.

(6) In questo senso, Cass., sez. VI, 10 luglio 2000, D'Ambrosio, in *Giur. it.*, 2002, 141; analogamente Cass., sez. I, 15 aprile 1993, Ceraso, in *Cass. pen.*, 1994, 2194; Cass., sez. un., 19 giugno 1996, Di Francesco, in *Cass. pen.*, 1997, 360; Cass., sez. I, 3 giugno 1998, Sandolo, in *Guida al dir.*, 1998, n. 27, 125.

(7) V. Cass., sez. I, 6 febbraio 2007, Mangone, in *Mass. Uff.*, n. 236360.

correlazione tra accusa e sentenza può ravvisarsi solo qualora, tra il reato contestato, (inteso questo non solo come il capo di imputazione ma come ogni altra integrazione dell'addebito fatta nel corso del giudizio e rispetto alla quale l'imputato sia stato posto in grado di difendersi) ed il reato ritenuto in sentenza, vi sia un rapporto di «piena ed irriducibile alterità, senza una matrice di condotta unitaria»[8].

Il diritto alla contestazione dell'accusa, garanzia fondamentale ai fini dell'instaurazione del contraddittorio e del pieno esercizio del diritto di difesa, però, «non basta a spiegare la regola di correlazione», la quale ha un contenuto più ampio rispetto a quello che la giurisprudenza ha cercato di attribuirgli, ritenendo il principio rispettato ogni volta che l'imputato è stato messo nelle condizioni di difendersi[9]. Questa interpretazione, fortemente riduttiva, non consente di cogliere a pieno l'effettiva portata di tale principio[10], il quale assolve, sicuramente, una funzione garantista dei diritti dell'imputato, ma è posto anche a presidio di ulteriori, imprescindibili principi del nostro sistema processuale.

Se è vero, infatti, che la difesa presuppone necessariamente un'accusa, è anche vero che, «dove accusa non vi sia stata, di difesa non può neppure parlarsi, per cui una condanna sui fatti che non sono stati oggetto di accusa, viola innanzitutto quest'ultima, prima che la contestazione e la difesa»[11]. La mancata osservanza della correlazione tra accusa e sentenza implica, pertanto, in via immediata, una compressione delle garanzie di contestazione e del diritto di difesa, ma ciò solo nella misura in cui «l'una e l'altra garanzia si legano proprio e soltanto ai contenuti dell'accusa», perché è questa a segnare l'ambito della contestazione e della difesa, che restano, dunque, pregiudicate se un giudice assume in decisione fatti che l'accusa non ha rappresentato»[12].

2. A questo punto si pone il problema di operare una chiarificazione circa la distinzione tra fatto diverso e fatto nuovo, concetti richiamati, dalla difesa dell'imputato, nella sentenza in commento, per contestare la violazione del principio di correlazione. Non si tratta di una questione meramente terminologica o formale, ma sostanziale, considerando che l'emersione in udienza preliminare o in dibattimento di un fatto diverso ovvero di un fatto nuovo presuppone un comportamento diverso del pubblico ministero e, per contro, garanzie diverse per l'imputato. Maggiori nel secondo caso, essendo

---

(8) Cfr. Cass., sez. III, 2 febbraio 2005, Vignola, in *Mass. Uff.*, n. 231829.

(9) Così Rafaraci, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, cit., 219.

(10) Sul punto v. Rocchi, *Sul principio di correlazione tra accusa e sentenza nel prevalente orientamento della Corte di Cassazione*, in *Giur. it.*, 2002, 142.

(11) Per un maggiore approfondimento v. Rafaraci, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, cit., 218 ss.

(12) Rafaraci, *Le nuove contestazioni nel processi penale*, cit., 215.

necessario, per la contestazione del fatto nuovo, il consenso dell'imputato, nonché l'autorizzazione del giudice, garante, nella fase dibattimentale, della speditezza del procedimento. Nonostante la delicatezza del problema, il legislatore non si è preoccupato di segnare i confini del fatto nuovo e del fatto diverso, né di codificare criteri distintivi che fossero in grado di far da guida all'interprete[13].

Partendo dalla fonte, e dunque dalla Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale, si evince qualche dato maggiore. In essa, infatti, si precisa che per "fatto diverso" si deve intendere il fatto che muta, pur rimanendo inalterato nel suo nucleo essenziale, mentre le modifiche più radicali comportano la configurazione di un fatto nuovo[14]. Ancora una volta, «la differenza tracciata tra le due fattispecie si rivela evanescente», e desumibile solo a contrario: non è modifica la contestazione suppletiva, ma questo era già evidente dalla previsione di due distinte e diverse discipline per le ipotesi di emersione del fatto nuovo e del fatto diverso[15]. Si parla, dunque, di "nucleo essenziale" e di "modifiche più radicali" del fatto, ma non si specifica altro. Si pone , allora, il problema di chiarire se il fatto nuovo comprenda solo le ipotesi di emersione di un fatto ulteriore o se si possa parlare di novità anche con riferimento allo stesso fatto che, in seguito alle modifiche, diventa altro, nuovo rispetto a quello contestato *ab origine*, o ancora, di quali elementi si compone il «nucleo essenziale» del fatto e quanto «radicali» devono essere le sue variazioni affinché questo risulti nuovo o sia considerato, semplicemente, diverso.

A fronte del silenzio del legislatore, dottrina e giurisprudenza hanno cercato di rintracciare non senza difficoltà, le coordinate per orientarsi tra il fatto diverso e il fatto nuovo. Tutti d'accordo nel partire dal fatto, così come contestato *ab origine*, perché è solo avendo come parametro di riferimento tale fatto che si potrà dire se le risultanze processuali lo conducono verso la diversità o verso la novità. I risultati a cui si arriva, però, sono diversi.

Parte della dottrina risolve la questione sostenendo che l'affannosa ricerca di criteri distintivi tra fatto nuovo e fatto diverso neppure si pone dal momento che, il fatto nuovo, rispetto al quale si procede con le forme ordinarie, (salvo consenso dell'imputato e autorizzazione del giudice), è solo quello che si aggiunge a quello contestato *ab origine*[16]. Pertanto, fatto

---

(13) Sul punto, polemicamente, Li Vecchi, *Modifica dell'imputazione nel dibattimento: privilegiata l'accusa e vanificata la difesa*, in *Riv. pen.*, 1995, 547.

(14) Vedi, *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, in Conso-Grevi-Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura penale*, Padova, 1990, 1146 s.

(15) Cfr. Bene, *Diversità ontologiche e difformità di effetti delle «modificazioni della imputazione»*, in *Giur. it.*, 1995, 315.

(16) Sul punto Bruno, *Dubbi di costituzionalità in tema di fatto nuovo o diverso contestato in dibattimento e conseguenti poteri officiosi di iniziativa istruttoria*, in *Il*

nuovo è solo il fatto ulteriore; l'imputazione in tal caso non subisce una metamorfosi, ma un ampliamento.

Ciò si desume innanzitutto, dall'art. 518 c.p.p., il quale richiama l'art. 517 c.p.p., che prevede la contestazione suppletiva di un reato connesso, ai sensi dell'art. 12, comma 1, lett. b, c.p.p., o di una circostanza aggravante, mentre non fa nessun riferimento all'art. 516 c.p.p., che disciplina, invece, la contestazione del fatto diverso; sarebbe chiaro, dunque, da questa differenziazione, l'intenzione del legislatore di ricomprendere la contestazione del fatto nuovo tra le modifiche "aggiuntive". A sostegno ulteriore di tale ipotesi, si fa riferimento all'art. 423, comma 2, e all'art. 518 c.p.p., secondo cui il fatto è nuovo in quanto, non enunciato, rispettivamente, «nella richiesta di rinvio a giudizio» o «nel decreto che dispone il giudizio». Da ciò si desume che il fatto nuovo è quello cumulabile con il fatto contestabile originariamente, cioè un fatto che, se fosse emerso prima dell'emanazione di tali atti, sarebbe dovuto essere contenuto in essi, accanto a quello effettivamente enunciato[17]. Pertanto, il fatto, anche se non enunciato, sarebbe stato, in ogni caso, enunciabile, evenienza possibile solo se i due fatti fossero cumulabili. Inoltre, si rileva che a favore dell'interpretazione del fatto nuovo come fatto ulteriore, propende anche la Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale del 1988[18], in cui si precisa che la legge delega (l. 16 febbraio 1987, n. 81) non prevede la possibilità di contestare un fatto nuovo, (fuori dai casi di contestazione suppletiva) perché la nuova contestazione doveva essere «inerente ai fatti del giudizio» e nel concetto di modifica dell'imputazione non poteva «essere ricompresa l'aggiunta di ulteriori accuse»[19].

---

nuovo dir., I, 1992, 146, il quale afferma che «l'art. 518 c.p.p., rubricato fatto nuovo risultante dal dibattimento, disciplina l'ipotesi in cui, in detta fase, si manifesti a carico del reo un nuovo episodio - diverso e ulteriore - il quale va ad aggiungersi a quello già addebitatigli nel *corpus* dell'accusa»; ancora, V. Garofoli, *Istituzioni di diritto processuale penale*, Milano, 2006, 387, il quale precisa che il fatto nuovo è «un ulteriore fatto […] storicamente distinto da quello contestato» inizialmente. Analogamente, Lemmo, *Contestazione alternativa*, in *Enc. giur. Treccani*, VIII, Roma, 1989, 4, secondo il quale «per fatto nuovo, ai sensi dell'art. 518 c.p.p., deve intendersi un altro fatto storico - che si aggiunge a quello contestato - caratterizzato dalla sussistenza delle seguenti condizioni: a) sua attribuibilità all'imputato; b) mancata specificazione nell'imputazione dei suoi elementi essenziali; c) assenza di alcun rapporto di connessione a norma dell'art. 12, comma 1, lett. b, c.p.p.». In senso conforme a tale orientamento, Cass., sez. III, 14 ottobre 1983, De Sena, in *Cass. pen.*, 1985, 1883.

(17) In tal senso, Rafaraci, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, cit., 54.

(18) Per un maggiore approfondimento, Rebecchi, *La rimessione degli atti al p.m. per la diversità del fatto contestato fra vecchio e nuovo codice di procedura penale*, in *Cass. pen.*, 1990, 1770.

(19) Vedi, *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, cit., 1146 s.

La previsione codicistica di una disciplina diversa in relazione all'emersione del fatto nuovo, rispetto a quella prevista nell'ipotesi di «fatto che risulta diverso», autorizzerebbe a sostenere che l'intenzione del legislatore fosse quella di tenere distinte le due ipotesi di diversità e novità del fatto. La necessità del consenso dell'imputato alla nuova contestazione implica che si è di fronte non ad un fatto che, modificandosi, risulta diverso, ma di fronte ad un fatto del tutto nuovo e ulteriore, di cui non si ha traccia nella richiesta di rinvio a giudizio o nel decreto che dispone il giudizio che giustificherebbe, pertanto, una disciplina più garantistica.

L'art. 518 c.p.p. prevede, al comma 2, un'eccezione alla regola per cui in caso di fatto nuovo, si potrà procedere alla modifica nel processo *in itinere*, qualora vi sia il consenso dell'imputato e l'autorizzazione del giudice[20]. La regola è, dunque, un separato processo per il fatto nuovo, mentre il *simultaneus processus* è solo un'eccezione, pensata, «in vista dell'eventualità che possibili - e liberamente valutabili - convenienze dell'imputato si sposino con l'opportunità di una cognizione cumulativa»[21]. Sulla base di tale orientamento, che vede nel fatto nuovo solo il fatto cumulabile con quello inizialmente contestato, ogni variazione degli elementi del fatto determinerebbe, sempre e comunque, una sua diversità, a prescindere dall'entità della modifica e dagli elementi del fatto su cui essa ricade. Il fatto che si trasforma, anche fino al punto di sostituirsi al fatto inizialmente contestato, è sempre un fatto diverso.

Tale conclusione contrasta, però, con un principio cardine del nostro ordinamento: l'irretrattabilità dell'azione penale. Nel caso in cui il fatto subisca una modifica tale da sostituirsi all'originaria imputazione, infatti, sarebbe necessaria una formale assoluzione[22], dal momento che, una volta che è stata esercitata l'azione penale per un certo fatto, proprio per il principio dell'irretrattabilità, si pone in capo al giudice l'obbligo di decidere in relazione a quella (e non altra) fattispecie. L'accusa, dunque, non può essere semplicemente modificata perché ciò equivarrebbe ad una ritrattazione dell'azione penale, non possibile in quanto, fissando l'imputazione il *thema decidendum*, è necessario che «il processo si renda riconoscibile come indagine mirata su un episodio storico, la cui identità di fondo non può essere revocata», almeno prima che su questa si sia espresso il giudice[23].

---

[20] La quale viene concessa sulla base di presupposti diversi a seconda che ci si trovi in udienza preliminare o già in dibattimento.

[21] Sul punto Rafaraci, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, cit., 54, il quale rileva come «non si potrebbe parlare al plurale, "di procedimenti", se non si ipotizzassero possibili due distinti procedimenti per fatti distinti».

[22] In tal senso, Vecchi, *Modifica dell'imputazione nel dibattimento: privilegiata l'accusa e vanificata la difesa*, cit., 547, il quale precisa che, «quando il fatto nuovo non si aggiunge a quello originariamente contestato, ma lo sostituisce integralmente […] è indispensabile una formale assoluzione dall'imputazione originaria».

[23] Rafaraci, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, cit., 8.

Altra parte della dottrina, fortemente garantista dei diritti dell'imputato, rileva come la distinzione tra fatto nuovo e fatto diverso non sia risolvibile solo in termini di modifica o supplemento di contestazione, ma conduca ad un problema ben più complesso. Ci sono modifiche che non rendono il fatto semplicemente diverso, bensì talmente diverso da poter essere considerato un nuovo fatto. Per fatto nuovo non si intende solo il fatto ulteriore, ma anche fatto dai connotati radicalmente diversi rispetto a quello originariamente contestato[24]. Alla stregua di tale orientamento, dunque, la novità del fatto è comunque riconducibile al concetto di diversità: il fatto muta, mutano i suoi elementi, a seconda dell'entità di tali variazioni, il fatto risulta diverso o totalmente diverso dal punto di vista strutturale e, dunque, nuovo. Ogni variazione degli elementi costitutivi del fatto di reato determina, necessariamente, una sua modificazione, più o meno radicale, a seconda che investa gli elementi essenziali, che incidendo sull'esistenza stessa del fatto, ne determina la novità, oppure gli elementi non essenziali, determinandone semplicemente una diversità. L'elemento discriminante tra il fatto nuovo e il fatto diverso sarebbe dato, pertanto, dal mutamento dei connotati essenziali del fatto storico, avendo riguardo alle garanzie difensive. Si rimarrà, dunque, nell'ambito del fatto diverso quando, nonostante la modifica, rimane inalterato il nucleo del fatto stesso, per cui la differenza tra la diversità e la novità del fatto rispetto alla contestazione originaria «è correlata all'imputazione, ma riguarda l'ontologia, l'essenza stessa del fatto»[25]. A fronte di ciò, il fatto è diverso se gli elementi del reato sono già descritti nell'imputazione, «ma manca il *quid* che completa la situazione di fatto-reato così come si è verificata»; è nuovo, invece, quando gli elementi essenziali non sono contenuti nell'imputazione e, dunque, «manca la descrizione del fatto tipico»[26].

---

[24] Così Ceccaroni, *La contestazione alternativa tra vecchia giurisprudenza e nuovo codice*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999,1463.

[25] Vedi Bene, *Diversità ontologiche e difformità di effetti delle «modificazioni della imputazione»,* cit., 315. In senso contrario si è espressa la Corte d'appello Roma, 17 febbraio 1993, Di Fresco, in *Giur. it.*, 1995, 314, con nota di Bene, *Diversità ontologiche e difformità di effetti delle «modificazioni della imputazione»*, che rileva come elemento discriminante tra fatto diverso e fatto nuovo non sia la natura del fatto, ma il modo di conoscenza dello stesso da parte del pubblico ministero, laddove si afferma che, nell'ipotesi di modifica in udienza preliminare «affinché il Pubblico ministero possa procedere a modifica dell'imputazione senza che l'imputato presti il suo consenso alla relativa contestazione, è essenziale che […] il reato sia «emerso» esclusivamente nel corso dell'udienza. Qualora, invece, l'organo dell'accusa intenda contestare in udienza un reato […] per il quale, però, non aveva formulato imputazione, si versa in caso di fatto nuovo (in senso processuale), proprio perché lo stesso non era stato enunciato nella richiesta di rinvio a giudizio».

[26] Cfr. Bene, *Diversità ontologiche e difformità di effetti delle «modificazioni della imputazione»*, cit., 315.

La *ratio* della differente disciplina codicistica per la contestazione di un fatto diverso, ovvero di un fatto nuovo, sarebbe da ravvisare, quindi, nella diversa possibilità per l'imputato di difendersi. Maggiore nel primo caso, in quanto, nell'ipotesi in cui il fatto contenuto nell'imputazione originaria (è già noto all'imputato) rimanga invariato nel suo nucleo essenziale, «la piattaforma difensiva e probatoria non viene *in toto* alterata dall'ulteriore contestazione, mentre, nell'ipotesi in cui la modifica fosse tale da alterare completamente la fisionomia del fatto inizialmente contestato, l'imputato potrebbe trovarsi impreparato a difendersi in relazione a tale fatto nuovo e, dunque, in grave svantaggio, dal punto di vista processuale, rispetto all'accusa; ciò spiega la necessità di procedere con le forme ordinarie, «a meno che non intervengano richieste e consenso delle parti a sanare il vizio di iniziativa e la potenziale violazione del contraddittorio - difesa»[27]. Pertanto, se l'imputazione è completa e nel corso del procedimento emerge soltanto la necessità di adattare l'accusa alla situazione di fatto così come si è realizzata, senza alterare il complesso degli elementi che integrano il reato dal punto di vista giuridico, è possibile procedere alla modifica indipendentemente dalla volontà dell'imputato; quando, invece, dalle risultanze processuali emerge un fatto totalmente alterato nei suoi elementi essenziali rispetto a quello contestato originariamente, in modo tale da rendere la contestazione del *novum* inattesa, il pubblico ministero necessita del consenso dell'imputato per agire nel processo già in corso.

Nella stessa direzione sembra andare la giurisprudenza, che ha precisato che il fatto diverso non è solo «un fatto storico che integri una diversa imputazione restando invariato», per cui a mutare è solo la qualificazione giuridica[28], «ma anche un fatto che abbia connotati materiali difformi da quelli descritti nel decreto che dispone il giudizio»; il fatto nuovo, invece, «concerne un accadimento del tutto difforme per le modalità dell'azione o per l'evento, ovvero, del tutto diverso da quello contestato»[29]. Alla stregua

---

[27] Bene, *Diversità ontologiche e difformità di effetti elle «modificazioni della imputazione»*, cit., 316.

[28] Rimanendo invariato il fatto storico, non si pongono problemi in relazione al principio della correlazione tra imputazione e sentenza. L'art. 521, comma 1, c.p.p. precisa che «nella sentenza il giudice può dare al fatto una definizione giuridica diversa da quella enunciata nell'imputazione»; potendolo fare il giudice in sentenza, nulla osta che il pubblico ministero proceda nello stesso modo nel corso del procedimento nel caso in cui si accorga che aveva attribuito al fatto un *nomen iuris* che non gli era proprio. «In tale evenienza non si dovrebbe parlare di diversità del fatto, ma soltanto di diversa qualificazione giuridica», così, Calamandrei, *Diversità del fatto e modifica dell'imputazione nel codice di procedura penale del 1988*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 642.

[29] Sull'argomento, Cass., sez. III, 23 aprile 1994, Mangiapia, in *Arch. n. proc. pen.*, 1994, 521, in cui si evidenzia che già sulla base della normativa anteriore per fatto diverso occorreva intendere quello che non comporta una modificazione rilevan-

di ciò, pertanto, il fatto è diverso quando muta la qualificazione giuridica o quando il mutamento, pur investendo il fatto storico, inteso come accadimento naturalistico, è tale da richiedere soltanto «una puntualizzazione nella ricostruzione degli elementi essenziali del reato»; qualora invece, si rinvengano «accuse in nessun modo rintracciabili» nell'imputazione originaria, si è di fronte ad un fatto nuovo che richiede il consenso dell'imputato[30]. Anche tale orientamento, che pone alla base della distinzione tra il fatto nuovo e il fatto diverso il differente atteggiarsi dell'esercizio del diritto di difesa dell'imputato, a seconda che mutino o restino invariati gli elementi essenziali del fatto, finisce per non assicurare a pieno le garanzie difensive, sconfessando, di fatto, il presupposto da cui si era partiti, perché «anche modifiche parziali possono trasformare totalmente il fatto originariamente contestato»[31].

Secondo altra parte della dottrina, pertanto, anche le modificazioni di quelli che vengono definiti "elementi circostanziali" e non essenziali del fatto, come i riferimenti spazio-temporali, possono incidere, anche pesantemente, sui diritti difensivi[32]. È necessario, infatti, assicurare all'imputato «la piena possibilità di difendersi in rapporto a tutte le circostanze rilevanti del fatto che è oggetto dell'accusa»[33]; non si può dire a *priori* che solo il mutamento dei connotati essenziali che identificano gli elementi costitutivi del reato rende nuovo il fatto, perché è solo avendo riguardo, in concreto, alle possibilità difensive dell'imputato, in relazione a tutti gli elementi della fattispecie, che si potrà effettivamente dire se il fatto è nuovo o diverso. Solo abbandonando gli schemi classificatori mutuati dal diritto penale sostanziale, che pretendono di incasellare gli elementi del fatto in essenziali e non essenziali, e solo considerando il fatto in senso processuale, come una

---

te della pretesa punitiva, ma una specificazione, mentre fatto nuovo era considerato quello del tutto difforme»; a maggior ragione, dovranno intendersi, oggi, in tal modo il fatto nuovo e il fatto diverso, dal momento che con il codice del 1988 «sono state ulteriormente ridotte rispetto al codice previgente le ipotesi di retrocessione del giudizio ed è stato attribuito alle parti un considerevole potere di disposizione nel caso di fatti nuovi non legati a quello oggetto del giudizio».

[30] Cfr. Cass., sez. V, 26 agosto 1998, Capano, in *Cass. pen.*, 1999, 3159, in cui si precisa che «il complesso delle disposizioni che regolano il regime delle nuove contestazioni […] mira allo scopo di assicurare il contraddittorio sul contenuto sostanziale dell'accusa e, quindi, a garantire il pieno esercizio del diritto di difesa dell'imputato», per cui, «non si configura violazione al riguardo quando la modifica, rispetto all'accusa originaria, non abbia in alcun modo menomato la possibilità di difesa».

[31] Cfr. Li Vecchi, *Modifica dell'imputazione nel dibattimento: privilegiata l'accusa e vanificata la difesa*, cit., 547.

[32] Sul punto, Gianniti, *Rilievi sul "fatto" nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 411, precisa che affinché l'imputato sia posto in condizione di difendersi, «è necessario fargli conoscere il fatto concreto che si ritiene da lui commesso, precisato nelle sue modalità di tempo e di luogo».

[33] Vedi Fanuli, *Stesso fatto-fatto diverso e prescrizione del reato*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1999, 391.

fattispecie autonoma rispetto alla nozione di fatto elaborata dai teorici del diritto, si potranno rintracciare criteri distintivi del fatto nuovo e del fatto diverso[34]. L'unica via per orientarsi sembrerebbe quella di valutare caso per caso, avendo come punto di riferimento la garanzia dell'imputato[35].

3. Si pone il problema di stabilire quando il fatto può considerarsi diverso rispetto a quello prospettato dall'accusa e quando, tale diversità, violando il principio di correlazione tra imputazione e decisione, legittima il giudice ad emanare l'ordinanza *ex* art. 521, comma 2, c.p.p. Tale articolo dispone che ci sarà la trasmissione degli atti al pubblico ministero ogni volta che, dalle risultanze processuali, emergerà che il fatto-accadimento storico ha avuto uno svolgimento diverso rispetto a quello prospettato dal pubblico ministero nell'imputazione originaria, o rispetto a quello formulato *in itinere*, ricorrendo alle norme che gli consentono la variazione dell'addebito[36]. Se si accerta che il fatto è diverso, l'ipotesi accusatoria viene smentita dalle risultanze processuali, le quali, apportando «nuovi dati conoscitivi, così incidenti sull'originario *thema decidendum* da negarlo, da un lato, e da trasformarlo, dall'altro», portano a concludere che «un fatto penalmente rilevante si è compiuto, ma non ha i caratteri che, fino ad ora, si era presunto che avesse», per cui diviene necessario ricominciare da capo[37].

---

[34] Sul punto vedi, Bitonto, *Richiesta di rinvio a giudizio con capi di imputazione generici*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 1022, il quale afferma che, mentre la nozione di fatto propria del diritto penale sostanziale comprende solo «le note descrittive previste dal modello legale della fattispecie incriminatrice (azione od omissione, rapporto causale, evento, condizione di punibilità, dolo o colpa)», la nozione di fatto in senso processuale comprende, oltre a queste, «quelle altre (di per sé giuridicamente irrilevanti) il cui accertamento rappresenta un passaggio obbligato dell'indagine intesa a cogliere l'avvenimento nella sua tipicità storica: tempo, luogo, strumento, oggetto materiale e proiezione soggettiva della condotta». In senso contrario, Gianniti, *Rilievi sul "fatto" nel processo penale*, cit., 410, il quale precisa che «il concetto di "fatto" nel diritto penale sostanziale e in quello processuale è ontologicamente identico».

[35] In tal senso, Li Vecchi, *Modifica dell'imputazione nel dibattimento: privilegiata l'accusa e vanificata la difesa*, cit., 547, egli sottolinea come «una precisa distinzione tra le due ipotesi [di fatto nuovo e fatto diverso] non è sempre possibile» e che, comunque, si tratta di «una linea di demarcazione convenzionale da riscontrare caso per caso». In senso contrario, Perchinunno, *Imputazione*, in *Enc. giur. Treccani*, XVI, Roma, 1989, 3, il quale rileva che una valutazione «caso per caso», è «empiricamente condizionata dalla struttura materiale del singolo avvenimento storico, senza considerare l'esigenza di un criterio unitario di valutazione alla stregua degli elementi costitutivi della fattispecie penale».

[36] In proposito, Cordero, *Procedura penale*, cit., 463, il quale afferma che «la trasmissione degli atti ci sarà tanto nel caso che il pubblico ministero sia rimasto inattivo di fronte alla diversità del fatto, quanto nel caso abbia modificato erroneamente la contestazione».

[37] Sul punto Di Nicola, *Un principio cardine del processo penale: la correlazione tra fatto contestato e fatto ritenuto in sentenza*, in *Cass. pen.*, 1997, 2198.

Al di là delle dispute sull'essenzialità o l'accessorietà degli elementi caratterizzanti il fatto storico, la giurisprudenza prevalente tende a dar rilievo al diritto di difesa dell'imputato quale parametro per valutare l'eventuale violazione del principio di correlazione, sostenendo che la diversità, ai fini dell'art. 521, comma 2, c.p.p., tra fatto contestato e fatto giudicato, deve essere accertata non attraverso «un pedissequo mero confronto puramente letterale tra imputazione e sentenza», ma attraverso una valutazione sulle possibilità concrete che l'imputato ha avuto di difendersi in ordine all'imputazione originaria…»[38].

Alla stregua di tale orientamento, che vede il diritto di difesa come *ratio* del principio di correlazione, non rileva tanto, o almeno non rileva soltanto, la circostanza che il fatto ritenuto in sentenza abbia connotati materiali difformi rispetto a quello contestato, quanto la circostanza che l'imputato sia stato messo nelle condizioni di difendersi in rapporto ad essi. Ebbene, nel caso di specie è evidente che la condotta individuata dall'art. 600 *quater* c.p., consiste nel "consapevolmente procurarsi o disporre di materiale pedo-pornografico". A ben guardare individua due condotte alternative e strettamente connesse tra loro, in quanto, procurarsi significa acquisire la disponibilità fisica del materiale, per cui se nell'imputazione viene contestata l'acquisizione del materiale pedo-pornografico, e la sentenza si conclude con l'affermazione della responsabilità dell'imputato in relazione alla condotta di detenzione dello stesso, non potrà dirsi violato il principio di correlazione. Infatti, l'imputato, in virtù della stretta connessione tra le due condotte, ha avuto comunque la possibilità di difendersi anche in relazione alla contestazione del "possesso", trattandosi di due comportamenti, che non sono tra loro "in rapporto di piena ed irriducibile alterità". Pertanto, nel caso in esame, il mero possesso non può qualificarsi come "fatto nuovo" o "fatto diverso" rispetto all'acquisizione, tanto da poter affermare la violazione dell'art. 516, 518, 522 c.p.p.

Considerando proprio il diritto di difesa dell'imputato come elemento idoneo ad individuare le ipotesi di violazione del principio di correlazione, la giurisprudenza ha individuato tre criteri per guidare l'interprete nella valutazione dell'esistenza di una diversità strutturale del fatto giudicato rispetto a quello contestato. Uno di tali criteri è quello della continenza, alla stregua del quale può dirsi esistente una violazione del principio di correlazione quando la decisione riguarda una fattispecie più ampia rispetto a quella imputata, tale per cui gli elementi differenziali emersi comportino un aggravio degli elementi della fattispecie originariamente contestata[39].

---

[38] Cfr. Cass., sez. un., 19 giugno 1996, Di Francesco, cit., 360; analogamente Cass., sez. II, 19 novembre 1999, Cameli, in *Cass. pen.*, 2001, 595.

[39] In tal senso, Cass., sez. VI, 26 settembre 1996, Martina, in *Cass. pen.*, 1997, 2192; *contra* Cass., sez. VI, 13 febbraio 1998, Magro, in *Cass. pen.*, 1998, 1177, precisa che non si può parlare di diversità del fatto quando «l'imputazione venga

Un altro criterio elaborato per individuare la diversità del fatto rilevante ai fini dell'applicazione dell'art. 521, comma 2, c.p.p., fa riferimento alla mutazione radicale della fattispecie nei suoi elementi essenziali, per cui non può parlarsi di diversità del fatto quando cambiano solo in alcuni dettagli le modalità di realizzazione della condotta[40]. Un ulteriore criterio, sussidiario rispetto a questo, ma ugualmente attinente ad una valutazione sulla struttura del reato, è quello dell'eterogeneità-incompatibilità tra fatto contestato e fatto giudicato, per cui il fatto ritenuto in sentenza è tale da determinare una vera e propria trasformazione, sostituzione o variazione dei contenuti dell'addebito ritualmente contestato[41].

Al di là, dunque, del sistema adottato in concreto per individuare la violazione del principio di correlazione, il comune denominatore dei diversi orientamenti giurisprudenziali sembra essere proprio la possibilità concreta che l'imputato ha avuto di difendersi in ordine al fatto che è oggetto di decisione; dal momento che, però, il fondamento del principio di correlazione non è posto solo a tutela del diritto di difesa, inteso quale diritto alla contestazione e diritto di difendersi "provando", ma anche a presidio del corretto esercizio dell'azione penale, il giudice dovrà valutare anche le incidenze che una pronuncia di merito sul fatto determinerà sulle future scelte dell'organo accusatorio, in capo al quale rimarranno le scelte relative ad un eventuale nuovo procedimento per il fatto che il giudice ha ritenuto diverso[42].

---

precisata, o integrata, con le risultanze degli interrogatori o degli altri atti acquisiti al processo, alla cui assunzione abbia partecipato la difesa dell'imputato, sempre che tali integrazioni non incidano sugli elementi costitutivi del reato formalmente contestato».

[40] Così Cass., sez. I, 14 aprile 1999, Iacovone, in *Cass. pen.*, 2000, 2372; analogamente Cass., sez. I, 27 ottobre 1997, Carelli, in *Cass. pen.*, 1998, 2632; Cass., sez. II, 7 marzo 1997, D'Elia, in *Guida al dir.*, 1997, n. 33, 71.

[41] Sul punto, Gianniti, *Rilievi sul "fatto" nel processo penale*, cit., 415, il quale chiarisce che «si ha diversità del fatto non soltanto quando risulti modificato un qualsiasi elemento costitutivo della fattispecie legale, ma anche quando risulti modificato un qualsiasi elemento (o particolarità) della fattispecie giudiziale, che può essere sia una circostanza di modo di tempo o di luogo non descritta nella fattispecie legale, ma rilevante ai fini della decisione».

[42] A riguardo, Dean, *Brevi note su un caso di nullità della sentenza per difetto di contestazione*, in *Cass. pen.*, 1995, 367, che puntualizza che il concetto di "diversità del fatto", rilevante ai fini della trasmissione degli atti al pubblico ministero, deve essere valutato «alla stregua di un criterio obiettivo», cioè, «a prescindere da quel metodo diagnostico di matrice giurisprudenziale che, commisurando la rilevanza processuale della *mutatio libelli* all'eventuale pregiudizio arrecato al diritto di difesa, ha da sempre rappresentato la più ingombrante delle complicazioni, oltre che un'esca a non innocui fraintendimenti». Vedi anche Gianniti, *Rilievi sul "fatto" nel processo penale*, cit., 423, che precisa come l'orientamento giurisprudenziale che individua nella concreta possibilità di difesa dell'imputato il criterio guida per rilevare la diversità del fatto e, dunque, la violazione del criterio di correlazione,

4. L'art. 522 c.p.p. sanziona con la nullità l'inosservanza delle disposizioni che regolano il Capo IV, Titolo II, Libro VII, cioè delle disposizioni relative alle nuove contestazioni. Si può parlare di una norma di portata generale che comprende sia la ritualità del procedimento di nuova contestazione, sia il rispetto della regola di correlazione tra imputazione e sentenza[43], palesando l'esigenza che la puntuale osservanza delle attività prescritte dagli artt. 516-520 c.p.p. non determini «intervalli di garanzia»[44]. Il legislatore, però, non ha provveduto a specificare né il tipo di nullità che colpisce la sentenza, né le violazioni che la determinano in concreto, lasciando tale compito all'interprete. Nemmeno possono essere invocati gli artt. 521 e 604 c.p.p., «che si limitano a regolare un aspetto di tale regime, cioè quello afferente la regressione del processo, là dove individuare il tipo di nullità consentirebbe di individuare il termine ultimo per la rilevazione del vizio»[45].

Vi sarà un vizio che inficia la decisione ogni volta che non vengano rispettate le garanzie difensive, dell'imputato o delle altre parti, sia sotto il profilo della contestazione, che sotto il profilo del diritto di difesa in senso stretto. Rilevante, a tal fine, sarà la violazione del principio di correlazione tra imputazione e decisione, per cui la sentenza risulterà viziata ogni volta che cadrà su un fatto che non è stato contestato, considerando che, in tale evenienza, il giudice verrebbe meno al dovere di non pronunciarsi su un fatto diverso da quello imputato e contestato, con conseguente pregiudizio del diritto di difesa dell'imputato, il quale si vedrebbe chiamato a rispondere di un fatto rispetto al quale non ha avuto la possibilità di difendersi. Pertanto, la regola di correlazione risponde all'esigenza di «garantire il contraddittorio nel senso più pieno, quale si realizza se l'imputato, essendo animato

---

«può essere condiviso ma ha bisogno di precisazioni»: la violazione di tale principio non può essere invocata dalla parte che non ha interesse alla disposizione violata e ciò «si verifica indubbiamente nei casi in cui il mutamento dell'ipotesi storica è irrilevante, in quanto è stato garantito il diritto al contraddittorio di tutte le parti riguardo agli elementi essenziali dell'ipotesi storica formulata; ovvero nei casi in cui sebbene il mutamento dell'ipotesi storica abbia formato soltanto implicitamente oggetto di contestazione in giudizio, l'imputato ha avuto la possibilità di difendersi […] sul fatto diverso».

(43) Per un maggiore approfondimento, Allegrezza, *Precocità delle nuova contestazioni in dibattimento: mera irregolarità o causa di invalidità?*, in *Cass. pen.*, 2000, 333, precisa che l'art. 522 c.p.p. non configura una «nullità *ad hoc* per l'istituto delle nuova contestazioni, diretta a colmare un apparente vuoto di tutela», ma è una norma che «amplifica la portata della garanzia già esistente, avvicinando topograficamente la sanzione all'istituto che ne è oggetto», dal momento che ribadisce semplicemente una tutela già prevista in sede di nullità di ordine generale, «posto che le possibili violazioni sono in larga parte riconducibili alle lettere b e/o c dell'art. 178 c.p.p.».

(44) Locuzione propria di Rafaraci, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, cit., 377.

(45) Cfr. Di Palma, *Correlazione tra accusa sentenza e giudizio d'appello*, in *Cass. pen.*, 2000, 1293.

dall'attore fin dalla compiuta introduzione dei temi che dovranno costituire oggetto del giudizio, stimola specularmente l'iniziativa di contrasto della difesa e assicura, con ciò stesso, terzietà alla funzione giurisdizionale»[46].

Nell'eventualità che il giudice accerti una diversità del fatto, e che i risultati probatori acquisiti nel corso del procedimento portino a sconfessare l'ipotesi accusatoria formulata dal pubblico ministero *ab initio* o a seguito delle nuove contestazioni, il giudice, ai sensi dell'art. 521, comma 2, c.p.p., deve trasmettergli gli atti; qualora non vi provveda, la sentenza, emessa nonostante il limite imposto dal principio di correlazione al potere decisorio, sarà affetta da nullità.

Tuttavia, è assai improbabile che il giudice si pronunci su un capo di imputazione che non è mai stato oggetto di contestazione nel corso del procedimento[47]. Assai più probabile è la circostanza che emetta una sentenza che sconfini dai limiti della "definizione giuridica diversa", consentita dall'art. 521, comma 1, c.p.p., incidendo esclusivamente sul *nomen iuris* del reato, senza intaccare il fatto quale accadimento naturalistico. Può accadere, dunque, che emetta una sentenza di condanna per un fatto diverso, che il pubblico ministero non aveva né previsto, né contestato e, dunque, decidendo *ultra petitia*, con palese violazione del principio *nemo iudex sine actore*, nonché dei diritti dell'imputato[48].

La nullità della sentenza di primo grado per violazione del principio di correlazione tra imputazione e decisione (art. 522 c.p.p.) può essere rilevata in sede d'appello. La materia è disciplinata dall'art. 604 c.p.p., che prende in considerazione le ipotesi di una condanna per un fatto diverso (comma 1), per una circostanza aggravante non imputata (comma 1 e 2), per un reato concorrente o un fatto nuovo non imputati (comma 3). Nell'eventualità che il giudice di primo grado abbia emesso una sentenza di condanna su un fatto diverso rispetto a quello oggetto dell'imputazione originaria o quale risulta

---

(46) Testualmente Rafaraci, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, cit., 414.

(47) Sul punto vedi, Dean, *Brevi note su un caso di nullità della sentenza per difetto di contestazione*, cit., 366, il quale spiega che la possibilità che il giudice si pronunci su un capo di imputazione non contestato è un'ipotesi assai remota «sia perché si tratterebbe di una violazione delle regole processuali, talmente grossolana da non poter seriamente ambire ad una verifica empirica, sia perché l'esistenza di una norma […] interamente dedicata alla disciplina del «fatto nuovo risultante dal dibattimento», dovrebbe costituire un idoneo presidio precettivo contro il pericolo di sconfinamenti funzionali da parte dell'organo giudicante».

(48) Vedi, Marini, *Art. 522*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di M. Chiavario, cit., 481; Di Palma, *Correlazione tra accusa e sentenza e giudizio d'appello,* cit., 1293, che rileva come l'ipotesi che il giudice si pronunci su un capo di imputazione ulteriore e mai contestato «non pare riconducibile al difetto di correlazione in senso stretto, ma piuttosto collocabile nell'ambito di quello che può essere definito vizio di ultrapetizione».

a seguito delle variazioni apportate *in itinere*, l'art. 604, comma 1, c.p.p. prescrive che il giudice di appello dichiari in tutto o in parte la nullità della sentenza appellata e disponga la trasmissione degli atti al giudice di primo grado. Il processo di primo grado, tuttavia, *ex* art. 604, comma 8, c.p.p., si svolgerà dinnanzi ad un altro giudice, dovendosi ritenere ormai compromessa l'imparzialità del giudice che ha emesso la prima sentenza [49].

Rilevata, dunque, la nullità della sentenza in appello, perché emessa su un fatto diverso rispetto a quello contenuto in accusa, il processo regredisce e si aprono diverse possibilità: il pubblico ministero può modificare l'imputazione avvalendosi del potere conferitogli dall'art. 516 c.p.p., o può lasciarla inalterata; ancora, può accadere che il giudice emetta una sentenza correttamente riferita ai termini dell'accusa o trasmetta gli atti al pubblico ministero.

L'art. 604, comma 1, c.p.p., che persegue esigenze di economia processuale e di conservazione degli atti giuridici, prevede che la nullità colpisca in tutto o in parte la sentenza, lasciando spazio, dunque, alla possibilità di mantenere la parte non viziata e avvallando l'interpretazione che vuole che l'omissione dell'art. 522, comma 2, c.p.p., circa il fatto diverso, non sia tale da far ritenere che l'intera sentenza venga travolta a causa della nullità di alcune sue parti [50].

Qualora il mancato rispetto del principio di correlazione tra fatto imputato e fatto ritenuto in sentenza non venga rilevato o censurato in sede d'appello, o ancora nell'eventualità che il vizio di correlazione si determini proprio nel giudizio di secondo grado, la rilevazione della nullità della sentenza è rimessa al giudizio di cassazione. In base al disposto dell'art. 620 c.p.p. la Corte di Cassazione pronuncia sentenza senza rinvio se la sentenza è nulla a norma e nei limiti dell'art. 522 c.p.p. in relazione ad un reato concorrente o in relazione ad un fatto nuovo; in tal caso provvederà a dare comunicazione al pubblico ministero per le sue determinazioni. La Corte di cassazione, dunque, provvede con «un intervento avente natura ed effetti analoghi a quelli del mancato intervento repressivo del giudice d'appello»: annullamento parziale della sentenza e chiusura del processo relativamente al reato concorrente e al fatto nuovo, con notizia al pubblico ministero perché promuova una nuova azione penale [51].

L'art. 623, lett. b, c.p.p., disciplina l'ipotesi in cui non sia stato rilevato in appello il vizio di correlazione, con riferimento al fatto diverso o ad una

---

[49] Sull'argomento vedi, Cass., sez. un., 6 dicembre 1991, Paglini, in *Cass. pen.*, 1992, 1484, in cui si precisa che la sentenza di annullamento emessa dal giudice d'appello ha «natura squisitamente processuale». Per un maggiore approfondimento dell'istituto della rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello, vedi, MAZZARRA, *La rinnovazione del dibattimento in appello*, Padova, 1995, *passim*.

[50] Cfr. MARINI, *Art. 522*, cit., 482.

[51] Così RAFARACI, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, cit., 446.

circostanza autonoma o ad effetto speciale, censurabili in secondo grado ai sensi dell'art. 604, comma1, c.p.p. e prevede che la Corte di cassazione pronunci sentenza di annullamento, con trasmissione degli atti al giudice di primo grado. Qualora, invece, il vizio che inficia la sentenza si determina proprio in appello, la logica richiederebbe il rinvio al giudice d'appello, dato che il vizio si è prodotto nel relativo giudizio, ma a ben guardare tale soluzione sarebbe illogica. Laddove, infatti, la sentenza viziata fosse conforme al risultato dell'accertamento, il giudice d'appello dovrebbe, a sua volta, trasmettere gli atti al giudice di primo grado a norma dell'art. 604, comma 1, c.p.p., per cui «la soluzione più economica sembrerebbe essere quella della regressione del processo fino al giudizio di primo grado»[52].

LARA GRECO

[52] Cfr. RAFARACI, Le nuove contestazioni nel processo penale, cit., 454.

CORTE D'ASSISE DI PERUGIA – 24 novembre 2007 – *Est.* Ricciarelli – D.

Delitti contro la persona – Omicidio – Distinzione tra dolo diretto e dolo eventuale – Configurabilità del dolo diretto, in subordine del dolo eventuale (c.p., artt. 43, comma 1, 575).

Delitti contro la persona – Omicidio – Reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti – Assenza di volontà dell'evento pur nella forma del dolo eventuale – Rappresentazione dell'evento diverso come sviluppo logicamente prevedibile della condotta concordata – Configurabilità (c.p., artt. 116, 575).

La demarcazione tra dolo diretto e dolo eventuale, quale titolo di imputazione soggettiva del fatto omicidiario, si descrive sulla linea del distinguo tra considerazione dell'evento morte come altamente probabile ed accettazione del rischio di un simile risultato. Si deve pertanto verificare se la dinamica circostanziata della vicenda (nel caso politraumatismo arrecato a tutto il corpo di una piccola esile bimba) esprima la consapevolezza della probabilità qualificata dell'evento, che per questo finisce per essere voluto, o, in subordine, non lasci dubitare della piena accettazione del rischio di un evento che a quel punto si ritiene possibile (1).

L'ipotesi del concorso anomalo ex *art. 116 c.p. postula una duplicità di condizioni, cioè che l'agente non abbia voluto neppure nella forma del dolo alternativo o eventuale il delitto posto in essere dal compartecipe e che tuttavia l'evento diverso e più grave rappresenti, sulla base della valutazione di un soggetto dotato di normale intelligenza e cultura, uno sviluppo logicamente prevedibile, quale possibile conseguenza della condotta concordata, in assenza di fattori accidentali ed eccezionali* (2).

(*Omissis*). **Presentazione della vicenda e storia dei protagonisti**

2 - Un mistero si nasconde nel cuore degli uomini e spesso ne avvolge i pensieri e le azioni.

Per alcuni questo mistero ha una dimensione e perfino un nome, per altri conta solo il bene o il male che ne sia derivato.

Questo processo tratta di un mistero: di un mistero che ha prodotto il male, il male assoluto.

3 - Un dramma improvviso, uno squarcio di vita che si mette di traverso e sconvolge una tranquilla cittadina di provincia.

Sono passate da poco le 13 del 5 aprile 2004 quando un uomo alla guida di una Alfa 147 fa ingresso nella camera calda del Pronto Soccorso dell'Ospedale di Città di Castello: è G.G., il quale preleva dal sedile posteriore la piccola M.Ge., che non dà segni di vita, e la consegna ad un'infermiera dicendo "Ha vomitato, eccola".

4 - G.G., nato a Sansepolcro e poco più che trentenne, è un uomo alto e robusto, che nella vita si è fatto largo, non rinunciando mai a divertirsi.

Da qualche tempo conduce una piccola attività imprenditoriale specializzata in rivestimenti e pavimentazioni all'insegna P., alle cui dipendenze lavorano pochi operai.

Vive a Sansepolcro con la madre in un ampio appartamento e suole frequentare il solito gruppo di amici, che incontra al bar e con i quali qualche volta si è recato anche all'estero in cerca di avventure.

In campo sentimentale si mostra riservato, anche se usa modi accattivanti, destinati a far presa sulle donne, con le quali tratta in modo disinvolto.

A quanto pare non disdegna avventure, soprattutto con donne più mature, anche se mostra di non aver troppa considerazione delle donne in generale.

In realtà da molti anni egli intrattiene una relazione importante con M.S., chiamata Gl., che fino alla seconda metà degli anni '90 aveva gestito il bar C.C. di Sansepolcro: la donna, sposata con un figlio, vive con difficoltà questa storia, che pur tra alti e bassi, porta avanti in modo

sempre più convinto, a mano a mano che il rapporto con il marito diventa un mero simulacro formale a tutela del ragazzo.

Almeno da un paio d'anni il G. ha preso in affitto un appartamento in Città di Castello, via A. 13, all'interno di una palazzina di proprietà di O.M., appartamento che egli utilizza per i suoi incontri amorosi con la M.

Peraltro, non avendo fatto mistero dell'esistenza di tale dimora, egli non disdegna di prestarlo ad alcuni suoi amici, in particolare D.V., interessato ad un luogo riservato per condurvi un'amica del momento.

Il G., come detto, aperto e gioviale, suole condurre una vita apparentemente spensierata, fatta di lavoro, di amici e di incontri con la sua donna.

Si apprenderà che in fatto di sesso egli ha preferenza per situazioni artefatte ed eccitanti, nelle quali la sua donna indossa dei costumi da bagno o piccanti grembiulini da cameriera.

Si apprenderà altresì che sotto il profilo finanziario il momento non è dei migliori, in quanto da circa un mese si trova in difficoltà ed è stato costretto a chiedere in prestito una somma a sua madre, alla fine convinta a dargliela dietro promessa di una pronta restituzione, che peraltro non è ancora per intero avvenuta.

5 - M.Ge. invece è nata il 4-9-2001 ed è figlia di Mas.Ge. e di T. D.

I genitori sono originari della Puglia, dove hanno lasciato il resto della famiglia.

Essi si sono conosciuti negli anni '90 e si sono infine sposati nonostante le resistenze della famiglia di lei, residente a Latiano (Brindisi).

Mas.Ge. è uomo esile ma buon lavoratore, che in Puglia dispone di un lavoro stabile e in regola, per quanto modestamente remunerato.

T.D. a sua volta svolge attività lavorativa, che dopo qualche tempo interrompe.

La coppia all'inizio vive in un appartamento in affitto e poi viene ospitata dai genitori di lei.

La D. per difficoltà forse imputabili al Ge. non riesce a avere figli.

Ma è il letto di mamma che propizia l'evento.

Nasce dunque la bimba, che viene chiamata M.

I rapporti tra le famiglie sono in chiaro-scuro.

Ed in effetti dopo la nascita di M. la coppia decide di trasferirsi ad Erchie dai genitori paterni, che sembrano disporre di maggiore spazio.

L'intesa è che la mamma del Ge. aiuti T. allorché costei deve recarsi al lavoro.

Ma poi le cose vanno diversamente e la coppia se ne ritorna dai genitori materni.

I due sanno di poter disporre in prospettiva di un ampio appartamento, frutto di un lascito: occorrono peraltro dei lavori per rimetterlo a posto, cosicché i due chiedono ed ottengono anche un mutuo.

Ma poi subentrano grossi problemi di altra natura.

6 - T.D. conduce nella sua mente una sorta di vita parallela, irrequieta e ondivaga.

Indulge a sognare scenari del tutto diversi e cerca talvolta di materializzarli, peraltro scegliendo a caso personaggi dall'incerto lignaggio.

M. ha poco più di un anno, quando la D. attraverso una trasmissione radiofonica divulga il proprio nome e numero telefonico in cerca di nuove conoscenze (*Omissis*).

È la fine di giugno del 2003.

La coppia porta con sé la figlia e poche cose e giunge a San Giustino, ospite del cugino di lui.

Ma la permanenza sarà breve.

(*Omissis*). Il Ge. si trova praticamente senza lavoro e senza casa e chiede aiuto alla cugina P.G., che li indirizza in località Capanne di San Giustino, dove la famiglia si sistema in un piccolo appartamento di due stanze, preso in affitto.

(*Omissis*). In tale frangente, tramite un terzo soggetto, il Ge. e la D. entrano in contatto con il titolare di una piccola impresa che opera nel settore dell'edilizia: si tratta di G.G., il quale accetta di assumere in prova e in nero il Ge., ripromettendosi di regolarizzare l'assunzione a breve (*Omissis*).

10 - Si manifesta in tale periodo l'atteggiamento tutt'altro che attento della D. nei confronti di M., la quale a detta di P.G. (ma anche delle testi C., M. e B.) subisce quotidianamente la musica ad alto volume impostale dalla madre, veste solo un pannolino e una maglia lunga alle ginocchia, va in giro scalza e mostra un'unghia dolente e annerita, in pratica, come si dice, incarnita, in quanto nessuno ha provveduto a tagliarla.

La D., pur invitata a provvedere, rinvia tutto al prossimo viaggio in Puglia del settembre-ottobre, allorché porterà, a suo dire, la bimba da un'estetista.

Ma la donna palesa altresì incuria nel preparare da mangiare, si mostra insensibile agli inviti a predisporre una piccola ringhiera lungo le poche scale che conducono all'appartamento e che costituiscono per M. un pericolo, e per il resto se ne sta lungo tempo al telefono, che utilizza anche per "chattare", rivolgendo spesso alla bimba e per un nonnulla grida di rimprovero (*Omissis*).

12 - In agosto il Ge. era momentaneamente tornato in Puglia per ritirare in banca la somma residua del mutuo a suo tempo ottenuto e dal datore di lavoro G.G. si era fatto anticipare il denaro occorrente per il viaggio.

Sta di fatto che il Ge. in tal modo finisce per destinare al consumo quello che sarebbe dovuto servire al completamento dell'appartamento pugliese.

Il 4 settembre la famigliola festeggia il compleanno della bimba, che compie due anni: partecipano la M. e un gruppo ristretto di persone, tra le quali il G., il quale porta un piccolo regalo.

Peraltro il Ge. continua a lavorare in nero, perché il G. ne rinvia la regolarizzazione.

La coppia si reca in Puglia per prendere con sé vestiti ed altri generi di consumo.

Al ritorno M. viene sottoposta a visita dal pediatra, che registra un ritardo della bimba nel parlare, peraltro non preoccupante.

Certo è che M., la quale non ha occasione di scambiare una parola con nessuno al di fuori dell'E. e dei genitori, conosce solo due o tre vocaboli che per giunta "storpia".

Nel mese di ottobre il G. regala al Ge. una vecchia Panda a due posti, da lavoro, che l'uomo aveva intenzione di rottamare: viene redatta fattura simbolica per un prezzo che non viene corrisposto (*Omissis*).

14 - Del resto la D. in pubblico cerca di offrire l'immagine di una donna sensuale e di attirare l'attenzione degli uomini con audaci minigonne e generose trasparenze.

A questo punto però le attenzioni si rivolgono soprattutto verso G.G., che evidentemente agli occhi della D. appare come colui che potrebbe assicurarle migliori soglie di benessere economico.

E con le trasparenze di cui s'è detto la D. fa spesso la sua comparsa nel cantiere dove si trova il G. e dove lavora il marito.

G., come si è visto, è persona avvezza a trattar con le donne: egli confida proprio al Ge. la sua opinione su di loro, che, esprimendosi con colorito linguaggio, reputa sostanzialmente tutte inclini ad una scarsa serietà (*Omissis*).

15 - E tuttavia il rapporto tra il G. e la D. si fa ambiguo.

Egli suole accordare sovente al Ge. anticipi sullo stipendio onde consentire alla famiglia di tirare avanti.

Ed è spesso la D. che perora la causa del marito.

Mentre il G. continua la sua storia con la M., non disdegna di regalare alla D. un completino intimo.

A dicembre la famiglia Ge. scende in Puglia per tornare in Umbria ai primi di gennaio.

Da questo momento in poi i rapporti tra la D. e il G. si intensificano.

Di certo il 22 gennaio proprio il G. si reca a casa della D., inviato dallo stesso Ge., in una sorta di ribaltamento del rapporto tra datore di lavoro e dipendente, per consegnare alla donna il denaro con cui far fronte al pagamento di lavori di riparazione di una caldaia.

Inoltre il G. prende certamente a frequentare sia la D. che M., cui fa altri piccoli regali (*Omissis*).

18 - Il 26 febbraio in un incidente stradale senza conseguenze per le persone riporta gravi danni la Golf condotta dalla D.: nella circostanza si presenta sul luogo del sinistro anche il G.

La famiglia resta dunque priva di un'auto.

Ciò induce il G. a consentire al Ge. per gli spostamenti di lavoro l'utilizzo di un Fiorino della ditta.

La mattina del 5 marzo le maestre avvertono la D. che la bimba sembra star male: la donna senza troppo precipitarsi, giunge all'asilo annunciando da esperta che si tratta di "febbre da crescenza". Poi si intrattiene in amena conversazione, costringendo le maestre ad invitarla a correre a casa, date le condizioni della bimba.

Solo la sera del 6 marzo i genitori condurranno M. al Pronto Soccorso per farla visitare e farsi prescrivere l'opportuna terapia.

La bimba resterà assente dal 5 al 12 marzo.

Al ritorno in data 15 marzo le maestre notano sul volto della bimba grossi lividi sotto entrambi gli occhi.

Ne chiedono spiegazione alla madre, informando anche il gestore dell'asilo e ripromettendosi di vigilare perché situazioni simili non abbiano a riproporsi (*Omissis*).

La cronaca del 5 e del 6 aprile 2004

20 - Dunque in tale giornata il G. si presenta subito dopo le 13 al Pronto Soccorso dell'Ospedale di Città di Castello.

La camera calda è il luogo in cui hanno accesso le ambulanze: egli vi entra con la sua vettura, dal cui sedile posteriore preleva la bimba, ormai inanimata (dich. F., V. e A.).

L'uomo, pronunciando quella frase priva di reale valore ricostruttivo ("ha vomitato, eccola"), la consegna all'infermiera A., la quale, rendendosi conto che la bimba è in stato di arresto cardio-respiratorio, la depone sul lettino di una delle stanze e cerca di richiamare l'attenzione degli altri operatori, gridando "è morta, è morta".

Vi è un frenetico accorrere di infermieri e medici.

Subito si comprende che la prima cosa da fare è cercare di rianimare la piccola creatura.

Si provvede dunque alla ventilazione e al massaggio cardiaco, che dopo gli iniziali tentativi della stessa A. e della collega C., viene curato direttamente dal cardiologo dott. M., subito accorso unitamente al rianimatore dott. M.

Si provvede all'intubazione oro-tracheale della bimba e si procede alla somministrazione dei farmaci finalizzati alla ripresa del battito cardiaco.

21 - In tale frangente la bimba, che indossava una gonna scura, un maglietta di lana rosa, un body e una calzamaglia chiara, viene progressivamente spogliata.

Ella resta dunque con il solo pannolino, che viene comunque aperto.

In tale frangente tutti notano sul corpo della piccina una lesione sotto il mento, ecchimosi piccole, puntiformi sull'addome e fino agli arti inferiori, una lesione sotto la pianta del piede destro.

Inoltre nel pannolino viene notata la presenza di una chiazza o di una striatura, che viene dai vari operatori definita come diarrea sanguinolenta o come muco misto a sangue o come materiale composto da muco e feci: domina comunque l'indicazione di una colorazione a "lavatura di carne", per intendere che non si tratta di un rosso vivo (cfr. dich. A., R., B., A., B).

Nel corso delle manovre di rianimazione viene anche avvertita la presenza di una sorta di grosso ematoma fluttuante in regione temporo-occipitale destra (cfr. dich. B.).

22 - Dopo circa 15 minuti le manovre rianimatorie sortiscono esito positivo in quanto riprende il battito cardiaco.

In tale frangente si cerca di comprendere le ragioni di quell'arresto cardio-respiratorio.

Viene aperta la scheda di rito del Pronto Soccorso della cui compilazione si occupa il dott. B.

La scheda reca l'orario delle 13,02, ma si apprenderà poi che il sistema fa registrare un ritardo di almeno nove minuti: si tratta dunque a questo punto delle 13,11 (dich. I.).

Il dott. B. avvicina l'uomo che gli è stato indicato come accompagnatore della bimba e che egli crede essere il padre o un familiare.

Costui, cioè G.G., sa indicare dapprincipio solo il nome della bimba, M., e si esprime assai confusamente in ordine alle vicissitudini che lo hanno condotto a trasportarla in ospedale.

Già all'ingresso egli aveva fatto riferimento al vomito e tale particolare ribadisce ora, aggiungendo anche che la bimba si sarebbe sentita male ai giardinetti.

Il G. indica poi anche il cognome della bimba, Ge.: ciò consente al B. di risalire, sulla base della scheda redatta in occasione del precedente intervento del 6 marzo, ai dati della piccola.

23 - La singolarità del caso e l'evidenza di un traumatismo inducono il B. a far chiamare immediatamente le forze dell'ordine.

La responsabile del Pronto Soccorso, dott.ssa P.P.P., e il primario del reparto di rianimazione, dott. B. M., non in grado di comprendere sulla base dei dati clinici e dei rilievi esterni la dinamica degli eventi, si avvicinano a loro volta al G.

La dott.ssa P. chiede a costui se la madre sia stata avvertita e lo invita a precisare che cosa sia accaduto alla bimba.

L'uomo inizia a rispondere in modo confuso e contraddittorio, parlando di vomito, di malore ai giardinetti.

Nonostante i dubbi della P., propensa a ritenere che il G. abbia fatto riferimento anche ad una caduta della bimba, il dott. B., parimenti presente, nega la circostanza.

Si capisce che il G. non ha avvertito la madre dell'avvenuto ricovero della piccola.

Tuttavia egli è stato certamente in contatto con la donna durante la mattinata, in quanto, a detta della P., precisa che la mamma lo ha rassicurato, sostenendo che quindici giorni prima la bimba aveva avuto l'influenza e preso l'antibiotico, ciò che avrebbe spiegato il vomito.

Invitato a precisare i fatti, il G., sempre stando al racconto della P., fa comprendere che la mamma era stata ad un certo punto presente, in quanto insieme avevano messo la bimba in macchina a dormire, quando le era venuto sonno, dopo di che la donna era tornata a casa.

Di seguito la bimba si era svegliata ed aveva cominciato a piangere, cosicché egli l'aveva presa in braccio, finché era svenuta.

Sta di fatto che la P. chiede espressamente al G. di chiamare la madre al telefono e di farla parlare con lei.

Risulta in effetti dai tabulati una telefonata delle 13,28, partita dal cellulare del G. e diretta a quello della D., che corrisponde a quella menzionata dalla P.

Costei invita la D. a presentarsi in Pronto Soccorso perché la bimba non si è sentita bene: sul momento cerca di non calcare la mano, come suo costume in casi del genere.

Ma la D. tergiversa, spiegando che la bimba è stata male quindici giorni prima con l'influenza e ha preso l'antibiotico: ma la P. ovviamente insiste, segnalando che la bimba è grave e che non si tratta solo di vomito.

La donna si convince e si dirige verso il Pronto Soccorso (*Omissis*).

25 - In tale lasso di tempo si è proceduto ad un'ecografia che ha posto in luce la presenza di aria e sangue nell'addome della bimba, segnale assai allarmante che indica una lesione in quella regione.

Viene quindi deciso di trasportare la piccola in radiologia, per sottoporla ad una T.A.C. chiarificatrice.

M. esce dal Pronto Soccorso intorno alle 14 e quando giunge T.D. la bimba è ormai in radiologia.

La donna arriva facendosi subito notare dagli astanti per le sue grida e per il lancio del giubbotto.

Viene anche udita pronunciare frasi del tipo "Me l'ha ammazzata!" oppure "era meglio che morissi cinque anni fa".

Ella viene accolta dalla dott.ssa P. che la conduce nella stanza adibita a postazione dei militari (*Omissis*).

26 - La D. viene ripetutamente invitata ad avvertire il marito, ma ella si rifiuta, accampando scuse varie.

Anzi ella pretende di firmare sotto la sua responsabilità per l'immediata dimissione della piccola dall'Ospedale.

Il G., come riferito dall'ispettore P., la invita a dire tutto e la D. ad un certo punto sembra convenire circa l'opportunità di dire qualcosa al marito.

In pratica si comprende che la bimba aveva trascorso la mattinata con il G., cui era stata consegnata dalla madre, all'insaputa del marito di lei, convinto che, come al solito, la piccola fosse stata accompagnata all'asilo (*Omissis*).

29 - All'uscita dalla radiologia la bimba giace sulla barella ed è coperta da teli, diretta in sala operatoria.

È stato infatti confermato dalla T.A.C. un quadro di assoluto allarme.

Si è rilevata infatti a livello cerebrale: *area di iperdensità ematica a sede sottotecale, verosimilmente subdurale, con mm. 3 di spessore, a disposizione emisferica sinistra con coinvolgimento della scissura interemisferica: altra millimetrica falda ematica di verosimile analogo significato in regione frontale destra; minor rappresentazione dei solchi corticali della convessità come per edema cerebrale; si sospetta inoltre frattura composta dell'occipite a sinistra in parasagittale; si è rilevato ancora materiale ipodenso nel seno mascellare destro e nelle cellule etmoidali.*

A livello dell'addome è stato confermato *pneumoperitoneo e versamento liquido endoperitoneale* e si sospettano lesioni al fegato, alla milza e al pancreas.

Ciò impone un immediato intervento chirurgico all'addome, onde evitare il prodursi di una inarrestabile sepsi, data la presenza di materiale potenzialmente infetto.

30 - Nella fase del trasporto della barella la D. chiede a chi è presente (si rinvia al racconto dei testi B., M. e soprattutto G.) di poter vedere la bimba nuda.

Nonostante le perplessità degli operatori vengono alzati per un momento i teli che coprono la piccola ancora intubata e la D., che è posizionata all'altezza della testa, si volge verso il basso e si sofferma sul basso ventre, senza toccare la bimba (*Omissi*s).

34 - La D. all'arrivo del marito cerca di spiegargli qualcosa che non è ancora a sua conoscenza, in particolare il fatto che la bambina, anziché trascorrere la mattinata all'asilo, è stata da lei consegnata al G.

Il Ge. viene avvisato delle condizioni della figlia dal dott. B., il quale consente ai due genitori di vedere la bimba in rianimazione dove è stata ormai condotta.

Ancora una volta la D. vuole toccare e vedere tutto il corpo della bimba: ella indossa anche i guanti di lattice (non è ben chiaro se se li

faccia dare o li prenda di sua iniziativa), ma quanto ella richiede, che desta stupore nel dott. B. (il quale nota anche la tranquillità della donna), non le viene consentito (*Omissis*).

41 - Il giorno 6 aprile i Carabinieri di Città di Castello (dich. G.) a seguito di riferimenti fatti dai fratelli del G. scoprono che costui disponeva di un appartamento a Città di Castello, in relazione al quale era stata fatta in banca dati un'erronea registrazione, che ne aveva impedito l'immediata individuazione.

A mezzo di una verifica *in loco* i militari procedono ad una compiuta identificazione dell'appartamento, che risulta sito al piano terra in via A. 13 e affittato al G. circa due anni prima da O.M., proprietario dello stabile, in cui lo stesso O. abita al piano secondo (*Omissis*).

42 - Ma già dal mattino sono state attivate le procedure per giungere alla dichiarazione di morte cerebrale della bimba.

In itinere si registra un arresto cardiaco, cui segue un pronto intervento che ripristina il battito.

Passano le ore e ovviamente le condizioni della bimba, che non ha mai ripreso conoscenza e che dal giorno prima si trova in stato di coma profondo di grado 3 Glasgow, non lasciano più alcun margine di speranza.

43 - Nel tardo pomeriggio avviene il sopralluogo nell'appartamento di via A. a cura del R.I.S. di Roma, coadiuvato da personale della S.I.S. del R.O.N.O dei Carabinieri di Perugia.

Le operazioni risultano da un filmato girato nell'occasione e da fotografie da esso estrapolate o *ex novo* scattate, oltre che dai verbali di sopralluogo e di sequestro all'uopo redatti nei giorni 7 e 8 aprile 2004.

Comincia una sorta di circospetto viaggio in ciò che potrebbe nascondere la rappresentazione di uno sfacelo umano (*Omissis*).

45 - Mentre viene completato questo complesso lavoro di ispezione e repertamento si compie il destino della piccola M.Geu.

Un arresto cardiaco precede il completamento della procedura di dichiarazione di morte cerebrale.

M. muore alle 22,05 del 6 aprile 2004, senza aver imparato a parlare e senza aver mai pronunciato la parola amore.

Gli ulteriori repertamenti e le indagini tecnico-scientifiche

46 - In prosieguo di tempo sarà completato il repertamento di tracce probatoriamente rilevanti o di materiali suscettibili di analisi biologica (*Omissis*).

47 - Quanto alle risultanze analitiche, deve premettersi che le indagini hanno consentito di appurare che nell'appartamento erano certamente entrate più persone: il G. e M.S., che lo frequentavano più assiduamente, ma anche M.Ge. e almeno un altro uomo, tal D.V., amico del G. che da costui aveva avuto in prestito l'appartamento per un incontro amoroso con tal L.D.C. (*Omissis*).

Il racconto di T.D. e di G.G. in ordine agli accadimenti del 5 aprile 2004.

57 - A questo punto si pone il problema di stabilire quale fu la causa della morte di M.Ge. e a quale tipo di traumatismo ella fu sottoposta.

A tal fine si deve considerare la ricostruzione degli accadimenti fornita dai due diretti protagonisti, cioè T.D. e G.G., dopo di che si passerà al sincronico esame di tutti i profili medico-legali, scientifici e di contesto, onde pervenire alle conclusioni di pertinenza della Corte.

Ha sostenuto al dibattimento l'imputata (in questo caso non risultano utilizzabili sue precedenti dichiarazioni, rese tutte in veste di persona informata sui fatti) che la mattina del 5 aprile prima delle 7,30 ella ricevette sul proprio cellulare una telefonata del G.

L'uomo le riferì che quel giorno aveva poco lavoro e le chiese di poter passare la mattinata con M.

La D. rispose che la bimba sarebbe dovuta andare all'asilo e che poi vi era il problema del marito: il G., a detta della donna, replicò che avrebbe riportato la bimba dopo che il Ge., al termine della pausa pranzo, era tornato al lavoro.

L'imputata a suo dire accettò, anche perché convinta dalla prospettiva di una prossima convivenza con il G. e dall'opportunità che la bimba si abituasse all'uomo.

Ella dunque preparò M., cambiandola, dandole la colazione e vestendola.

Poco dopo le 8,00 si presentò il G., con il quale trascorse in casa almeno altri venti minuti, offrendogli un caffè e assicurandosi che provvedesse per il pranzo della bimba.

Il G. stesso prospettò una difficoltà connessa al fatto che era imminente l'inizio di lavori di ristrutturazione presso l'asilo di M., ciò che avrebbe potuto comportare il rischio che il Ge. venisse a conoscenza dell'assenza fatta dalla bimba: ma poi l'uomo disse che avrebbe provveduto ad incaricare del lavoro un altro operaio.

Il G. quindi si allontanò con M. senza che fosse previsto che la D. prima o poi li raggiungesse.

Poco dopo la donna si recò con il caffè dalla vicina E.M., che quel giorno non sarebbe andata al lavoro.

Subito ella riferì all'amica che M. se ne era andata con il G. e rimase da lei per un po' di tempo, finché a suo dire ricevette una telefonata del G., che le comunicava di trovarsi a Sansepolcro ad un parco in cui M. giocava con altri bambini.

Di ciò ella rese edotta anche la M.

Più tardi la D. ricevette una seconda telefonata con la quale il G. la invitava ad unirsi a lui e a M. al parco Ansa del Tevere di Città di Castello.

Chiese lumi alla M. su dove si trovasse il parco, si vestì e quindi intorno alle 11 partì, ricevendo poco dopo un'altra telefonata del G. che non la vedeva arrivare.

L'uomo le comunicò che la bimba si era addormentata o che si stava addormentando.

Giunta sul posto, la D. notò che il G. stava ultimando una conversazione telefonica e seppe che M. stava dormendo sul sedile posteriore dell'auto del G.

Ella neppure aprì lo sportello per accertarsi di come la bimba stesse.

Si trattenne per circa 40 minuti allontanandosi prima delle 12, in tempo per preparare il pranzo al marito di ritorno dal lavoro.

Ella si avvide prima delle 13 di una telefonata del G., cui preferì non rispondere.

Infine alle 13,25 circa ricevette un'altra telefonata dell'uomo, che le comunicò che M. era caduta da una giostrina e si trovava in ospedale e subito le passò la dott.ssa P. del Pronto Soccorso, la quale, a suo dire, le chiese se la bimba avesse avuto un'influenza e le fossero stati somministrati dei farmaci, al che la D. parlò del L.

La dott.ssa P. la invitò comunque a recarsi sollecitamente presso il Pronto Soccorso portando con sé la documentazione sanitaria.

Giunta al Pronto Soccorso, la D. fu fatta entrare in una stanzetta in cui si trovava il G. insieme ai Carabinieri, mentre intorno vi era confusione e agitazione.

Ella non chiese nulla e solo in secondo momento le fu comunicato che la figlia era in coma.

58 - Il G. ha fornito numerose versioni.

G. 1: dichiarazioni del 5-4-2004 rese a caldo, ma utilizzabili in quanto richiamate e confermate nell'interrogatorio garantito del giorno successivo.

Egli colloca la vicenda all'interno di un rapporto di amicizia, assai stretto, con la D., fatto di incontri all'insaputa del marito ma in assenza di una relazione sentimentale.

Egli telefona alle 8 alla D. per passare da lei a prendere un caffè: poi arriva a casa e si offre di portare la bimba con sé al parco Ansa del Tevere, visto che la donna ha da fare a casa.

La D. avrebbe dovuto comunque raggiungerli.

Dopo una passeggiata la bimba gioca.

Alle 10 egli telefona alla D. segnalandole che la bimba tossisce e che aveva fatto la cacca: T. replica che non c'era da preoccuparsi in quanto aveva dato alla bimba l'antibiotico.

Dopo un po' arriva la D. che si trattiene fino verso le 12 e poi torna a casa: M. dava segni di stanchezza e si era addormentata sul sedile posteriore.

Era d'accordo con la donna di riportarle la bimba non appena si fosse svegliata ma comunque non prima delle 13,30, dopo che il marito fosse uscito da casa.

M. si risveglia dopo un po' e tossisce forte: egli la prende in braccio, ma la bimba vomita, è molto debole e perde progressivamente i sensi.

Allora egli la porta in ospedale.

G. 2: interrogatorio del 6-4-2004 (non è ancora stato rinvenuto l'appartamento di via A.)

Segnala di aver preso la bimba verso le 8/8,30 e che M. appare stanca: poco dopo fa anche la cacca.

Egli avverte la madre.

All'arrivo di questa M. già dorme in auto.

T. se ne va alle 12. Poco dopo M. si risveglia, tossisce violentemente e vomita addosso all'uomo: quindi si affloscia.

Egli cerca di chiamare la D. che non risponde, di talché porta la bimba in ospedale.

G. 3: interrogatorio di garanzia del 9-4-2004 (dopo la morte della bimba e la scoperta dell'appartamento con il suo contenuto)

Nega che vi fosse una relazione con la D.: eppure segnala la volontà di entrare in confidenza con M. perché sarebbe dovuto nascere qualcosa tra lui e la donna.

Ribadisce che M. da subito aveva mostrato di non stare bene e di essere debole, ma T. lo aveva rassicurato.

Chiarisce che prima di andare al parco si era diretto all'appartamento di via A. perché M. aveva fatto la cacca: erano le 8,45.

A quel punto aveva lavato la bimba e l'aveva cambiata tre volte sul tappeto con i pannolini che lui stesso aveva comprato in precedenza e aveva con sé in macchina.

Del resto aveva spesso aiutato la famiglia anche con generi di prima necessità, oltre che con soldi.

Parla delle telefonate ricevute da M.S. intorno alle 9 e dopo le 12.

Continua dicendo di aver finalmente portato M. al parco e di aver quindi chiamato T. alle 10,44 e alle 11,11.

Era stato in casa fino alle 10,45, dando a M. la merenda che aveva comprato dal mattino.

La donna non sapeva della casa e che ci avesse condotto la bimba: essi si sarebbero dovuti rivedere al parco.

Non aveva avuto in precedenza la bimba se non per un'ora o due.

A suo dire T. le affidava la bimba perché ella si abituasse a lui, essendosi messa in testa delle idee su di loro, mentre egli aveva a cuore solo la relazione con la M.

Comunque con la D. non aveva avuto rapporti sessuali, anche se si trattava di una "donna facile" che aveva più volte tentato di sedurlo.

Dopo aver chiamato la D. alle 10,45, era andato al parco ma la bambina si era afflosciata: aveva quindi richiamato la madre per dirle che avrebbe riportato M., perché stava male, ma la donna aveva risposto che stava ormai arrivando.

Aveva collocato M. sul sedile e la bimba si era messa a dormire in modo innaturale: la madre aveva solo controllato dal finestrino.

La donna si era allontanata verso le 12 ed egli aveva più volte chiamato la propria madre, riuscendo a parlarci solo alle 12,38, dal parco.

Avrebbe dovuto riportare M. dopo le 13,30 per non far sapere a Mas. Ge. che la bimba non era andata all'asilo.

Dopo che la D. si era allontanata, M. aveva avuto forti singulti di tosse e aveva vomitato: egli a quel punto aveva poggiato il suo giacchino e il cappottino della bimba sul sedile anteriore ed era tornato a casa a lavarsi, posando la bimba sul letto.

Contestategli le condizioni della bimba, il G. riferisce di aver sollevato M. per i capelli, stando in piedi, e di averla colpita con la mano sul pancino per farla riavere, dopo di che la bimba era caduta all'indietro. Egli forse le aveva inferto colpi anche alla testa.

Peraltro non aveva seviziato M. con il fallo di plastica.

Aveva colpito la bimba vestita e non si spiegava i segni di abuso sessuale.

I capelli erano caduti all'intorno essendogli rimasti in mano dopo i colpi.

Aveva perso la testa davanti alla bimba che stava morendo.

G. 4: interrogatorio del 13-4-2004

Torna sul rapporto con la D.: la donna era insistente e si offriva.

Egli non ne era particolarmente attratto. Vi erano stati brevi incontri e telefonate o messaggi cui lui non rispondeva.

Egli era giunto ad invitare sua madre a non fare tante smancerie con la D. che riteneva una donna facile.

Non vi erano stati rapporti sessuali nonostante le insistenze della D.

Costei voleva che la bimba si abituasse a lui nella prospettiva di una convivenza tra lei e il G.

Egli aveva avuto la bimba con sé anche alla fine di febbraio dalle 9 alle 11, sempre con la medesima prospettiva di farla abituare a lui.

La mattina del 5 aprile era stata la D. a proporgli di tenere la bimba qualora avesse avuto tempo.

Egli era andato al cantiere presto dando le disposizioni del caso.

Aveva chiamato la D. e gli era stata fatta quella proposta, con l'intesa di riportare la bimba alle 13,30.

Non aveva avvertito subito sua madre che sarebbe tornato più tardi, per questo l'aveva poi cercata a partire dalle 12.

G. era preoccupato che in occasione di lavori da fare all'asilo di M.,

Mas.Ge. venisse a sapere dell'assenza della bimba, ma la D. gli aveva allora proposto di mandare un altro operaio.

L'uomo afferma di essersi recato al parco e di aver effettuato due telefonate alla D., non tre come sostenuto da costei.

All'arrivo della donna egli si trovava presso la vettura nel parcheggio con M. che dormiva all'interno.

Ribadisce quanto sostenuto in precedenza in ordine alla sonnolenza e al vomito.

Di seguito egli si era recato nell'appartamento per pulire se stesso e la bimba.

Chiarisce di aver colpito M. perché non dava retta e si accasciava a terra.

G. nega approcci e rapporti sessuali con la bimba o con altra donna in presenza di M., pur giungendo ad ammettere di aver spogliato la bimba.

Nel corso di tale interrogatorio l'uomo introduce un elemento nuovo.

Segnala di essersi recato in via A. e di esserne riuscito per prendere in macchina l'occorrente per cambiare la bimba, lasciando tuttavia le chiavi dentro l'appartamento.

A questo punto si era recato a Sansepolcro per prendere dal camion un altro mazzo ed al ritorno aveva ritrovato la bimba ancora sul tappeto.

Segnala di essere rimasto fuori circa 40 minuti.

Chiarisce che nessun altro era entrato e nessuno in quel frangente sapeva della presenza in casa della bimba.

Riferisce di aver sentito la M. quando si trovava ancora a Città di Castello.

Nega che la telefonata della M. e quella fatta poco prima delle 10 dal fratello di lei potessero essere combinate e rivelatrici di una qualche intesa coinvolgente la bimba (*Omissis*).

G. 5: interrogatorio del 21 aprile 2004

Dopo essere stato intrattenuto sulle prime risultanze dell'analisi dei reperti, G. torna sulla ricostruzione della mattina del 5 aprile.

Ribadisce che nella telefonata delle 7,23 la D. gli aveva proposto di affidargli la bimba dal momento che non era troppo impegnato, con l'intesa della riconsegna dopo le 13,30.

Spiega come un suo vizio il fatto di aver poi avvertito sua madre del ritardo solo all'ultimo momento.

Torna sul fatto di essere partito da San Giustino circa alle 8,30 e di aver poi accompagnato la bimba all'appartamento, perché aveva fatto la cacca.

Aveva dei pannolini in macchina poiché avrebbe dovuto farne dono alla D.: era dunque uscito a riprenderli, lasciando la bambina, ma aveva dimenticato la chiave all'interno: di qui il viaggio a Sansepolcro e il cambio della bambina solo al suo ritorno.

Era rientrato intorno alle 10 e tra le 9 e le 10 aveva ricevuto le telefonate della M. prima e del fratello di lei poi.

In occasione della prima era ancora a Città di Castello e in occasione della seconda era già rientrato.

Aveva cambiato e lavato la bambina sul tappeto con sopra un lenzuolo: aveva usato il catino.

Quindi aveva rivestito la bimba e nel frattempo la stessa aveva giocato e scarabocchiato, mentre egli era andato in bagno.

Sempre sul tappeto aveva dato la colazione a M.

Dall'appartamento aveva chiamato la D. alle 10,44 avvertendo la donna che M. aveva fatto la cacca liquida in continuazione e non reagiva bene. La mamma aveva fatto riferimento all'antibiotico.

T. aveva detto che sarebbe venuta su anche per stare insieme cinque minuti.

Si erano accordati per trovarsi al parco Ansa del Tevere.

A detta del G. la D. avrebbe dovuto venire a riprendersi la bimba, mentre in realtà ella veniva per stare con lui.

Egli l'aveva richiamata perché la bimba aveva mostrato di voler dormire buttandosi a terra ed avrebbe voluto riportargliela, ma la donna stava ormai arrivando.

T. gli aveva detto di non preoccuparsi e di far dormire M., perché evidentemente era stanca.

Quando era arrivata la D. egli aveva deposto M. sul sedile posteriore e la donna neppure aveva aperto lo sportello.

G. aveva fatto notare che si trattava di un sonno anomalo.

La D. se ne era andata alle 12 e il G. non era riuscito a convincerla a riprendersi la bimba.

Vi era il problema di non dare spiegazioni al marito.

A detta del G. la D. non si era neppure chiesta dove egli avesse cambiato la bambina.

Fin dall'inizio ella pensava che la bimba sarebbe rimasta in giro o in macchina, non avendo notizia dell'appartamento.

Dopo che la donna si era allontanata, M. aveva cominciato a vomitare e di qui il ritorno a casa in via A.

Nel frattempo egli aveva chiamato sia l'elettricista C. sia S.

A casa aveva pulito la bimba senza spogliarla ma togliendole le scarpe e deponendola sul letto.

Era riuscito finalmente a parlare alla madre.

A questo punto era esplosa la sua reazione: unica colpa della bimba era quella di non stare né in piedi né seduta ma di buttarsi a terra.

G. adduce di non aver messo in conto quali conseguenze potessero derivare dal suo gesto, non avendo egli voluto provocare la morte della bimba. Egli si era sentito perso ed aveva perduto la ragione.

Gli viene fatta notare l'incongruenza della sua sudditanza psicologica verso la D. che pur egli dichiarava di disprezzare e alla quale nondimeno cedeva quando si trattava della bimba.

Ribadisce le sue difficoltà verso la D., insolitamente pressante.

Parla di un episodio occorso quindici giorni prima quando all'asilo della bimba gli era stato fatto notare dalla suora e dalle maestre che M. presentava numerosi lividi non giustificabili con la caduta da una sedia riferita dalla madre.

G. 6: interrogatorio del 28-5-2005

Un'analoga ricostruzione viene collocata nel quadro di una parzialmente diversa descrizione del rapporto con la D.

Ammette G. una sua attrazione verso la D., che tuttavia correva più del dovuto in ordine al progetto di formare una famiglia insieme.

Ammette anche che tra loro c'era stato qualcosa.

Chiarisce che la mattina aveva comprato acqua e brioches dopo la telefonata con la D., la quale avrebbe dovuto raggiungerli al parco dopo aver sbrigato alcune cose.

Aggiunge di non aver pensato che cambiare la bimba fosse una cosa complicata e che i pannolini li aveva in macchina, avendoli comprati circa 15 giorni prima per donarli alla famiglia, come già capitato altre volte.

Riferisce che, una volta giunto a casa, aveva sistemato le cose in modo più accogliente per la bimba.

Al GIP che gli chiede se ricordasse di aver con sé i pannolini al momento di entrare in casa, risponde di non ricordare.

La mamma a suo dire non gli aveva fornito il cambio.

Dichiara di aver acceso le stufe ma di non aver spogliato la bimba.

Riferisce poi del viaggio a Sansepolcro effettuato dopo la telefonata della M. e precisa di essere andato e tornato in poco tempo.

A Sansepolcro aveva rilevato che le chiavi non erano nel camion ma in casa. Aveva parcheggiato vicino al camion.

Poi era tornato a tutta velocità intorno alle 10.

Le chiavi originarie le aveva lasciate nel giacchetto mentre le nuove le aveva lasciate sul tavolo.

Aveva ritrovato M. sul tappeto, ancora vestita, senza che avesse toccato nulla.

A questo punto l'aveva spogliata: la bimba era restata con il body.

Aveva slacciato il pannolino, nel quale vi era solo pipì.

Stava per mettergli un altro pannolino, quando M. aveva fatto la cacca da un lato di quello nuovo: l'aveva dunque lavata nel catino a fianco del box doccia.

Aveva asciugato la bimba con quel che aveva, lenzuolo, federe, e l'aveva rivestita.

Ricorda di aver lavato la bimba due volte nello stesso contesto.

Non si era accorto nel frangente di lesioni all'ano.

A questo punto il G. aveva dato una sistemata all'appartamento, poiché nel bagno vi era acqua in terra.

Tutta l'operazione era durata circa venti minuti.

Poi aveva dato a M. la merenda e la bimba di seguito si era messa a scarabocchiare.

Alle 10,44 aveva comunicato alla D. che la bimba non stava bene e le aveva chiesto di venire a riprendersela, ché altrimenti l'avrebbe riportata lui.

Non aveva comunicato alla donna dove si trovasse e lei non aveva chiesto nulla.

L'appuntamento era al parco.

Precisa di essersi trovato con la bimba solo un'altra volta per comprarle un gioco su indicazione della madre, mezz'ora o un'ora in tutto.

A questo punto, dopo numerose contestazioni sull'incongruenza della sua condotta, ammette attrazione sessuale verso la D. e riferisce di aver avuto con lei rapporti sessuali in casa sua, quando era assente la bimba, perché andata all'asilo.

In realtà ciò sarebbe stato possibile solo dal 23 febbraio 2004: G. riferisce che qualche volta la bimba era presente ai preliminari, poi si faceva in modo di farla stare in un'altra stanza.

L'uomo continua a prospettare l'eventualità di un futuro nucleo familiare e aggiunge che si sentiva costretto dalla D. a sottostare, in quanto altrimenti ella diceva che lui era freddo e non voleva bene a lei e alla bimba.

Sostiene di aver fatto regali a tutti i componenti della famiglia Ge. e non solo alla bimba.

All'inizio con la D. vi era solo attrazione sessuale, ma poi era subentrato forse qualcosa di più, anche se la donna correva troppo.

Di nuovo sulla mattina del 5 aprile G. precisa di essere giunto al parco alle 10,50/11, di aver camminato un po' con la bimba, che tuttavia tendeva a sedersi.

Aveva richiamato la D. la quale gli aveva detto che a quell'ora la bimba voleva dormire e che dunque avrebbe dovuto farla dormire in macchina.

La D. era giunta quando M. si trovava in macchina a dormire.

I due aveva parlato del problema connesso ai lavori all'asilo.

G. aveva chiamato il C. e dopo che la D. se ne era andata aveva chiamato la M.

Vi era l'accordo di riportare la bimba dopo le 13,30.

Solo le moine della D. lo avevano indotto ad accettare.

M. si era svegliata con colpi di tosse, egli l'aveva presa in braccio e la bimba gli aveva vomitato addosso.

Alla contestazione del GIP che, a fronte di un iniziale programma di rivedersi, il G. non aveva informato la D. di non trovarsi al parco ma nell'appartamento, l'uomo risponde che comunque la D. avrebbe prima chiamato.

Il G. nota che la bimba aveva fatto gesti come se avesse qualcosa di disgustoso in bocca, per cui si era levato il suo giacchetto, aveva tolto alla bimba il cappottino ed era tornato all'appartamento.

La bimba aveva vomitato di nuovo sul lenzuolo: egli l'aveva appoggiata sul letto, le aveva tolto le scarpe e l'aveva poi messa sul tappeto.

Aveva telefonato alla propria madre.

La bimba non stava in piedi e aveva vomitato ancora.

Egli a questo punto l'aveva presa per i capelli dalla nuca, l'aveva colpita due volte con il palmo della mano all'altezza della pancia, l'aveva fatta ricadere a terra dopo pochi istanti, lasciando i capelli.

Aveva riposto i capelli nei sacchi neri, dove aveva buttato anche il lenzuolo.

G. non riesce a spiegare la presenza dei capelli tra i due materassi.

Riferisce che la saliva sul body era dovuta a sputi mentre egli parlava.

Non sa spiegare le tracce di sangue della bimba sul bidet.

Chiarisce che in precedenza aveva preso la bimba quando si era recato dai Ge. per pagare i tecnici che avevano riparato una caldaia.

Qualche volta era andato ad accompagnare la bimba insieme alla D. all'insaputa del Ge.

Del resto più di recente era subentrata una sorta di innamoramento.

Quanto alla mattina, ribadisce G. che vi era l'accordo che la D., sbrigate le faccende, avrebbe chiamato per raggiungerli (*Omissis*).

G. 7: incidente probatorio del 20-7-2005

Nuovo riferimento alla relazione con la D., che egli all'inizio negava per non farla sapere alla M.

Soprattutto negli ultimi tempi la storia si era intensificata e numerose volte essi avevano avuto rapporti sessuali in casa della D., non alla presenza della bimba.

Ribadisce che un'unica volta, a seguito della riparazione della caldaia, era uscito con la bimba per comprarle un gioco su indicazione della madre.

La D. correva inseguendo il progetto di un'imminente convivenza, mentre egli non smentiva né confermava tale ipotesi. In cuor suo cominciava a provare qualche cosa di più, anche se non era ancora un vero e proprio innamoramento.

T. gli aveva regalato un mazzo di rose, a dimostrazione di un suo sentimento.

La mattina del 5 aprile, avendo del tempo libero, aveva proposto alla D. di passare del tempo con lei e con la bambina, anche perché vi era l'esigenza della D. che M. si abituasse a lui.

La D. aveva fatto riferimento a sue faccende da sbrigare.

Egli aveva comprato vicino al cantiere una bottiglia d'acqua e dei cornetti.

Già sapeva che avrebbe prelevato M. e che la D. li avrebbe raggiunti più tardi.

Al suo arrivo a casa la bimba piangeva e la donna aveva risposto "se piange un motivo c'è".

M. non era vivace come al solito e la D. gli aveva detto che stava uscendo da una cura a base di antibiotici.

Comunque aveva prelevato M. dicendo che sarebbero andati al parco di Città di Castello: la D. sapeva dove si trovasse.

Vi era il problema di non far sapere dell'uscita a Mas.Ge.: perciò si era parlato anche degli imminenti lavori all'asilo della bimba.

Tale problema era stato esaminato soprattutto quando la D. lo aveva raggiunto più tardi al parco, tanto che era stata fatta una telefonata all'elettricista C. per tale motivo.

Egli riteneva che quella mattina la D. si sarebbe presentata nel giro di poco tempo, anche perché si doveva trattare di un incontro a tre.

Egli comunque non sapeva di doversi occupare del pranzo.

Egli pensava invece di fare in tempo a tornare a pranzo a casa sua, tanto che aveva poi avvertito sua madre del ritardo all'ultimo momento.

L'acquisto dei pannolini risaliva a qualche tempo prima ed era un dono per la famiglia Ge., ma poi la busta era rimasta nella sua macchina.

Gli pareva di aver acquistato i pannolini al supermercato SMA unitamente alle siringhe monouso.

Smentisce che fosse stato fin dall'inizio programmato che egli tenesse la bimba fino alle 13,30.

Ribadisce il racconto incentrato sull'odore di cacca e sulla sopravvenuta necessità di cambiare la bimba e di recarsi all'appartamento.

Ribadisce altresì di essere rimasto chiuso fuori e di essersi recato a Sansepolcro dopo aver ricevuto la telefonata della M.

Afferma di aver parcheggiato la macchina nel piazzale davanti alla sua abitazione.

Al ritorno aveva cambiato la bambina usando malamente tre o quattro pannolini.

Subito dopo aveva rimesso a posto l'appartamento, piegando le coperte all'intorno, e infine aveva chiamato la D., invitandola a venirsi a

riprendere la bimba che a suo giudizio non stava bene e che aveva fatto i suoi bisogni.

Poco dopo aveva fatto una seconda telefonata, visto che la donna non arrivava, ma costei aveva detto di essere ormai nelle vicinanze.

Al parco, dove il G. ricorda la presenza di un cane che abbaiava, la bimba non voleva stare diritta e non voleva camminare: la D. lo aveva invitato a farla dormire, in quanto a quell'ora, a detta di lei, dormiva sempre.

Al parco aveva parlato alla D. dei pannolini da lui usati, che le avrebbe regalato.

Egli nella circostanza aveva segnalato che la bimba non stava bene ed aveva invano invitato la donna a controllarla: si era parlato anche dei lavori all'asilo.

Intorno alle 12 la madre si era allontanata convincendolo a tenere con sé la bimba, la quale era addormentata.

Poco dopo egli aveva parlato con S. e infine la bimba aveva cominciato a tossire e a vomitare, sporcando lui e se stessa.

G. l'aveva riaccompagnata all'appartamento dove aveva vomitato ancora.

Aveva cercato allora di avvisare sua madre del ritardo.

Poi l'episodio dei colpi al ventre della bambina, presa per i capelli.

Di lì a poco era corso in ospedale.

Dopo tale momento ricorda di aver cercato di chiamare la D. e di non averci parlato prima che con il suo telefono ci parlasse la dott.ssa P.

In ospedale la D. non gli aveva chiesto mai che cosa fosse successo, pur essendosi i due scambiati delle frasi alla presenza di altri.

All'arrivo in ospedale egli aveva certamente parlato di vomito e forse anche di una caduta.

Al termine dell'esame, dopo una lunga serie di contestazioni in ordine alla scarsa attendibilità del suo dire, il G. precisa che quella mattina si era convenuto con la D. di prendere la bimba, senza che fosse stato lui a proporlo.

59 - Balza agli occhi il fatto che le versioni del G. sono tutte, in misura maggiore o minore, diverse l'una dall'altra, nell'evidente tentativo di giustificare ciò che a mano a mano era venuto a conoscenza delle autorità inquirenti e di ciò che gli esami scientifici avevano consentito di appurare.

Così solo dal terzo interrogatorio compare nella ricostruzione l'appartamento di via A. e si tenta di spiegare il traumatismo riportato dalla bimba e inoltre a mano a mano si cerca di dar conto dei movimenti di quella mattina e del rapporto instaurato con la madre di M., descritto inizialmente con accenti di distacco e fastidio e invece progressivamente come attrazione sessuale in via di evoluzione verso una qualche ancora informe affettività.

Peraltro balza agli occhi anche che ciascuna versione del G. è comunque, più o meno, diversa da quella fornita al dibattimento dalla D., ciò anche su punti qualificanti quale quello degli accordi presi al mattino, dei tempi entro i quali la bimba sarebbe dovuta essere riconsegnata alla madre e delle condizioni della bimba nelle fasi della mattinata, per non parlare del rapporto intercorrente tra i due.

La pluralità e il contrasto delle versioni è già in prima battuta indizio grave della sostanziale inaffidabilità di ciascuna di esse.

Ora si tratta di verificare se gli elementi tecnico-scientifici valgano ad accreditare taluna di quelle versioni oppure a smentirle in radice.

L'analisi medico-legale delle cause della morte e la verifica dell'abuso sessuale

60 - L'analisi dei profili medico-legali, interpretati alla luce degli elementi di contesto, consentirà di giungere alla soluzione dei fondamentali quesiti evocati dal presente processo.

Un primo dato è desumibile da quanto osservato dagli operatori che il tragico 5 aprile ebbero ad occuparsi in varia guisa di M. dal momento in cui G. la trasportò al Pronto Soccorso.

Un secondo elemento di valutazione è costituito dalle risultanze dell'ispezione condotta dalla dott.ssa M. nella notte tra il 5 e il 6, allorché M. era ancora in vita, seppur in stato di coma ormai irreversibile.

Un terzo fondamentale parametro è costituito dall'esame autoptico (*Omissis*).

63 - Ma in realtà tutti gli elementi in varia guisa raccolti hanno formato oggetto di perizia, conferita nelle forme dell'incidente probatorio alla prof.ssa M.A. e alla dott.sa M.R.G.

Le valutazioni di tali periti costituiscono un dato imprescindibile del quale deve darsi immediatamente conto, per poi trarre le conclusioni in ordine ai due fondamentali quesiti anche alla luce delle osservazioni formulate dai consulenti della difesa.

Orbene, valutando sincronicamente quanto emerge dalla relazione scritta, dalle risposte orali fornite in sede di incidente probatorio e poi dalla deposizione resa in sede dibattimentale, risulta che i due periti hanno innanzi tutto valutato gli elementi destinati a chiarire le cause della morte della piccola M.

La prof.ssa A. e la dott.ssa G. hanno dunque rilevato che M. giunse in ospedale in arresto cardiorespiratorio, circostanza che statisticamente suggerisce una prognosi infausta.

Dando atto che l'attività cardiaca fu poi ripristinata nel volgere di circa 15 minuti, le predette hanno rilevato che la documentazione clinica consultata faceva emergere uno stato di sofferenza cardiaca, attestata dalla tachicardia persistente, dalla pressione arteriosa assai bassa e dalla mancanza di polsi periferici, nonché dall'emergere di un danno

miocardico, epatico e pancreatico, riconducibile all'insulto ipossico conseguito all'arresto cardiorespiratorio.

I periti hanno trovato conferma di ciò in una rilettura dei preparati istologici relativi al cuore, che ha posto in luce segnali di insulto ischemico.

Dallo studio del torace è risultata un'evidenza di infarto polmonare da embolia, correlata alla ripresa dell'attività o ad actelettasia.

Analogamente l'esame di milza, pancreas e fegato ha reso manifeste alterazioni da ipoafflusso.

A questo punto i periti si sono posti il problema di quale fu la causa dell'arresto, cui conseguì l'alterazione multiorgano e la morte della bimba.

Hanno partitamente esaminato l'ipotesi di una causa naturale e quella di un evento traumatico esterno.

Agevolmente hanno escluso la prima ipotesi, in quanto in assenza di malformazioni cardiovascolari, nella specie non sussistenti, l'arresto cardiaco, quale patologia naturale, non è mai nel bambino un evento improvviso, correlato a causa cardiogena, ma alla sua origine rinviene un'aritmia di tipo ipocinetico, con marcata bradicardia o asistolia, ed è sempre preceduto da arresto respiratorio.

In pratica l'arresto cardiaco costituisce un evento secondario a malattie croniche o conseguenza di una progressiva ipossiemia ed acidosi dovuta a patologia acuta respiratoria, neurologica o infettiva oppure a evento traumatico o ad ostruzione delle vie aeree.

Nella specie M. non era affetta da patologie tali da compromettere la sua funzione respiratoria mentre non sono stati rinvenuti segnali tipici di un'ostruzione acuta delle vie respiratorie (compressione di naso e bocca), quali la distensione o rottura dei setti alveolari, rilevabile in sede di esame istologico.

Ne discende quale scelta obbligata che l'arresto cardiaco dipese da causa traumatica esterna.

Tali considerazioni non sono in alcun modo attaccabili e costituiscono un punto fermo della ricostruzione.

In concreto i due periti, trascurando i fenomeni ecchimotici-escoriativi, rilevati a margine, hanno focalizzato la loro attenzione sui due complessi traumatici di maggior rilievo, coinvolgenti il capo e l'addome.

Quanto al capo hanno segnalato l'ematoma subdurale di mm. 3, rilevato dalla TAC e riscontrato in sede autoptica, ematoma a disposizione emisferica sinistra e frontale destra.

Quanto all'addome hanno ovviamente posto in rilievo le lesioni riscontrate dalla TAC e a seguito di laparotomia, cioè lo scoppio di un'ansa ileale e lacerazioni e contusioni del mesentere.

Le lesioni addominali avrebbero potuto determinare un esito infausto

solo in conseguenza di una peritonite settica, per prevenire la quale era stato ritenuto opportuno l'intervento chirurgico.

Di fatto quella complicanza non si verificò di talché la morte va correlata eziologicamente ad altro fattore traumatico.

Neppure è stata giudicata adeguata la spiegazione fornita da uno dei consulenti della difesa, circa una possibile inibizione vagale riflessa.

La letteratura non fornisce riscontri in tal senso anche sulla base di studi approfonditi in tema di traumi duodenali, riguardanti bambini (i casi di morte nel caso studiato furono eziologicamente ricondotti a concomitanti lesioni cerebrali).

Né risulta configurabile un trauma toracico, tale da aver prodotto un insulto cardiaco tanto grave, in quanto ecchimosi o ematomi al torace non furono rilevati nell'immediatezza, contrariamente a quanto osservato in regione addominale, e in quanto le ecchimosi osservate nel prosieguo, oltre che non gravi, sarebbero dovute agevolmente ricondursi alle pratiche rianimatorie.

L'arresto da inibizione vagale sarebbe dovuto concepirsi inoltre come fulminante e contestuale al trauma, il che non consente di ipotizzare la successiva ripresa del battito a seguito di pratiche rianimatorie.

Del resto l'ipotesi è stata ripresa al dibattimento dal prof. F., consulente della difesa, il quale tuttavia, contrariamente a quanto in origine prospettato, ha fatto riferimento a inibizione conseguente non a stimolazione addominale, ma genericamente a stimolazione di uno dei siti sensibili, compreso il collo.

Non a caso, sollecitato sul punto, il prof. F. è giunto ad ipotizzare che il trauma addominale non sia stato contemporaneo a quello al collo e che l'insulto potrebbe aver prodotto non un immediato arresto, bensì un semplice rallentamento del battito cardiaco fino alla crisi ipossica.

Ma per tale via l'ipotesi ricostruttiva finisce per sfilacciarsi e per risultare del tutto astratta e inutile allo scopo, in quanto non correlabile a nessuna specifica ricostruzione (si consideri che stando alla versione del G. sarebbe avvenuto solo un traumatismo addominale).

Nel caso di inibizione vagale potrebbe invero prospettarsi un arresto immediato, tuttavia non compatibile con il lasso di tempo trascorso anche in base al racconto del G., tra il momento del traumatismo e quello del trasporto in ospedale, oppure un arresto seguito a rallentamento, nel qual caso però non sarebbe possibile chiarire in alcun modo in quale momento, come e perché sarebbe intervenuto quel fattore che avrebbe scatenato l'inibizione vagale, diverso dal trauma addominale.

L'assunto risulta dunque privo di concretezza oppure finisce per sovrapporsi senza residui alla tesi ricostruttiva sostenuta dai periti di cui infra.

Il fattore traumatico determinante è dunque connesso alle lesioni al capo.

Hanno osservato i periti che alla falda emorragica esterna facevano riscontro un diradamento del capillizio, due ecchimosi frontali, un'ecchimosi in regione occipitale e l'infiltrazione sottogaleale occipito-parietale destra, peraltro non accompagnata da infiltrazioni ematiche a livello dei muscoli temporali.

Ed invero va qui richiamato quanto riscontrato sia dalla tomografia assiale eseguita in più fasi sia in sede di esame autoptico, allorché l'esame esterno ha posto in luce l'ecchimosi in regione occipitale e la zona eritematosa corrispondente allo stravaso poi riscontrato al di sotto del cuoio capelluto.

I due periti hanno rilevato che ecchimosi ed eritema costituivano segni assai modesti e inidonei a rivelare un evento traumatico di tipo contusivo al capo in grado di determinare emorragie endocraniche.

Agevolmente la prof.ssa A. e la dott.ssa G. hanno segnalato come la casistica smentisca radicalmente l'assunto di un possibile insulto endocranico conseguente a cadute da altezza modesta fino a m. 1,40: del resto rientra nella comune esperienza che i bambini sopportino traumi di portata anche non modesta, senza conseguenze diverse da ematomi o bernoccoli.

Nella specie la lesività esterna è sicuramente espressione di un traumatismo, che potrebbe correlarsi allo strappo dei capelli o ad una caduta o ad un colpo in qualche guisa inferto (ma il diradamento marcato del capillizio in regione associato all'ecchimosi e allo stravaso al di sotto del cuoio capelluto fa pensare come causa primaria proprio ad una violenta azione culminata nello strappo dei capelli): sta di fatto che ciò non vale a dar contezza della falda emorragica subdurale.

Ed allora **si impone l'ipotesi ricostruttiva dello *shaking***, cioè dello scuotimento del bambino, che provoca rapidi movimenti del capo, cui la muscolatura infantile non oppone resistenza adeguata.

Si badi in proposito che i consulenti del P.M., i quali inizialmente non avevano colto il convergere sincronico dei vari elementi verso tale conclusione, hanno poi convintamente aderito ad una siffatta ricostruzione, mostrando al dibattimento di concordare con la tesi dello *shaking*, in quanto idonea a spiegare una pluralità di evidenze di carattere medico-legale.

Ed infatti i due periti, la cui analisi sul punto appare a dir poco luminosa per il metodo e per il merito, hanno osservato che lo scuotimento produce un danno assonale: si ritiene al riguardo che vi sia all'origine del danno cerebrale uno stiramento con lesione del nevrasse a livello della giunzione cranio-cervicale, che determina apnea, cui segue ipossia e per effetto di quest'ultima edema cerebrale con aumento di pressione

endocranica e riduzione della perfusione fino all'ischemia e all'acidosi, con conseguente danno assonale.

La letteratura di settore descrive l'ematoma subdurale come conseguenza dello stiramento delle vene cerebrali superiori (vene a ponte) che penetrano nell'aracnoide attraverso lo spazio subdurale oppure come conseguenza diretta dell'edema.

Sta di fatto che nel caso di specie tutti gli elementi disponibili convergono verso la medesima conclusione: si è rilevato infatti che in età infantile l'emorragia subdurale è in genere rivelatrice di *shaking*; che allo *shaking* è legata un'alta mortalità; che nei bambini più grandi lo *shaking* si inserisce in un quadro di segni di maltrattamento; che il danno cerebrale produce la difficoltà respiratoria che poi attraverso la bradicardia sfocia nell'arresto cardiorespiratorio; che i bambini condotti in ospedale moribondi, dopo un episodio di arresto cardiorespiratorio presentato un grado di edema diffuso; che lo spandimento emorragico non di rado è limitato e non tale da imporre l'intervento chirurgico; che per lo più nei bimbi morti per trauma cranico il segno più frequente è correlabile a danno ipossico; che la TAC rileva spesso falde di spandimento ematico subdurale sottili a distribuzione emisferica con associato edema cerebrale; che d'altro canto l'emorragia subdurale con arresto respiratorio si spiega solo in presenza di grandi traumatismi, dovendosi altrimenti ravvisare uno *shaking*; che va sospettato lo *shaking* in tutti i casi in cui vi sia discrepanza tra il quadro clinico e la spiegazione fornita da chi accompagna il bambino in ospedale.

La straordinaria suggestione di tali osservazioni non può che condurre in una valutazione complessiva di esse all'unica possibile conclusione: l'essere M. Ge. stata vittima di *shaking* con conseguenze mortali.

In tal senso depongono del resto l'assenza di controindicazioni e dunque di plausibili spiegazioni alternative e per contro il positivo riscontro di un ematoma subdurale, di un edema cerebrale, attestato già dalla TAC e confermato dall'autopsia, ed ancora di stravasi riscontrati nel corso dell'autopsia all'altezza del collo (marcata infiltrazione ematica alla sezione degli organi del collo in corrispondenza della loggia vascolare a destra e in corrispondenza del capo clavicolare del muscolo sternocleidomastoideo di sinistra).

A questo proposito va rilevato come la spiegazione delle evidenze lesive fornita dal G. nel corso dei suoi interrogatori (l'aver egli alzato la bimba per i capelli e colpito la medesima con due o tre colpi all'addome inferti a mano aperta, ciò che avrebbe determinato la caduta a terra di M.) risulti radicalmente smentita.

Essa, di per sé poco attendibile sul piano logico e psicologico, aveva in realtà una base meramente opportunistica, in quanto volta a dar contezza dei segnali esterni di maggior rilievo, costituiti dal trauma addominale

e dal trauma al capo, segnali con i quali il G., per sua ammissione il solo rimasto nel corso della mattina in compagnia della bimba, doveva fare i conti cercando di riportarne il minor danno possibile: la brillante analisi della prof.ssa A. e della dott.ssa G. è valsa tuttavia a scompaginare i suoi piani e ad aprire un varco decisivo ai fini dell'esatta ricostruzione di ciò che avvenne quella drammatica mattina (*Omissis*).

65 - Così può ora impostarsi l'analisi del problema cruciale riguardante la ravvisabilità o meno di abusi di tipo sessuale.

Anche in questo caso le osservazioni della prof.ssa A. e della dott. ssa G. appaiono stringenti e lucide.

Per vero già i consulenti del P.M. avevano rilevato segni conducenti.

Ma tali segni vengono mirabilmente inquadrati dai due periti.

Si osserva infatti sulla base della letteratura specializzata che la penetrazione ano-genitale non necessariamente lascia segni inequivoci, ben potendovi essere situazioni di abuso conclamato in cui la semeiotica medica è negativa e casi in cui vi sono segni clinici che tuttavia non possono dirsi specifici, in quanto correlabili anche a patologie diverse.

Ciò vale non solo nei casi in cui l'abuso venga scoperto a distanza di tempo ma anche quando la visita venga effettuata nell'immediatezza.

Quindi va subito sgomberato il campo dall'osservazione secondo cui la mancanza nella specie di lacerazioni della mucosa anale avrebbe carattere dirimente.

Si rileva infatti che vi possono essere segni che in quanto simultaneamente presenti ben possono condurre l'interprete a ravvisare un caso di abuso.

Nella letteratura, si fa notare, sono indicati le lesioni addominali, le ecchimosi agli arti e le ecchimosi ai glutei.

Ed è di tutta evidenza che nel caso di specie questi tre tipi di lesività ricorrono, con la peculiare caratterizzazione delle ecchimosi al gluteo, ben interpretabili come impronte digitate e prive di spiegazione alla luce del racconto del G. anche nell'ipotesi in cui volesse ipotizzarsi che la bambina fosse ricaduta sul proprio sederino.

Ma nel caso di specie ricorrono anche segni specifici e direttamente conducenti.

Si allude soprattutto all'alone ecchimotico perianale e alla dilatazione dell'ano.

Quanto all'alone si è già detto come i due periti avessero dapprincipio indugiato a considerare presente tale lesività, pur segnalandone l'eventuale valenza.

Sta di fatto che le diverse valutazioni da essi fornite al dibattimento, condivise dalla Corte, consentono di attribuire all'alone ecchimotico un significato pregnante e unidirezionale.

Peraltro, come osservato dagli stessi periti, le conclusioni non mute-

rebbero troppo nel caso in cui volesse parlarsi di congestione piuttosto che di ecchimosi: la differenza sarebbe costituita dal fatto che vi sarebbe stata pur sempre un'anomala distensione da compressione, non seguita da stravaso, distensione tuttavia parimenti indicante un'azione anomala in sito.

Quanto alla dilatazione, vi è ben poco da disquisire in ordine alla sua teorica significatività (*Omissis*).

Orbene, in letteratura si legge che una dilatazione superiore a un centimetro o per alcuni a due centimetri è di per sé idonea a supportare un'ipotesi di abuso (*Omissis*).

Sulla scorta di tale corposo - e non adeguatamente smentito - armamentario di argomenti i due periti, peraltro in sintonia con i consulenti del P.M., sono pervenuti dunque alla conclusione che gli elementi acquisiti suggeriscono l'ipotesi dell'abuso sessuale anche per penetrazione.

La conferma della causa di morte e dell'abuso sessuale alla luce del dato circostanziale

66 - Per vero i periti hanno valorizzato anche dati circostanziali.

Ma una siffatta valutazione di contesto pertiene più propriamente alla Corte, che sulla base delle valutazioni medico-scientifiche deve giungere ad una conclusione in termini di certezza processuale previo vaglio di "tutte le evidenze disponibili" e degli argomenti antagonisti.

In realtà il compito s'appalesa a questo punto tutt'altro che arduo.

Vanno infatti considerate le risultanze del sopralluogo del RIS e le analisi compiute sui vari reperti, oltre che la collocazione di questi nel tempo.

Orbene, può dirsi subito che l'appartamento di via A. si è connotato a tale stregua non come luogo di rilassamento disimpegnato dello spirito o di riposo del corpo e della mente, bensì esclusivamente come sede di convegni a base erotico-sessuale.

Tutto parla di tale precipua funzione, dalle tracce di sangue a quelle di liquido seminale, disseminate un po' ovunque e peraltro appartenenti a soggetti maschili e femminili diversi.

Né può sottacersi il fallo in plastica, che di certo non aveva scopo meramente allegorico.

Culmine di tale specifica rappresentazione è la trapunta bianca contenuta in fondo al sacco bianco con manici, rinvenuto addossato alla parete di destra dietro alla porta di ingresso.

Quella trapunta reca il segno della commedia umana, destinata a finire in tragedia, in quanto su di essa sono state rinvenute tracce spermatiche del G., perfino risalenti tracce spermatiche del marito della M. (la trapunta era stata in passato utilizzata nella casa coniugale della donna e poi da lei portata in via A.), tracce frammiste del G. e della M. e una traccia di sangue della piccola M. in una sorta di mescolanza

frutto delle stratificazioni temporali di una recita sempre uguale a se stessa (*Omissis*).

Ebbene, in tale contesto viene inserita M., la piccola sfortunata M., che da quella casa uscirà nelle condizioni di cui si è fino ad ora discettato.

67 - Segni di M. ve ne sono tanti e tutti dal significato univoco (*Omissis*).

68 - Tutto ciò milita a dar contezza dell'accaduto.

G. non si diresse all'appartamento per caso e per un fatto sopravvenuto: l'assenza di feci nel primo pannolino da sola disvela il carattere surrettizio di tutta la ricostruzione da lui fornita con specifico riferimento al motivo (appunto l'asserito cattivo odore di feci) per cui egli, mutando all'improvviso destinazione, si sarebbe diretto colà con la bimba.

Inoltre le stufette rinvenute nell'appartamento erano direzionate non verso il letto bensì verso la parete di destra, dinanzi alla quale si trovava anche il tappeto, su cui sono state rinvenute numerose formazioni pilifere.

D'altro canto a terra, in sito compatibile con un'azione compiuta in corrispondenza del tappeto e a fianco del letto, sono stati rinvenuti due dei bottoni staccati dalla maglia di lana di colore rosa, indossata quel giorno da M., bottoni evidentemente staccati da chi, in realtà senza alcuna diversa plausibile ragione, aveva un'irrefrenabile ansia di giungere al denudamento della piccola, di certo non reso necessario dal mero cambio del pannolino.

Non può inoltre sottacersi che il successivo rinvenimento di formazioni pilifere della bimba tra i due materassi, che al momento dell'accertamento erano coperti da lenzuolo e coperte, è incompatibile con tutte le ricostruzioni del G., incentrate su un unico strappamento di capelli nella zona del tappeto.

E ancora s'appalesa incongruo in relazione a qualsivoglia delle versioni dell'uomo, a detta del quale egli avrebbe lavato la bimba nel catino nella prima parte della mattinata, strappandole i capelli in occasione della perdita di controllo avvenuta verso le 12,30/12,40, il rinvenimento del catino azzurro a fianco dei vari sacchi e per giunta con formazioni pilifere attaccate alla superficie inferiore di esso.

Se in tale quadro si valutano le tracce di liquido seminale, soprattutto quelle presenti sull'asciugamano contenuto nella busta O, la stessa del lenzuolo con il vomito, l'alone ecchimotico perianale, la abnorme dilatazione dell'ano, la traccia frammista sul body e perfino le lesioni, tipo sgraffi, riportate sul dorso dal G., individuate dalla dott.ssa M. e tutte compatibili con unghiate della piccola recalcitrante, si giunge ad una semplice quanto terribile conclusione.

M. fu vittima di un bestiale sfogo di libidine propiziato da coiti orali

e penetrazioni anali, attuate con il pene e/o con altri strumenti, quali ad esempio le dita o addirittura il fallo di plastica (sul tavolo settorio ne è stata dimostrata la compatibilità con la dilatazione): certo è che l'anello ecchimotico testimonia la compressione posta in essere in quella regione e che la dilatazione attesta l'indotta grave lassità del muscolo sfinterico (*Omissis*).

Si ha pudore a descrivere le possibili azioni dell'uomo: di certo esse interessarono sedi diverse del corpo della piccola, abbrancata, tenuta ferma, ripetutamente scossa.

Soprattutto scossa.

La rarefazione del capillizio e le ciocche rinvenute in casa danno contezza non di un improvviso raptus, bensì di una condotta sistematica e ripetuta, interessante la regione occipitale dalla quale le formazioni pilifere furono strappate.

Del resto la versione del G., incentrata su un'improvvisa e irrefrenabile perdita di controllo, è in contrasto con lo stesso carattere di lui, con il suo abituale non scomporsi, tanto da essere apparso sufficientemente tranquillo perfino in ospedale e da aver fatto egli stesso riferimento in uno degli interrogatori al suo carattere, al fine di spiegare l'atteggiamento a mano a mano tenuto (vedersi rovesciare addosso da innocente accuse sempre più gravi, questo sì, avrebbe dovuto far perdere la testa e non soltanto suggerire racconti fantasiosi dall'evidente quanto vana finalità giustificazionista).

Va in particolare osservato che quello strappamento si combina invece con una ripetuta azione di scuotimento che, unitamente alla ferita in regione retroauricolare, sembra correlabile alla ricerca dell'orgasmo, anche per il tramite di un coito orale.

Le lesioni in regione addominale a loro volta sono in varia guisa spiegabili come imposizione, presumibilmente su una superficie rigida (forse in terra sul tappeto), del corpo dell'uomo su quello della vittima, il primo grosso e imponente, la seconda fragile ed esile, in una progressiva e inarrestabile perdita di controllo plurilesiva, fino alle compressioni che determinarono lo scoppio dell'ansa ileale e i fenomeni pseudodiverticolari, specificamente attribuibili ad una compressione attuata con tutto il corpo o con un ginocchio (e perfino con le mani, ad esempio ipotizzando una presa in cui aderivano il corpo dell'uomo e la schiena della bimba).

Nel complesso si registrò una manifestazione di forza bruta diretta su un corpo piccolo e del tutto indifeso, esposto a violenze e prevaricazioni di ogni sorta.

Fra l'altro la ferita sotto la pianta del piede destro ha una forma assai singolare, che richiama da vicino un morso.

Una volta smentita la ricostruzione del fatto lesivo proposta dal G.,

che non dà conto dello *shaking* e non riesce a giustificare convenientemente né le ragioni della sua improvvisa perdita di controllo né le modalità con cui cagionò l'emorragia subdurale e lo scoppio dell'ansa ileale, non vi sono argomenti antagonisti da opporre (*Omissis*).

69 - In tale agire non breve e fuori controllo il G. produsse fra l'altro quel tipo di lesione da *shaking* che determinò per una successione di conseguenze causalmente correlate l'arresto cardiorespiratorio e quindi la morte della bimba.

In proposito si è chiesto ai periti e ai consulenti di far luce su un altro dato significativo, quello della collocazione dell'azione nell'arco della mattinata.

Non si è avuta altra risposta che quella incentrata sul carattere recente del traumatismo, da non intendersi peraltro nel senso dell'immediatamente prima ma nel senso dell'inserimento dell'azione in un arco di tempo estensibile fino a poche ore prima dell'arrivo in ospedale.

Si è avuto comunque cura da parte dei consulenti del P.M. e dei periti di chiarire che le conseguenze dello *shaking* costituiscono un fenomeno in progressione che va dalla rottura delle vene a ponte al prodursi dell'edema cerebrale, cui può conseguire vomito e forte sonnolenza fino alla perdita di coscienza con arresto respiratorio e arresto cardiaco.

A tale stregua è dunque ancora una volta il dato circostanziale a dirimere la questione in termini di certezza (*Omissis*).

Può dunque affermarsi con assoluta certezza che la morte fu causata da un traumatismo culminato nello *shaking* e connotato da grave abuso sessuale, verificatosi prima delle 10,44 del 5 aprile.

La prova della reiterazione delle condotte di abuso

70 - Ci si deve allora domandare se l'episodio del 5 aprile costituì un *unicum* ovvero se esso fece seguito ad analoghi episodi pregressi.

Correlativamente ci si dovrà domandare, ed è ciò che più conta in questa sede, se T. D. fosse o meno consapevole di affidare la bimba a chi ne avrebbe fatto scempio.

Va subito osservato che uno dei capisaldi della versione difensiva è che M. fosse stata consegnata al G. solo in occasione del fatto più grave e in un'occasione precedente, allorché il G. l'avrebbe trattenuta con sé per non più di un'ora, senza allontanarsi troppo dall'abitazione di San Giustino e limitandosi a comprarle un piccolo giocattolo.

Nel contempo si è sempre negato sia dal G. che dalla D. che costei avesse conoscenza dell'appartamento di via A.

Purtroppo le risultanze processuali e primariamente quei formidabili testi muti che sono costituiti dai sacchi rinvenuti nell'appartamento di via A. dimostrano il contrario (*Omissis*).

Ed allora risulta estremamente significativo il fatto che sulla trapunta sia stata rilevata l'ormai nota traccia di sangue appartenente a

M. e che nella busta N siano state rinvenute formazioni pilifere.

Tale traccia e tali formazioni, che per un verso evidenziano un traumatismo simile a quello ben più grave del 5 aprile, correlabile anche alla traccia di sangue rinvenuta sul bidet, di certo non adeguatamente lavato al punto da recare ancora tracce di liquido biologico del D., dall'altro valgono a collocarlo cronologicamente in epoca di poco anteriore alla metà di marzo.

71 - Ma i sacchi offrono plurime conferme di tale ricostruzione.

Nella busta P infatti sono stati rinvenuti numerosi oggetti riferibili all'uso fattone da un bimbo o da una bimba, come una confezione di S. e la carta e un bastoncino di chupa chups, cioè di un lecca lecca.

D'altro canto nella busta sono state rinvenute anche confezioni di yogurt sia vuote che inutilizzate, peraltro recanti la scadenza del 18 marzo 2004.

Infine sono stati rinvenuti fogli spiegazzati, recanti tracce di disegni o scarabocchi a pennarello fosforescente, come quelli presenti all'interno dell'appartamento.

Orbene, lo yogurt era un tipico alimento di M. e anche il G., come riferito da Mas.Ge., era ben a conoscenza di ciò, tanto da averne comprati per la bimba.

Il lecca lecca non era invece alimento utilizzato dal G. (lo ha escluso la madre e la stessa M., al di là del maldestro tentativo dell'uomo di accreditarsi come consumatore di quel tipo di dolcetto).

Gli scarabocchi corrispondono al tipico modo di esprimersi di M., che all'epoca poteva contare su una modesta manualità, peraltro correlata all'età (*Omissis*).

Ed allora, valutata la natura e le caratteristiche dei reperti, può dirsi che gli stessi risalissero ad epoca antecedente la scadenza dello yogurt, cioè il 18-3-2004, e fossero tutti in varia guisa riferibili a M.Ge., come ulteriormente dimostrato dal fatto che nella busta P erano presenti altre formazioni pilifere, risultate morfologicamente compatibili con i capelli della bimba: del resto la compatibilità morfologica in quel microcontesto equivale a certezza dell'appartenenza, tanto più che in un caso di assenza di DNA nucleare (formazioni pilifere presenti nei fazzolettini rinvenuti in busta Q) il perito D'A. ha proceduto all'analisi del DNA mitocondriale, ottenendo conferma della riferibilità a M.

Non è un caso che nell'appartamento sia stata rinvenuta una sola formazione pilifera non attribuibile a M., quella conficcata in una fessura dell'armadio.

Ma tali elementi confermano pienamente che M. era stata presente nell'appartamento almeno una volta intorno alla metà di marzo e abbastanza a lungo per poter disegnare, mangiare lo yogurt ed essere fatta oggetto delle attenzioni del G. (*Omissis*)

Ed allora si ha riscontro di una pregressa presenza di M. parimenti connotata da traumatismo e da abuso (si consideri che la traccia di sangue della trapunta era collocata non distante da una traccia di liquido seminale del G.).

Le bugie di T.D.

72 - Ciò consente immediatamente di focalizzare un profilo determinante: T.D. con riguardo alle consegne di M. al G. ha certamente mentito.

Ella infatti a suo dire avrebbe affidato la bimba al G. solo in un'innocente occasione precedente.

Ha anche sostenuto l'imputata che il G. qualche volta avrebbe accompagnato lei e la bimba in auto all'asilo.

Inoltre la D. ha sempre escluso di aver mai avuto notizia dell'appartamento di via A.

Tre affermazioni sistematicamente smentite (*Omissis*).

Ciò accredita in modo concreto l'ipotesi che una consegna fosse avvenuta alla fine di febbraio, dovendosi tener conto che il giorno 24 febbraio, all'insaputa del marito, la D. non aveva accompagnato M. all'asilo, adducendo di volerla far giocare in un baby park, e che proprio alla fine di febbraio E.M. aveva visto la bimba allontanarsi con il G.

Come se non bastasse, va segnalato che la stessa E.M. ha riferito che la bimba fu certamente affidata al G. alla fine di gennaio (o prima del 9 febbraio), allorché ella la vide con dei lividi sul volto e la D. le spiegò che la bimba si era fatta male mentre si trovava con il G. alle giostre di Sansepolcro (*Omissis*).

L'insieme di tali elementi dunque suffraga l'assunto che la D. ha fornito in relazione al tema delle consegne e degli accompagnamenti all'asilo una versione difensiva non veridica, fra l'altro avendo certamente taciuto l'episodio della metà di marzo cui va fatto risalire un pregresso abuso nei termini sopra indicati.

73 - Ma ancor più grave e, si direbbe, clamorosa è la prova della menzogna in ordine al terzo punto, quello della conoscenza dell'appartamento di via A. (*Omissis*)

Non si vede come possa pensarsi che proprio la D., la quale con il G. aveva certamente un rapporto non occasionale e che addirittura era giunta a sbandierare alle amiche un progetto di prossima convivenza con l'uomo, non ne sapesse nulla.

Sta di fatto che al dibattimento è stata raggiunta la prova della conoscenza dell'appartamento da parte dell'imputata e della sua frequentazione di esso unitamente alla piccola M. (*Omissis*)

Ne discende che sulla scorta di quanto riferito dal C. deve ritenersi raggiunta la prova di un elemento di straordinario rilievo: in quell'appartamento T.D. accompagnava la bimba, sebbene costei piangesse

disperatamente e cercasse di aggrapparsi con le sue manine al "portone del pianto" (*Omissis*).

Il ruolo e la consapevolezza di T.D.

74 - Se dunque è provato che M. fu sottoposta ad abuso sessuale sia il 5 aprile sia almeno alla metà di marzo, che la D. per parte sua ha mentito in ordine alle consegne della bimba al G. e ancora che la donna aveva conoscenza dell'appartamento di via A. dove gli abusi avvenivano, avendo ivi accompagnato M., può assai agevolmente procedersi all'analisi del tema che maggiormente rileva in questo processo: la previa consapevolezza da parte della D. degli abusi sessuali progettati dal G.

L'imputata si è difesa asserendo di essersi sempre fidata dell'uomo ed è giunta a spendere perfino una carta di tipo personologico, la consulenza del prof. F.B., da cui risulterebbe la sua tendenza a fidarsi.

Ma è ovvio che si tratta di argomento tautologico, che vale in quanto non risulti circostanziatamente il contrario.

La D. ha motivato la sua fiducia, asserendo che ella era legata al G. da una relazione affettiva, che sarebbe dovuta sfociare in una vera e propria convivenza, e che per parte sua il G. non aveva mai tenuto condotte tali da indurla a sospettare.

Ciò a suo dire spiegherebbe soprattutto l'affidamento della bimba avvenuto la mattina del 5 aprile.

75 - Ma la rilettura di quanto accaduto in quella drammatica giornata, alla stregua di tutte le certezze processuali ormai acquisite, non conforta le tesi difensive ed anzi le smentisce radicalmente (*Omissis*).

La verità è che il G. era ben più interessato alla figlia piuttosto che alla madre, al di là dell'attrazione fisica, fine a se stessa.

Ed anche sul versante della D. le valutazioni non possono essere diverse.

Ella per vero sbandierava al vento con le amiche i suoi propositi di imminente passaggio sotto l'ala protettiva del G., ma al dibattimento ha compiuto una radicale marcia indietro, assumendo che in realtà vi era solo il progetto da realizzare in un non precisato futuro.

Ciò rivela il suo strumentale istrionismo, avendo ella l'esigenza di strutturare una situazione che potesse giustificare agli occhi dei terzi e soprattutto della M., che la criticava per questo, i ripetuti affidamenti di M. al G.

In nessun caso comunque vi sarebbe stato motivo di propiziare quella ravvicinata conoscenza esclusiva tra la bimba e l'uomo.

Il rapporto tra la D. e il G. non era troppo diverso da quelli che la donna aveva intessuto e a margine continuava a tessere, telefonicamente o di persona: alla base vi era lo stesso *humus*, costituito dalla ricerca spasmodica di uno sfogo sessuale accompagnato dalla prospettiva di una svolta, da ottenere ad ogni costo (*Omissis*).

Dunque priva di reale giustificazione, in funzione di un'improbabile convivenza, sarebbe dovuta considerarsi qualsiasi ipotesi di affidamento di M. al G.

76 - Eppure costui tornava alla carica, sapendo di non incontrare ostacoli di sorta.

Ciò fece evidentemente anche il 5 aprile.

La famiglia Ge. in quei mesi era riuscita a tirare avanti solo perché all'occorrenza interveniva il G. a saldare i conti o a prestare ausilio economico (le risultanze acquisite dimostrano la sostanziale insostenibilità delle spese per affitto, utenze e tutto il resto con le ordinarie entrate, dovendosi anche tener conto dei costi rivenienti dall'uso smodato del telefono da parte della D.): così il G. anticipava lo stipendio, regalava la prima Panda, interveniva per pagare le riparazioni, garantiva la retta dell'asilo, donava generi di consumo, anticipava il denaro per la seconda Panda, fra l'altro in un periodo in cui egli stesso si trovava in difficoltà al punto da non riuscire a restituire il denaro avuto in prestito dalla madre.

Il rapporto tra la D. e il G. aveva dunque una pluralità di sfaccettature.

Quel che può dirsi certo è che non si trattava di relazione platonica da non consumarsi prima di una certa data, come ancora una volta istrionicamente riferito dalla D. al P.: l'esatto contrario risulta dalle dichiarazioni della teste C., che ha fotografato l'incredibile situazione della presenza mattutina del G. in casa e del Ge. fuori con la bimba.

Peraltro l'uomo era legato alla famiglia e alla donna in particolare, non per le ragioni addotte.

Non possono essere uno o più rapporti sessuali a mutare all'improvviso una persona o un'idea della vita.

La D. doveva dunque offrirgli qualcosa di più e di diverso per cui egli fosse disposto anche a sostenere economicamente la famiglia, pur versando in difficoltà, come se della sua mente si fosse ormai impadronito un tarlo: il contatto con la D. doveva dunque essere diventato per lui una ricerca dell'estremo e della trasgressione, quella che in fondo egli cercava in modo assai più innocente con la M., indulgendo in coiti orali, utilizzando il fallo di plastica o facendo indossare alla donna indumenti piccanti o ancora protraendo il tempo dell'orgasmo (*Omissis*).

77 - In tale ottica gli accordi del 5 aprile si spiegano assai più facilmente.

La D., a suo dire, avrebbe accondisceso alla richiesta dell'uomo per le ragioni indicate (*Omissis*).

Ma è in realtà impensabile che una madre, solo in una prospettiva ancora incerta di non imminente convivenza, potesse preferire di non

mandare la figlia all'asilo e di consentire che in una fredda, assai fredda mattinata di aprile (poco più di 6° alla stazione di Santa Fista, come attestato dalle temperature di cui è stata acquisita la registrazione giornaliera attraverso la deposizione del teste Vento) la bimba potesse andarsene in giro da sola con un quasi estraneo, senza alcuna idea su come l'uomo avrebbe trascorso il tempo e potuto gestire gli eventuali, possibili contrattempi.

D'altro canto appare assurdo che potesse concepirsi l'idea di un incontro ravvicinato tra uomo e bimba in assenza della madre, quando, a rigore, il rapporto sarebbe dovuto intercorrere con quest'ultima: ciò vale per la D., che non avrebbe avuto motivo di favorire quel rapporto e vale per il G. che non avrebbe avuto ragione né di chiederlo né di accettarlo (*Omissi*s).

Il G. aveva a disposizione un appartamento per tenere al caldo la bimba e per provvedere ad ogni incombenza, ciò di cui la D. era in realtà consapevole.

In altre parole si ha sul piano logico conferma del fatto che il G. ben sapeva dall'inizio dove sarebbe andato, cioè non genericamente in un parco, bensì in un luogo chiuso definito, e che l'affidamento della bimba da parte della madre implicava necessariamente tutto questo (*Omissis*).

La D. avvertì infatti il bisogno di inventare una storia e di accreditare la tesi che la bimba si trovasse in un parco proprio perché ella sapeva che in quel momento la realtà era tutt'affatto diversa, non essendovi altrimenti motivo di mentire e potendo semmai la stessa D. effettuare una telefonata al G. per aver ragguagli in ordine a ciò che stava accadendo.

Ma non risulta che la donna quella mattina e in quello strategico orario avesse fatto telefonate di sorta (*Omissis*).

81 - Tutto ciò concorre a far chiarezza anche sull'ulteriore questione dei tempi di riconsegna inizialmente programmati.

Deve in effetti ritenersi che la bimba dovesse essere riconsegnata ben prima delle 13,30: non solo ciò è stato sostenuto dal G. ma risponde pienamente alla logica del rapporto.

Se per davvero costituiva un problema Mas.Ge., sarebbe stato sufficiente raccontargli - e alla D. non mancava certo il modo di raccontar bugie - che M. non era stata portata all'asilo perché non si era sentita troppo bene, senza che il G. dovesse essere necessariamente costretto a trattenere la bimba per tante ore con tutti i possibili inconvenienti del caso.

Fu invece proprio quel malessere inopinato e sopravvenuto a mettersi di traverso, costringendo i due a modificare i loro piani.

La bimba era infatti palesemente in precarie condizioni di salute,

tanto che intorno alle 11 era apparsa a B.F. del tutto abbandonata.

Il G. e la D. avrebbero potuto sperare che poi la bimba si riprendesse, ma a quel punto si sarebbe reso necessario protrarre l'assenza per non dare, questa volta sì, immediate giustificazioni al padre (*Omissis*).

Ciò dimostra dunque che l'affidamento della bimba aveva un'ottica ben precisa e di certo non implicava alcun intervento della madre, che esso si sarebbe dovuto protrarre per uno spazio temporale congruo e che invece le condizioni di M., già precarie, costrinsero i due a trovare soluzioni diverse (*Omissis*).

84 - Di assoluto rilievo si reputa quanto avvenne a più riprese in ospedale, dove la madre - a metà tra il dramma e la pura rappresentazione - tenne un contegno ancora una volta ampiamente rivelatore.

Per la verità ella dapprincipio continuò a non rispondere ad una seconda chiamata del G. delle ore 13,06.

Ma poi, quando evidentemente il Ge. si era ormai allontanato, rispose alla successiva telefonata fatta alle 13,28 dalla dott.ssa P. col telefono del G.

Tale telefonata costituisce un dato di riferimento di estrema importanza.

Deve premettersi che la D. ha negato al dibattimento di aver mai avuto notizia di un vero malessere di M. nel corso della mattinata, essendosi ella limitata, a suo dire, a vedere la bimba dormire sul sedile posteriore dell'auto del G.

Si è peraltro detto come quella sonnolenza di per sé fosse tutt'altro che normale.

Sta di fatto che la madre non avrebbe dovuto avere sentore di malesseri e sarebbe dovuta dunque rimaner sorpresa addirittura alla notizia di un ricovero ospedaliero.

Orbene, risulta che la P. innanzi tutto parlò con il G. il quale le riferì di essere stato rassicurato dalla madre, perché quindici giorni prima la bimba aveva avuto l'influenza e preso l'antibiotico, cosicché il vomito sarebbe dovuto attribuirsi alla malattia.

Successivamente la dott.ssa P. nel corso della citata telefonata parlò con la D.: ella le fece cenno delle condizioni della bimba, pur non calcando la mano, e comunque di certo non parlò di influenza: ha sostenuto la predetta teste che fu invece la D. del tutto inopinatamente a mostrare di essere a conoscenza di una qualche difficoltà della bimba, non a caso facendo riferimento alla pregressa influenza e all'assunzione dell'antibiotico "P.".

La P., notando che la donna si mostrava restia a venire, fu costretta a segnalare che non si trattava solo di vomito e che vi era la necessità che la D. venisse.

Si tratta di episodio di estrema importanza, perché in realtà quella

giustificazione fornita dalla D., certo risibile rispetto al dramma in atto, rivela il previo accordo con il G., implicando un identico riferimento agli stessi argomenti e perfino al vomito, evidentemente già conosciuto dalla donna.

Ciò significa dunque che nell'incontro avvenuto tra le 11,20 e poco prima delle 12 al parco i due, come anticipato, avevano concordato una strategia da spendere all'occorrenza, incentrata sugli strascichi della precedente influenza e sull'assunzione degli antibiotici, certo non immaginando che le condizioni di M. fossero a quel punto così serie.

Del resto la strategia iniziale era almeno in parte già saltata, dopo che il G. si era visto costretto a trasportare la bimba in ospedale senza poter parlare di nuovo con la madre, pur chiamata, e l'uomo non era stato assolutamente in grado di elaborare da solo qualcosa di diverso (*Omissis*).

86 - Escluso il riferimento a cadute o simili, deve aggiungersi che la D. non aveva più avuto modo di parlare con il G.: pertanto prima del suo arrivo in ospedale, a voler credere a quanto da lei riferito circa le condizioni di M. alle 12, ella a rigore non avrebbe dovuto avere alcuna notizia delle condizioni della figlia e della causa di esse, salvo ipotizzare che fosse accaduto qualcosa di grave, per colpa del G., dopo il suo ritorno a casa.

Ed in effetti una parte del suo comportamento sarebbe stata poi in apparenza ispirata da tale atteggiamento, ma la parte restante della sua condotta lo avrebbe decisamente contraddetto: ed è significativo che nel corso del suo esame l'imputata abbia cercato di negare tutto ciò che, emergendo dalla deposizione di altri testi, risultava in contrasto con l'assunto di un suo genuino contegno.

Ella ha in proposito cercato di sostenere di essere giunta in ospedale frastornata, disponendo solo di una generica notizia della caduta di M., di aver più tardi appreso che la bimba era in coma, di aver solo a questo punto avuto una reazione emotiva assai forte, essendo giunta a gettare a terra il giubbotto, e di non aver parlato con il G.

Ma in realtà si è già detto dell'asserita caduta.

Quanto al resto, teoricamente in modo comprensibile, proprio in ragione del naturale atteggiamento di una madre in ansia, è emerso in realtà che ella giunse in ospedale facendosi notare, perché gettò subito a terra il giubbotto in preda ad una sorta di crisi emotiva.

Inoltre, in contrasto con l'assunto della D., è risultato che ella cominciò a gridare "me l'ha ammazzata!" (cfr. la testimonianza di chi, come S.S., era presente al Pronto Soccorso quale paziente in attesa), evidentemente alludendo ad una ipotetica condotta del G.

Senonché è poi emerso anche che, non appena giunta nel luogo in cui si trovava il G., anziché gettarglisi contro con le mani al collo, chien-

dendogli conto dell'accaduto, ella si limitò a scambiare con lui qualche battuta, peraltro davvero significativa.

Si è già detto infatti come il teste F. fosse riuscito a carpire un dialogo nel quale la D. rivolgendosi al G. pronunciò la frase "Queste sono cose da grandi" e come il teste B.A., entrando in servizio intorno alle 14, fosse riuscito a captare un'altra frase scambiata dai due, con la D. che in particolare disse "queste cose poi si scoprono di noi adulti".

Ed in quarto luogo risulta che con la bimba in coma, oramai senza speranza, ella palesò quale sua principale preoccupazione quella di fare in modo che il marito non fosse avvisato e di firmare sotto la sua responsabilità per ottenere l'immediata dimissione della bimba dall'ospedale.

Ma non basta ancora.

Ella in teoria si trovava di fronte l'aguzzino della figlia o comunque colui che era stato causa di quello stato di coma, tanto da aver proferito in precedenza la frase "me l'ha ammazzata!".

Ebbene che cosa ci si sarebbe potuti immaginare che la D. facesse nel corso della giornata, a mano a mano che le notizie delineavano una vicenda a tinte fosche?

Tutto fuorché quello che fece realmente, cioè cercare di telefonare proprio al G.

Risulta infatti che dapprima ella tentò di chiamare l'uomo alle 14,44 (nell'elaborato del carabiniere M. risulta una chiamata non risposta registrata dal cellulare del G. alle 13,44, ma si sa che il telefono del G. segnava un'ora in meno, perché non aggiornato con l'ora legale; d'altro canto sul punto gli elaborati del T. e del G., l'uno ricalcante l'altro, sono erronei, non essendosi dato conto di quella diversità d'orario, come avvenuto invece per tutte le altre telefonate: il quadro peraltro non muterebbe nella sostanza ove si fosse trattato di telefonata delle 13,44) e che poi in serata ella tentò di nuovo sia alle 19,20, mentre era in corso la perquisizione dell'appartamento di San Giustino loc. Capanne, sia poco dopo, chiamando questa volta il numero di casa, imbattendosi peraltro nella difficoltà di ritrovarsi senza credito e di attivare il servizio "v." che la invitava con un messaggio ad attivare la procedura di addebito alla risposta previa digitazione del prefisso *111* (la versione della D., che nega di aver fatto la telefonata, essendole stato il telefono ormai sequestrato, è contraddetta irrimediabilmente dai militari verbalizzanti O., P. e G.).

87 - Ma quest'ultimo è solo l'anello di chiusura, preceduto da condotte ancora più eclatanti.

Infatti la D. venne accompagnata al piano superiore nel momento in cui M. stava uscendo dalla radiologia dopo la TAC, per essere condotta in sala operatoria.

Ebbene, qui avvenne l'episodio descritto, nel corso del quale la donna pretese di vedere il corpo della bimba e poi si soffermò soprattutto sui genitali.

D'altro canto poco dopo ella vide un foglio in mano alla dott.ssa P.: si trattava del referto da consegnare ai Carabinieri.

La D. iniziò a gridare e ad agitarsi, pretendendo che le fosse mostrato il documento.

Alla fine la P. accondiscese.

La D. fu vista esaminare e leggere quel che il referto conteneva: alla fine ella fu udita proferire la frase: "così va bene".

Si trattava di quel foglio in cui si parlava di coma, di lesioni cerebrali e addominali e di tutto il resto, cioè dello sfacelo della vita di M.: tutto questo veniva liquidato con un "così va bene" (vi è ben poco da disquisire sul riferirsi della frase al fatto in sé di aver avuto in visione il documento: il contesto avrebbe reso comunque inconcepibile quella frase, peraltro pronunciata dopo l'effettiva lettura, attestata dai testi F. e P.).

Più tardi in sala rianimazione la D. pretese ancora di vedere il corpo della bimba, ciò che le fu impedito: tuttavia nella circostanza ella non parve ispirata dalla volontà di dedicare alla povera, piccola M. momenti di tenerezza, essendo il dott. B. rimasto particolarmente colpito dalla tranquillità della donna.

In compenso la mattina successiva, dopo essere stata presa a schiaffi dallo zio, ella pensò bene di confidarsi proprio con il dott. B., smentendo di aver avuto una relazione col G. ed adducendo che quest'ultimo si era limitato a sostenere la famiglia economicamente.

Forse questo è l'unico squarcio di parziale verità, accompagnato dalla pretesa fuori posto di trasferire la bimba in altro ospedale.

88 - La sequenza di tali condotte ha un valore ricostruttivo decisivo.

Essa vale infatti a dimostrare in primo luogo che la D. e il G. non si trovavano su fronti contrapposti, ma stavano entrambi dalla stessa parte, condividendo dal mattino il medesimo destino e la medesima strategia; in secondo luogo che la D. era preoccupata soprattutto per il fatto che si potesse scoprire la torbida trama sottesa alla vicenda.

Così si spiegano la ritrosia ad avvertire il marito ma soprattutto le telefonate fatte di nascosto al G. e l'interesse non morboso ma strategico per il corpo della bimba e per il referto: ella infatti voleva evidentemente accertarsi se in corrispondenza dei genitali emergessero o meno lesioni compromettenti e se il referto per caso le ponesse in luce.

Inutili sono le contrarie dichiarazioni della D.

Del resto, quali erano in fin dei conti le sue vere preoccupazioni? Forse quella che la bimba fosse caduta e si fosse fatta così male? No,

non si trattava di questo; si trattava del fatto che quelle "erano cose da grandi" e che quelle sono "cose che si scoprono di noi adulti".

In pratica vi è qui l'immediato riscontro dell'atteggiamento psicologico della donna, evidentemente consapevole che la bimba era rimasta coinvolta in cose da grandi e che proprio in rapporto a quanto ad essa accaduto, pertinente in realtà al mondo degli adulti, quelle cose sarebbero potute venire alla luce, ben più di quanto sarebbe dovuto tenersi celato al Ge., come l'assenza dall'asilo o la stessa relazione con il G., visto che il Ge., come ormai si sa, dopo l'episodio Z. e anche dopo l'episodio narrato dalla C., è uomo dalle larghe vedute.

89 - Tutto ciò dunque delinea una trama davvero torbida, intessuta dal G. e dalla D. (di altri non può parlarsi perché il G. non vi ha mai fatto cenno e le tracce presenti nell'appartamento possono essere diversamente spiegate).

Costoro del resto non erano nuovi a questo tipo di malefatte.

Si è visto invero come la D. avesse affidato la bimba al G. anche alla metà di marzo, episodio a tutti taciuto, come poi il 24 febbraio non avesse portato la bimba all'asilo, tacendolo al marito, e come infine la bimba avesse trascorso con il G. anche una mattina di fine gennaio, come confidato poi alla M.

Ebbene, l'episodio di metà marzo può con certezza essere collocato nel giorno di sabato 13.

Va premesso che il 5 aprile M. riportò, oltre a tutto il resto e alla perdita del capillizio, una ferita in regione retroauricolare.

Orbene, è emerso che la bimba dopo aver cominciato ad andare all'asilo il giorno 23 febbraio, rimase assente dal 5 al 12 marzo a seguito di una influenza con febbre, comparsa durante l'orario di frequenza, tanto che le maestre si erano viste costrette ad avvertire la madre.

Il giorno 12 marzo il medico pediatra rilasciò un certificato di avvenuta guarigione, accertando che M. sarebbe potuta essere riammessa all'asilo dal 15 marzo.

Proprio il 15 marzo M. si presentò in classe con vistose ecchimosi al volto, in particolare sotto entrambi gli occhi sopra gli zigomi (cfr. le concordi dichiarazioni rese dai testi D'A., P., M. e N.).

Una maestra rilevò in tale frangente anche la presenza di una lesione, una sorta di livido, in regione retroauricolare (inequivoche le dichiarazioni rese dalla maestra M. il 5-4-2004, poi nella sostanza confermate al dibattimento).

Il volto di M. risultava spalmato di crema volta a mascherare quei segni.

Le maestre fecero notare alla madre i lividi e la donna spiegò che la bimba era caduta giocando con gli amichetti da un mucchio di sedie (fin dall'inizio le maestre, sentite il 6-4-2004, avevano fatto riferimento alla presenza di amichetti).

Mas.Ge. dal canto suo ha dichiarato che l'episodio accadde proprio il 13 marzo: egli si era assentato, benché fosse sabato, per recarsi al lavoro e al ritorno aveva rinvenuto M. coperta da quei lividi.

L'uomo aveva chiesto dunque spiegazioni alla moglie la quale gli aveva riferito che ella era di spalle e che M. era caduta da una sedia (*Omissis*).

Tale traumatismo, coevo agli altri segni lasciati da M. nell'appartamento e risalenti alla metà di marzo, non può che essere riferito ad un'ulteriore azione scellerata del G., connotata da condotte in parte coincidenti, al punto da determinare ancora una volta una perdita di capelli, poi rinvenuti infatti anche nella busta P e nell'interstizio tra i materassi, la lesione retroauricolare e del tutto comprensibilmente, nella prospettiva di un'azione violenta funzionale con ogni probabilità ad un coito orale, le lesioni da impatto ripetuto al volto (*Omissis*).

91 - Quanto al giorno 24 febbraio, non può che farsi rilevare la convergenza di tutti gli elementi raccolti: militano infatti in tale direzione la circostanza che la D. avesse ingiustificatamente omesso di condurre all'asilo la bimba, il fatto che avesse taciuto tale suo contegno al marito e ancora il fatto che in un giorno di fine febbraio la M., che proprio il giorno 24 non andava al lavoro, avesse notato la mattina M. allontanarsi in macchina col G.

Va aggiunto che i tabulati telefonici confermano tale assunto (*Omissis*).

92 - Quella consegna ripetuta non poteva certo giustificarsi con finalità lecite, ma, come si desume a ritroso, sulla base di quanto avvenuto, aveva uno scopo inconfessabile, quello di consentire al G., per il resto "benefattore" della famiglia, di dare sfogo alla sua libidine sul corpo di M., il tutto fin dal mese di gennaio, al di fuori di ogni concreta prospettiva sentimentale e di convivenza.

Tutto ciò era ben noto alla D., partecipe dell'insano disegno.

Solo così si spiega la reiterazione di quelle pur negate consegne e il loro sistematico coincidere - soprattutto il giorno 13 marzo - con fenomeni di vistoso traumatismo, fra l'altro sul volto ed evidentemente anche al capillizio, traumatismo non risultato tuttavia idoneo a dissuadere la donna dal reiterare episodi analoghi, fino all'ultimo, purtroppo definitivo.

Solo così può interpretarsi la condotta macroscopicamente anomala, ma a senso unico, tenuta dalla donna il giorno 5 aprile.

Solo così definitivamente si inquadrano tutte le sue menzogne, fino alla più clamorosa, involgente la conoscenza della casa dell'orrore e del "portone del pianto", da ritenersi peraltro necessariamente implicata, perfino a prescindere dalla deposizione C.

Tutto ciò si inquadra nella personalità della D. e in quella ampiamente illustrata, incontenibile ricerca di un qualcosa di più, che la vita

non le offriva e per cui invece ella era disposta a porre sul piatto ogni cosa, perfino il corpo di sua figlia.

L'analisi delle fattispecie, il giudizio di colpevolezza e il trattamento sanzionatorio

93 - Venendo sulla scorta di tali valutazioni ad esaminare le imputazioni, come da ultimo riformulate dal P.M., risulta determinante con riguardo al delitto di omicidio stabilire quale coefficiente psicologico assistesse il G. nel momento in cui tenne la condotta da cui derivò la morte di M.

Provato infatti che la morte fu conseguenza dello *shaking* e del complessivo traumatismo inflitto dal G. alla bimba la mattina del 5 aprile (ed è evidente, si ribadisce, che tutto maturò nel medesimo contesto, prima delle 10,44), si tratta di stabilire se egli volle consapevolmente la morte di lei, considerandola come altamente probabile, se comunque valutò tale conseguenza come possibile accettandone il rischio ovvero se omise per pura avventatezza di considerare che da traumi e lesioni comunque voluti sarebbe potuto derivare l'infausto evento.

Nel primo caso dovrebbe parlarsi di dolo diretto, nel secondo di dolo eventuale e nel terzo di preterintenzione (per l'affermazione che rientra nel dolo diretto la previsione dell'evento come altamente probabile, Cass. Sez. Un. 12-10-1993, Cassata).

Ritiene la Corte che debba privilegiarsi la prima ipotesi.

Non si vuol certo affermare che il G. desiderasse la morte di M. o che egli avesse agito allo scopo di determinarla.

I dati di fatto dimostrano invece che nell'appartamento di via A. la mattina del 5 aprile si scatenò una furia selvaggia e incontrollata, destinata a sortire qualsivoglia tipo di conseguenze lesive, fino alle più gravi e letali.

Il G., dopo essersi recato in un primo momento a Sansepolcro ed aver differito lo sfogo della libidine accumulata, riuscì finalmente a disporre della bimba a suo piacimento e ne fece scempio, denudandola con violenza, attestata dallo strappo di due bottoni, e poi sottoponendola a quel martellante strattonamento e scuotimento che determinò la perdita massiccia di ciocche di capelli, concomitante a fasi di godimento sessuale.

In quell'incontrollato frangente il G. ebbe modo di prevaricare la bimba con il suo corpo, così da imporle il proprio sesso, o comunque di impedirne liberi movimenti attraverso una costante pressione esercitata sul suo ventre.

Il bestiale movimento complessivo che ne risultò ebbe effetti devastanti sulla piccola M., non in grado di opporre se non le prime inefficaci unghiate sul corpo del suo carnefice.

Di certo si trattò di una condotta che andò oltre il tollerabile e il

dovuto e che procurò alla bimba un traumatismo diffuso, fatto fra l'altro dello scoppio di un'ansa ileale e di un'emoraggia subdurale, per tacere tutto il resto.

Non si può pensare che lo scatenamento di una simile furia, direttamente proporzionale alla quantità di capelli lasciata sul tappeto e in ogni dove, non fosse destinato a produrre conseguenze mortifere, troppo grande essendo il divario delle forze in campo.

In un siffatto progressivo annientamento dei suoi freni inibitori il G. arrivò ad agire oltre ogni misura, quando vi era ampiamente il margine per rappresentarsi la gravità lesiva della sua condotta.

Egli spinse lo scuotimento - con ogni probabilità già sperimentato in precedenza - più in là e probabilmente più a lungo, solo così potendosi spiegare il maggior capillizio strappato e l'effetto devastante dello *shaking*, diversamente da quanto avvenuto in altra circostanza.

Di certo non rileva di per sé il fatto che il G. non avesse contezza dello *shaking* come fenomeno di rilievo medico-legale, essendo determinante che egli avesse protratto lo strattonamento e lo scuotimento al punto da innestare un processo lesivo ingovernabile e che di ciò egli potesse tranquillamente avvedersi, secondo canoni di valutazione alla portata di chiunque.

E parimenti è irrilevante che in precedente occasione il pur sperimentato *shaking* non avesse sortito conseguenze più gravi al di là del diffuso traumatismo al volto di cui s'è detto.

In questo caso può sottolinearsi che in una scala di progressiva violenza e di assuefazione al piacere trasgressivo il G. spinse la condotta ben oltre i limiti di quanto in precedenza bene o male tollerato dalla bimba, non potendosi certo affermare che l'uomo fosse stato sorpreso da una conseguenza da lui neppure prospettata.

Al contrario, attesa la dinamica degli eventi, valutata la natura e la diffusione delle lesioni e considerato tutto ciò sul piano sintomatico, deve ritenersi che per quanto il G. non avesse focalizzato l'evento morte come suo obiettivo, nondimeno lo avesse ad un certo punto ineluttabilmente concepito come altamente probabile e nondimeno avesse continuato a spingere sull'acceleratore, tanto che l'episodio ebbe certamente a protrarsi per un lasso di tempo non breve e probabilmente più lungo del solito.

Il politraumatismo arrecato a tutto il corpo di una piccola esile bimba equivale alla consapevolezza della probabilità qualificata di un evento che per questo finisce per essere voluto.

Non è comunque neanche il caso di dubitare della piena accettazione del rischio di un evento che a quel punto si sapeva essere possibile.

Al G., peraltro condannato in separata sede, va dunque ascritto il dolo diretto o solo in subordine eventuale.

94 - Quanto alla D., il P.M. ha fin dalla contestazione prefigurato che ella, concorrente nel diverso reato di violenza sessuale, non avesse voluto l'evento più grave e che dunque la donna ne debba rispondere a titolo di concorso anomalo ex art. 116 c.p.

Ora, è noto come l'ipotesi del concorso anomalo postuli una duplicità di condizioni, cioè che l'agente non abbia voluto neppure nella forma del dolo alternativo o eventuale il delitto posto in essere dal compartecipe e che tuttavia l'evento diverso e più grave rappresenti sulla base della valutazione di un soggetto dotato di normale intelligenza e cultura uno sviluppo logicamente prevedibile, quale possibile conseguenza della condotta concordata, in assenza di fattori accidentali ed eccezionali (cfr. Cass. I, 24-10-2006, De Cristofaro, e Cass. II, 10-11-2006, Taroni).

Nella specie può dirsi che la D., pur avendo messo la bimba a disposizione del G., non si fosse in alcun modo rappresentata la morte di costei, quale conseguenza dell'abuso sessuale concordato.

Non consta che, pur avendo anche portato la bimba nella casa, la donna avesse poi realmente assistito a ciò che il G. faceva.

E per quanto possa dirsi che ella avesse contezza *ex post* della sottoposizione della bimba ad un traumatismo (al volto, all'orecchio e altrove), deve escludersi che ella conoscesse a fondo le pratiche dell'uomo e avesse concretamente previsto le conseguenze potenzialmente derivanti dalla progressione nell'abuso.

Deve cioè escludersi che la D. avesse almeno calcolato e accettato il rischio insito in quelle pratiche.

E tuttavia deve convenirsi che l'abuso implicava una relazione tra un uomo corpulento e una piccola bimba e che già in precedenti occasioni le pratiche erotiche del G. avevano sortito conseguenze lesive, via via più marcate.

Di per sé una sessualità anomala di tipo pedofilo può comportare gravi conseguenze in danno della vittima, non in grado di resistere ad azioni di penetrazione e di violenza.

Ed anzi il divenire della perdita di controllo, in qualche guisa insita nelle pratiche erotiche estreme, implicava automaticamente un rischio sempre maggiore per la bimba, esposta ad una sempre più marcata perdita di controllo dell'uomo alla ricerca di un appagamento pieno della propria libidine.

Era dunque rilevante il pericolo riveniente dall'intesa intercorrente tra la D. e il G., pericolo reso peraltro più evidente dai lividi riportati nell'ultima occasione, implicanti traumi al volto di per sé potenzialmente forieri di rischi maggiori.

Ciò significa che il *pactum sceleris* incentrato sugli abusi sessuali ebbe come conseguenza tutt'altro che imprevedibile e anomala la morte della bimba, direttamente cagionata dal G.

Poiché in sostanza la D. sarebbe stata in grado di avvedersi di tutto ciò e tuttavia non si astenne dall'affidare ancora la figlia al G. perché se ne servisse a suo piacimento, deve concludersi che l'imputata deve rispondere del delitto di omicidio, a titolo di concorso anomalo ex art. 116 c.p.

Il delitto è ovviamente aggravato ai sensi dell'art. 576 n. 4 c.p., in quanto consumato nell'atto di commettere una violenza sessuale, quella del giorno 5 aprile.

Il delitto è ulteriormente aggravato dall'uso di sevizie e di crudeltà agli effetti dell'art. 61 n. 4 c.p. in relazione all'art. 576 n. 2 c.p., trattandosi di delitto in danno di discendente.

L'aggravante di cui all'art. 61 n. 4 c.p. è invero integrata da ciò che costituisce un *quid pluris*, rivolto ad arrecare una maggiore e gratuita lesività, rispetto a quanto è eziologicamente necessario per commettere il reato, tale da rivelare una prava malvagità e insensibilità dell'agente.

Inoltre non assume rilievo decisivo il fatto che la vittima sia più o meno in grado di percepire quel *surplus* di afflizione.

Certo è che nella specie il politraumatismo arrecato alla piccola M. era del tutto esorbitante anche rispetto ad una condotta dolosamente preordinata, dovendosi ulteriormente osservare che le sevizie arrecate erano non solo di per sé odiose, ma anche del tutto inspiegabili, come nel caso dell'affondare sul ventre e dell'insistere in quell'inaudito scuotimento e strappamento, attestante lo spregio per il corpo della vittima, offesa ben oltre lo scopo della penetrazione anale o della realizzazione di un coito orale.

Tutto ciò è reso ancor più eclatante dal contrasto tra l'afflizione recata e la ricerca estrema del piacere sessuale.

E per giunta deve convenirsi che in questo caso la vittima almeno nella prima fase fu in grado di avvedersi dello scempio che veniva fatto del suo corpo, al punto da aver cercato di opporre la sua flebile resistenza, prima di dover cedere alla strapotenza dell'uomo.

Non è questa la sede per valutare la posizione del G.

La cruda cronaca di quanto avvenuto pare comunque bastevole a qualificare il fatto e la persona.

Nel caso della D., può solo valutarsi l'attenuante di cui all'art. 116 co. 2 c.p., non avendo ella voluto il reato più grave.

Data la dinamica del fatto, primariamente ascrivibile al G., e l'assenza di precedenti, l'attenuante può stimarsi prevalente sulle aggravanti riferite all'omicidio.

95 - La D. va inoltre condannata con riguardo agli ulteriori episodi di violenza sessuale, che non può riduttivamente inquadrarsi nell'ipotesi di cui all'art. 609 *quater* c.p., ma va correttamente ricondotta alla fattispecie dell'art. 609 *bis* c.p., aggravata ai sensi dell'art. 609 *ter* ult. co., essendo la vittima di età inferiore ad anni dieci.

M. infatti ebbe a subire non solo una sopraffazione correlata alla propria inferiorità fisica, ma una vera e propria violenza, suggellata dal tentativo di reazione testimoniato da quei graffi sulle spalle dell'uomo e dalle stesse modalità, politraumatiche, usate nelle fasi di coito e di penetrazione.

Deve invece escludersi l'aggravante di cui all'art. 609 *ter* n. 4 c.p., che sembra applicabile in casi in cui la perdita di libertà preesista alla violenza sessuale, dipendendo da altra ragione, e l'agente ne approfitti.

Nella specie invece le condotte di violenza sessuale riassumevano in sé i profili di perdita di libertà della piccola M.

96 - La D. va ancora condannata per il delitto di maltrattamenti di cui al capo E) della rubrica.

E' dirimente il fatto delle plurime consegne al G. in tempi ravvicinati, tali da cagionare l'acuta sofferenza testimoniata dal "portone del pianto".

Va *ad abundantiam* segnalato quanto emerso a proposito dell'incuria palesata dalla D., che rimproverava la bimba per un nonnulla e non di rado la colpiva, costringendo il Ge. a far dormire la bimba presso di sé, che le imponeva musica ad alto volume, che la mandava vestita in modo davvero poco adeguato, come attestato da P.G., e che ancora tollerava che la bimba camminasse con un'unghia "incarnita".

Tutto ciò era espressione di un atteggiamento di scarso rispetto per le esigenze della piccola, implicanti la sottoposizione ad uno stato di vessazione e prevaricazione sempre più marcato e certo culminato negli affidamenti al G.

Né può dubitarsi, alla stregua della deposizione C. e per altro verso delle deposizioni C., M. e P., che la D. fosse consapevole di infliggere alla bimba abituali sofferenze.

Relativamente al reato di omissione di soccorso sub F), ritiene la Corte che esso debba considerarsi assorbito nel delitto di omicidio, in quanto l'omesso intervento della D. si inserisce in quella più ampia condotta causativa di morte, di cui la D. deve già rispondere a titolo di concorso anomalo, essendo d'altro canto necessario che il reo sia estraneo alla causa da cui deriva la necessità di soccorso (cfr. Cass. V, 24-5-1984, Batissa, per l'affermazione che il delitto di cui all'art. 593 c.p. non può concorrere con quello di omicidio volontario o preterintenzionale o di lesioni volontarie).

97 - Il ruolo complessivamente avuto dall'imputata nella vicenda, la gravità delle sue condotte e l'assurdità delle sue scelte, sempre lontane da un consapevole ruolo di madre e dall'idea di un sano *menage* familiare e invece dominate da un profondo degrado morale, non consentono di concedere alla D. le attenuanti generiche (*Omissis*).

E' evidente come tutto ciò osti al riconoscimento di qualsivoglia

benevolenza diversa dal giudizio di prevalenza dell'attenuante di cui all'art. 116 cpv. c.p., con esclusione di ulteriori attenuanti.

98 - Valutati i canoni di cui all'art. 133 c.p. e considerati tutti i reati avvinti dalla continuazione ex art. 81 cpv. c.p., unico appalesandosi il disegno criminoso, stimasi equo irrogare all'imputata la pena di anni quindici di reclusione (p.b. per l'omicidio anni ventuno, ridotta per l'attenuante prevalente ad anni quattordici e poi aumentata *ut supra* ex art. 81 c.p.).

Seguono la condanna al pagamento delle spese processuali e le pene accessorie riportate in dispositivo.

La pena detentiva va dichiarata condonata in ragione di anni tre ai sensi della L. 241/2006 (*Omissis*).

(1-2) La dettagliata ricostruzione di una vicenda di violenza dai contorni pressoché inenarrabili, ove la morte cagionata ad una infante procede attraverso l'insulto sessuale al suo fragile corpo, crea lo spazio argomentativo ove contestualizzare la ricerca dei tratti integrativi dei modelli giuridici che soggettivizzano l'imputazione dell'evento esiziale in capo a ciascuno dei due correi.

In primo, rispetto all'uomo, esecutore materiale dell'atto costrittivo al rapporto sessuale, nella cui dinamica, e nel cui complessivo traumatismo, si è inserita la *condicio sine qua non* sostanziatasi nella manovra di *shaking*. Per questo profilo si tratta di vagliare l'esistenza e la consistenza della di lui consapevolezza circa la conseguenza mortale, a far principio dalla spendita di un comportamento indubitabilmente solcato da una violenza progressiva, destinata a sfociare nella selvaggia sopraffazione fisica.

Fuori del cerchio della sconsideratezza, fuori di una prospettiva di ulteriore pregiudizialità "semplicemente" inavvertita, che avrebbe aperto il varco alla stima della preterintenzione, il dato circostanziale non fa mistero di una volizione che pur non traduce il "desiderio" della morte della bambina. Una volizione, in sostanza, che non traduce l'intenzionalità del risultato, e la cui forma si plasma in funzione del grado di intensità della rappresentazione di questo. Si apre così – secondo le risultanze interpretative *de quibus* - il ventaglio che in sé alternativamente acclude la forma del dolo diretto, da un canto, ove la consapevolezza di quanto di seguito voluto si computa in virtù della considerazione del suo verificarsi come altamente probabile; e quella del dolo eventuale, dall'altro, ove la coscienza si nutre dell'accettazione del rischio dell'accadimento assunto come possibile.

La decisione riprodotta in apice affluisce dunque nella ricca corrente esegetica che connota il dolo c.d. di secondo grado (per l'appunto, diretto, cfr. Fiandaca-Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007, 361) rapportandolo alla certezza (Gallo, *Dolo (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 793; Fiandaca-Musco, *op. cit.*, 361; Cass., sez. un., 12 ottobre

1993, Cassata, in *Giust. pen.*, 1994, II, 289) ovvero all'alta probabilità del prodursi del risultato (ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 1995, 410; FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, I, Torino, 1993, 214; Cass., sez. un., 14 febbraio 1996, Mele, in *Cass. pen.*, 1996, 250 ss.), quale conseguenza collaterale del fine perseguito: l'evento (il fatto) è voluto non di per sé stesso ma solo perché considerato, di necessità o piuttosto in guisa di probabilità, connesso al *quid* intenzionalmente appetito.

Al contempo, la pronuncia declama il suo inserirsi nella panoramica scientifica che disegna il confine tra dolo eventuale, ove pure si rinviene un atteggiamento di volontà, e colpa cosciente nell'adesione al fatto espressa dall'agire nonostante il dubbio sulla possibilità della sua verificazione (Cass., sez. un., 6 dicembre 1991, Casu, in *Giust. pen.*, 1992, II, 391; Cass., sez. V, 12 maggio 1992, D'Alò, in *Cass. pen.*, 1993, 1121; Cass., sez. I, 28 gennaio 1991, Caporaso, in *Giust. pen.*, 1991, II, 743). In particolare, l'addenda che le parole del giudicante esprimono rispetto alla considerazione del grado di accadibilità dell'avvenimento, incammina ad individuare il *quid pluris* del *dolo minimo* nell'aspetto volontaristico effettivo (cfr. GALLO, *op. cit.*, 792; PECORARO ALBANI, *Il dolo*, Napoli, 1955, 336 s.; ROMANO, *op. cit.*, 412; PROSDOCIMI, *"Dolus eventualis". Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, 1993, 12), implicato nella formula dell'accettazione del rischio (Cass., sez. I, 19 giugno 2002, Persechino, in *Cass. pen.*, 2003, 1491; in dottrina v. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2007, 304; CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, 1999, 306 ss., che specifica trattarsi di un rischio, non consentito, oggettivamente tale per cui la sua assunzione non sarebbe stata seriamente presa in considerazione dal modello di agente dell'agente concreto).

Pare tuttavia che abbisogni un passaggio concettuale ulteriore - vieppiù taciuto da una giurisprudenza versata ad un acritico assorbimento nella dimensione dolosa di contegni di mera consapevole incuria – per poter transitare sul lato della volontà. Si tratta infatti di riscontrare, sul versante del dolo eventuale, la presenza di una deliberazione (parla di direzione della volontà rispetto all'esistenza dell'evento penalmente rilevante, CERQUETTI, *Reato doloso*, in *Dig. disc. pen.*, *Agg.* II, Torino, 2008, 978) quanto all'eventuale sacrificio del bene giuridico in gioco, e quindi la piena accettazione – oltre al rischio – della lesione dell'interesse protetto.

In secondo, viene sondata la tipicità soggettiva appuntabile sul comportamento speso dalla madre della vittima, che è intesa come psicologicamente estranea alla volontà del concorrente, ricostruita nei tratti alternativi, rapidamente scorsi, del dolo diretto o del dolo eventuale.

La premessa ricognizione dell'altrui dolo lascia difatti argomentare circa la configurabilità di una responsabilità, di lei, anomala ai sensi dell'art. 116 c.p., che al comma 1, scorta la volontà di almeno uno dei compartecipi rispetto al reato commesso, scolpisce la *pari responsabilità* – a riecheggiare la formula generale dell'art. 110 c.p. – di chi non volle; ed al comma 2 delinea

l'attenuata cornice sanzionatoria alla cui stregua misurare la gravità del fatto *anomalo* cagionato al cospetto di una volontà offensiva che si dirigeva ad una situazione finale di minore, e diversa, lesività (*id est*, nella specie, il delitto di violenza sessuale).

Anche a questo livello, la pronuncia si appresta ad avallare l'ormai costante andamento interpretativo, che, al di là della consapevole volontà di concorrere assieme ad altri alla realizzazione di un fatto criminoso (v. MANTOVANI, *op. cit.*, 526; Cass., sez. I, 10 aprile 1996, Angeloni ed altri, in *Riv. pen.*, 1996, 1264; Cass., sez. I, 14 marzo 1996, Caccavo ed altri, *ibidem*, 1264; Cass., sez. I, 23 febbraio 1995, Parolisi, in *Cass. pen.*, 1996, 1129), ed alla sussistenza di un nesso di causalità materiale tra la condotta del concorrente ed il reato diverso realizzato (Cass., sez. I, 10 aprile 1996, Angeloni ed altri, cit.; Cass., sez. I, 14 marzo 1996, Caccavo ed altri, cit.), esige un nesso di causalità psichica, a giustificare l'imputazione del reato diverso a coloro che non lo vollero (Cass., sez. I, 19 maggio 1986, Massa, in *Riv. pen.*, 1987, 681). Nesso riscontrato ove si tratti di un fatto che, alla stregua delle ordinarie valutazioni cognitive e d'esperienza, rappresenti «uno sviluppo logicamente prevedibile della condotta concordata, in assenza di fattori accidentali ed eccezionali» (cfr. già Corte cost., sent. n. 42 del 1965, in *Giust. pen.*, 1965, I, 289; Cass., sez. II, 10 novembre 2006, Taroni, Rv. 235449, che parla di rappresentabilità dell'eventualità della commissione del diverso reato, da parte dei concorrenti, facendo uso della dovuta diligenza; Cass., sez. V, 25 ottobre 2006, Ciurlia ed altro, Rv. 236512; Cass., sez. I, 24 ottobre 2006, De Cristofaro ed altro, Rv. 235427; Cass., sez. I, 10 gennaio 2006, Nika ed altri, Rv. 233580; Cass., sez. II, 4 novembre 2005, Dell'Orletta, Rv. 232928).

Sì da escludere il dolo dell'imputata, in dettaglio l'accettazione da parte sua del rischio della morte quale conseguenza del pianificato abuso sessuale, non avendo ella contezza del carattere "estremo" delle pratiche traumatizzanti esplicate dall'agente e di conseguenza del pericolo degenerativo in esse invischiato, ma sì da attestare la prevedibilità del risultato prodottosi. Sulla portata puramente verbale del criterio così convocato ad integrare la responsabilità, atto a nasconderne una reale effige di imputazione oggettiva una volta tradotto in prevedibilità "astratta" (v. Cass., sez. I, 28 giugno 1995, Cocuzza, in *Riv. pen.*, 1996, 508; Cass., sez. II, 8 marzo 1989, Morini, in *Cass. pen.*, 1990, 865), parrebbe indirizzare la menzionata "condizione negativa" dell'assenza di circostanze eccezionali, che riecheggiano lo spezzarsi del nesso causale (solo al cui dissolversi, in fondo, la responsabilità sarebbe negata, cfr. Cass., sez. VI, 12 febbraio 2008, Scambia e altro, Rv. 240060; Cass., sez. I, 20 novembre 2000, Riso e altro, in *Cass. pen.*, 2003, 122; Cass., sez. I, 27 aprile 1995, Ruzzone, in *Riv. pen.*, 1996, 374). Nondimeno, la pronuncia si dimostra staccarsi dal consistente indirizzo che assume la sufficienza di una prevedibilità in astratto, sulla base dell'*id quod plerumque accidit* (in particolare, Cass., sez. II, 20 ottobre 2005, Papa, Rv. 232680, per cui «il fondamento della responsabilità del concorrente, quale che sia il suo

grado di partecipazione al fatto, si rinviene nella situazione di necessario affidamento nei confronti della condotta e della volontà dei correi, che gli impone di non sottovalutare il pericolo che i correi, o taluno di loro, abbiano a deviare dall'azione esecutiva concordata, assumendo iniziative autonome per fronteggiare eventuali difficoltà improvvisamente sopravvenute e così realizzando un reato diverso da quello inizialmente previsto; cfr. anche Cass., sez. I, 18 maggio 1994, Biliardo, in *Giust. pen.*, 1996, II, 757; Cass., sez. VI, 7 aprile 1990, Siviero, in *Riv. pen.*, 1991, 658; Cass., sez. I, 6 ottobre 1988, Dispensa, in *Cass. pen.*, 1989, 2182), al momento e nella misura in cui si porta a vagliare la dinamica "concretamente" occorsa (v. FIANDACA-MUSCO, *op. cit.*, 515; MANTOVANI, *op. cit.*, 525 s.; ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, II, Milano, 1996, 221; Cass., sez. VI, 13 gennaio 2005, Lauro, in *Cass. pen.*, 2006, 2174; Cass., sez. I, 23 febbraio 1995, Parolisi, cit.), in cui l'avvenuto decesso si appalesa non imprevedibile in considerazione del consapevole e condiviso instaurarsi di una relazione fisica indubbiamente aggressiva tra un adulto ed una bambina di così tenera età. E' la (embrionale) declinazione dell'anomalia della responsabilità del concorrente "non volente": il titolo doloso prende sostanza nella realtà di un atteggiamento colposo (così MANTOVANI, *op. cit.*, 525 s.; ROMANO-GRASSO, *op. cit.*, 221; Cass., sez. I, 30 ottobre 1996, Vicino ed altro, in *Riv. pen.*, 1997, 760; Cass., sez. I, 9 novembre 1995, Fortebraccio, in *Cass. pen.*, 1996, 3642; Cass., sez. I, 22 ottobre 1990, Balsamo, *ivi*, 1992, 631).

DANIELA FALCINELLI

TRIBUNALE DI PERUGIA, sez. riesami ed appelli – 26 novembre 2008 (ord.) – *Pres.* CRISCUOLO - *Est.* BATTISTACCI – G.

Trasferimento fraudolento di valori – Misure di prevenzione – Sequestro preventivo di beni confiscabili – Estremi – *Fumus commissi delicti* – Sussistenza – *Periculum in mora* – Insussistenza (d.l. 8 giugno 1992, n. 306, conv. in l. 7 agosto 1992, n. 356, artt. 12 *quinquies*, 12 *sexies*; c.p.p., art. 321, comma 2).

Costituiscono presupposti per l'emanazione del provvedimento di sequestro preventivo di beni confiscabili ai sensi dell'art. 12 sexies, comma 4, d.l. 306/1992, la sussistenza del fumus *del reato ed il* periculum in

mora. *Quest'ultimo estremo coincide con la verifica della confiscabilità del bene, per esserne accertati sia la sproporzione del relativo valore rispetto ai redditi dichiarati o i proventi dell'attività economica del soggetto interessato al momento del singolo acquisto, sia la mancata giustificazione della lecita provenienza del bene stesso (Nella fattispecie, avente ad oggetto l'estensione del sequestro alle nuove azioni il cui controvalore era stato incrementato dall'aumento gratuito del capitale della società, riconosciuto il* fumus *del reato previsto dall'art. 12 quinquies d.l. 306/1992, è apparso insussistente il* periculum*, per l'indimostrata illecita accumulazione delle somme utilizzate per operare l'aumento di capitale)* (1).

(*Omissis*). In data 29/5/2006 il Gip del Tribunale di Perugia, in accoglimento della duplice richiesta del P.M. procedente, irrogava a G.L. la misura della custodia cautelare in carcere contestualmente concedendo sequestro preventivo su una serie di beni riferibili all'indagato.

I due provvedimenti intervenivano nell'ambito di una complessa indagine che vedeva il G. indagato, unitamente ad altri soggetti, con riferimento ai reati previsti e puniti dagli artt. 8 e 2, co.3, del D.Lgs. vo n. 74/2000, relativamente a vicende di emissione di fatturazioni per operazioni soggettivamente inesistenti; inoltre, nella indicazione nelle dichiarazioni dei redditi relative alle società G. Costruzioni s.p.a. e S. Immobiliari s.r.l., di cui l'indagato era rispettivamente amministratore unico e institore, di elementi passivi fittizi, documentati da fatture per operazioni inesistenti emesse a favore delle società del G. da imprenditori compiacenti, a loro volta raggiunti da misure custodiali; dichiarazioni riferite ad annualità non coperte da condono fiscale.

Infine, a G.L. il P.M. contestava il delitto previsto dall'art 12 *quinquies* del D.L. 306/02 relativamente al trasferimento fraudolento di valori consistenti in quei "fondi neri" sottratti alle proprie società ed ottenuti in forza delle frodi fiscali, a soggetti a lui vicini (tra cui: moglie, suocera e nonna della moglie), in vista di attività di riciclaggio di detto denaro (*Omissis*). Ad altri soggetti, tra cui la coniuge del G., il P.M. contestava, infine, i reati di riciclaggio in quanto il denaro riveniente dalle frodi fiscali, confluito dapprima in libretti di risparmio nella disponibilità di persone vicine all'indagato (in particolare la coniuge, la di lei-madre e la nonna, unitamente ad altri) era stato trasferito all'estero, ed una parte era infine confluita nel patrimonio di una società costituita *ad hoc* in Lussemburgo, denominata "O. C. Investement and Development s.a." (*Omissis*). Denaro che, sempre attraverso la O. C., era rientrato nella disponibilità del G. previa acconcia ripulitura. Una quota di quei fondi neri, la parte movimentata dalla O. C. e fatta rientrare in Italia,

ha costituito oggetto del primo provvedimento di sequestro preventivo emesso, ai sensi dell'art. 321, co. 2 c.p.p., dal Gip di Perugia.

Il ritorno nella disponibilità del G. dei capitali trasferiti all'estero si è concretizzato attraverso un'operazione di acquisizione di azioni della società "G. Costruzioni s.p.a." (legalmente rappresentata dall'indagato) proprio ad opera della lussemburghese "O. C. Investment and Development s.a.".

(*Omissis*). In prosieguo, "la O. C. Investment and Development s.a." aveva ceduto le proprie azioni alla società A. Holding s.r.l. (con G.L. legale rappresentante) che successivamente ha assunto la denominazione di G. Finance Holding s.r.l.

(*Omissis*). Sul presupposto per cui G.L. era sottoposto ad indagini, tra l'altro, per il delitto previsto dall'art. 12 *quinquies* del D.L. 306/02, il P.M. procedente aveva fatto richiesta al Gip di Perugia di disporre, ai sensi dell'art. 321 co. 2 c.p.p., il sequestro preventivo della partecipazione nella G. Costruzioni s.p.a, pervenuta ad A. Holding, indicando quali beni da sottoporre a cautela reale sia il pacchetto azionario (le 100.000 azioni rappresentative del 33,33% del capitale sociale) che la riserva sovrapprezzo - e quindi il compendio di quella pregressa acquisizione effettuata dalla lussemburghese O. C. - ponendo a fondamento della richiesta la disposizione dell'art. 12 *sexies* del D.L. 306/02 in quanto si trattava di beni destinati, in caso di condanna, a futura confisca.

(*Omissis*). In progresso di tempo il custode giudiziario dei titoli oggetto del provvedimento ablatorio, nominato dalla Procura della Repubblica informava l'organo della Pubblica Accusa della novità rappresentata da una delibera**,** datata 24/9/2004, adottata dalla Assemblea straordinaria della G. Costruzioni s.p.a. concernente l'aumento gratuito del capitale sociale (elevato da € 1.548.000,00 a € 5 milioni); la riduzione del valore unitario delle azioni (passato da € 5,16 a € 1,00); la distribuzione ai soci delle nuove azioni ordinarie (in numero di 3.452.000, in aggiunta alle 1.548.000 già esistenti) "*in proporzione alle partecipazioni da loro detenute*" (*Omissis*).

A seguito di richiesta avanzata dal P.M. per un nuovo sequestro preventivo (sempre in base al combinato disposto degli artt. 12 *sexies* del D.L. 306/92 e 321 co. 2 c.p.p.) con provvedimento in data 11/7/2006 il Gip di Perugia sottoponeva a vincolo le nuove azioni rappresentative del 33,33% del capitale sociale della G. Costruzioni s.p.a. specificando che si trattava "*delle azioni che devono essere emesse previo annullamento e sostituzione del titolo azionano 3/00 della G. Costruzioni s.p.a. già sottoposto a sequestro, così come disposto dalla delibera del 24/9/2004*", e che le stesse costituivano "*il frutto del titolo azionario citato, tra l'altro certo e indiscutibile attesa la delibera*" in parola.

(*Omissis*). La Suprema Corte, sez. II, con sentenza n. 208107 in data

14/2/2007 accoglieva il ricorso per cassazione proposto dai difensori del G. avverso l'ordinanza 19/9/2006 del Tribunale del riesame di Perugia, di rigetto dell'impugnazione e di conferma del provvedimento 11/7/2006.

Disponendo l'annullamento con rinvio la Suprema Corte statuiva, innanzitutto, che il Tribunale del riesame non avesse dato risposta alla doglianza difensiva in punto di indebita «duplicazione» o «sovradimensionamento» del vincolo in ragione dell'apprensione di somme di origine lecita.

Inoltre censurava che il Tribunale avesse proceduto ad una arbitraria immutazione delle ragioni giustificatrici del sequestro (pag. 7 sentenza), queste ultime ricondotte (dal Tribunale) al riconoscimento del vincolo di pertinenzialità con il reato secondo il disposto dell'art. 321, co. 1, c.p.p. anziché in linea con la *ratio* del sequestro previsto dall'art. 12 *sexies* D.L. 306/92 riguardante beni confiscabili, quest'ultimo costituente una *species* - caratterizzata dalla peculiarità del regime probatorio - del sequestro disciplinato dall'art. 321 co. 2 c.p.p.

Il Tribunale, inoltre, non avrebbe tenuto conto che il secondo provvedimento del Gip non sostituiva il primo (tanto è vero che il secondo si limitava a prendere in considerazione unicamente la problematica della soppressione del titolo azionario 3/00, nulla disponendo in merito alla riserva sovrapprezzo) di talché, a giudizio della S.C. atteso che il nuovo sequestro ampliava o raddoppiava la cautela, esso "*non avrebbe potuto trovare giustificazione nelle stesse ragioni poste a fondamento del primo provvedimento di sequestro*" (pag. 8).

La Corte evidenziava infine la necessità di riconsiderare, tenuto conto che le censure difensive avevano ad oggetto la "verifica dei presupposti di applicabilità del (secondo) sequestro" anche le ragioni giustificatrici del precedente provvedimento, e ribadiva come il Tribunale del riesame, con varie oscillazioni, avesse per un verso fatto riferimento agli elementi sottesi al sequestro di cui al comma 1 dell'art. 321 c.p.p. anziché alla disposizione dell'art. 12 *sexies* D.L. 306/92, pervero richiamata in entrambi i provvedimenti del Gip (ove tale istituto, rammentava la Corte, "*presuppone, invece, una finalità di confisca e una presunzione di illecita accumulazione e quindi un rapporto di pertinenzialità con l'attività del reo piuttosto che con lo specifico reato, consentendo l'apprensione del bene ancorché formalmente nel possesso dì terzi*), e, sotto altro aspetto avesse fatto riferimento al *periculum in mora* con espresso riferimento al comma 2 dell'art. 321 co. 1 c.p.p., ove tale disposizione "*non richiede alcuna prognosi di pericolosità connessa alla libera disponibilità delle cose medesime, che, invece, proprio perché confiscabili, sono di per sé oggettivamente pericolose, indipendentemente dal fatto che si versi in materia di confisca facoltativa o obbligatoria*".

La Suprema Corte accoglieva dunque la censura attinente "*la man-*

canza di (reale) motivazione circa i presupposti di ampliamento del vincolo reale" (pag. 10) e rinviava a questo Tribunale per un nuovo esame.

In sede di rinvio il Tribunale rigettava, nuovamente, l'originaria istanza di riesame avverso il provvedimento di sequestro operato dal Gip in data 11/7/2006.

(*Omissis*). Con sentenza emessa in data 21/4/2008 il S.C. annullava nuovamente l'ordinanza emessa dal Tribunale in sede di riesame. La Corte di Cassazione ripercorreva l'accidentato *iter* della vicenda osservando quanto segue:

1. II Tribunale aveva mutato *l'impostazione dell'anteriore ordinanza del riesame (cassata con rinvio) che focalizzava la causa del titolo di indisponibilità delle azioni nella loro pertinenzialità criminosa ai sensi dell'art. 321 comma 1° c.p.p., recuperando la prospettiva decisoria del Gip disponente la misura, indicandone i presupposti giuridici nella previsione di cui all'art. 12 sexies L. 356/1992. E tuttavia aveva continuato a mantenere ferma (...) la sequestrabilità preventiva dei cespiti di presunta origine delittuosa (...) anche alla luce della previsione semplice di cui ai commi 1° e 2° dell'art. 321 c.p.p.* A parere della Corte ci si trovava di fronte ad una operazione ermeneutica improponibile sul piano dell'adeguatezza della motivazione dato che i due istituti erano scanditi da condizioni legittimanti, finalità e modalità applicative diverse.
2. *In secondo luogo l'impugnata ordinanza trascurava di rendere conto dei verificati presupposti legittimanti il preventivo sequestro delle azioni della G. Costruzioni, sia nel loro originario controvalore monetario che in quello posteriore accresciuto dopo l'aumento di capitale lungo la duplice direttrice della concreta e determinata sproporzione tra i redditi o l'attività dell'impresa dell'indagato ed il quantificato valore economico dei beni suscettibili di confisca (e quindi sequestrabili), nonché della connessa carenza di giustificazione ovvero della inefficacia dimostrativa degli elementi proposti dall'indagato (secondo l'indirizzo giurisprudenziale introdotto dalla sentenza delle S. U 17/12/2003 - Montella).*
3. *Rimanevano infine senza risposta le ragioni dell'estensione del sequestro alle nuove azioni il cui controvalore era stato incrementato dall'aumento di capitale. Dovendosi ritenere una dissimulata risposta quella che il Tribunale riconduce al fisiologico fenomeno delle oscillazioni del valore di mercato di un titolo azionario.*

(*Omissis*). Occorrerà quindi verificare (ancora una volta) se, nel caso di specie, sussistevano i presupposti per la emanazione del provvedimento adottato ai sensi dell'art. 12 *sexies* comma 4 del D.L. 306/92 in quanto il provvedimento era (ed è) pendente ma non vi è stata ancora sentenza di condanna.

(*Omissis*). In merito si osserva come le condizioni legittimanti il provvedimento di sequestro preventivo di beni confiscabili attengono a due profili: la sussistenza del *fumus* del reato e il *periculum*, coincidente, quest'ultimo, con la confiscabilità del bene.

Quanto al *fumus* il giudice dovrà verificare se nel fatto attribuito all'indagato sia astrattamente configurabile una delle ipotesi criminose previste dalla norma citata, essendo preclusa al giudice delle misure cautelari reali ogni valutazione sulla sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza e sulla gravità degli stessi (confronta sul punto Sez. Unite 25/3/1993, Gifuni). Con riferimento alla presente vicenda deve ribadirsi come sia da ritenersi sufficientemente verificata la sussistenza del *fumus* del reato previsto dall'art. 12 *quinquies* D.L. 306/92. Dagli atti di causa emerge infatti come ad opera del G. vi è stata costituzione di fondi "neri" ottenuti attraverso frodi fiscali; l'indagato risulta avere attribuito la disponibilità di quel denaro a propri fiduciari (persone di famiglia e collaboratori delle società) ai quali sono infine da imputare le successive condotte di riciclaggio ugualmente interessate dalle indagini in corso.

In relazione a tale articolata ricostruzione dei fatti, ed all'esito dell'udienza preliminare, il Gip ha disposto il rinvio a giudizio di vari imprenditori i quali avevano emesso fatture per operazioni inesistenti in favore della G. Costruzioni s.p.a. (e di altre società tutte riferibili all'indagato), consentendo alle medesime società di accumulare fondi "neri". Il G., a sua volta, risulta essere stato rinviato a giudizio per avere indicato, nelle dichiarazioni dei redditi relativi alle diverse società beneficiate, elementi passivi fittizi; per essersi appropriato delle corrispondenti somme, prelevate dalle casse sociali, somme che erano state fittiziamente attribuite ai vari congiunti. Tali ultimi soggetti, a loro volta, sono stati rinviati a giudizio in relazione al reato di riciclaggio, avendo in ipotesi svolto operazioni finalizzate ad ostacolare l'identificazione della provenienza di tali somme.

L'ipotizzata fittizia attribuzione ai congiunti delle somme sopra indicate integra, infine, l'astratta ipotesi di reato di cui all'art. 12 *quinquies* D.L. n. 306/1992, contestato al G. Con riferimento invece all'elemento del *periculum*, esso coincide con la confiscabilità del bene, ragione per cui il giudice della cautela, come statuisce la sentenza Montella (Cass. S.U., n. 920/04) "*non può esimersi dal vagliare gli stessi aspetti che legittimano la definitiva confisca, e per quanto riguarda la sproporzione dei valori, e per quanto riguarda la mancata giustificazione della lecita provenienza*".

Come già sostenuto dal Tribunale l'istituto giuridico *de quo* prescinde dal rapporto di pertinenzialità tra i beni confiscabili in base all'art. 12 *sexies* commi 1 e 2 del D.L. 306/92 e i reati per i quali è intervenuta condanna (ovvero è in corso il procedimento in caso di vincolo cautelare),

imponendo come presupposti vuoi del provvedimento ablativo che della cautela reale: 1) la condanna o la pendenza del procedimento per reati tassativamente indicati all'art. 12 *sexies* cit. del D.L. 306/92; 2) la sproporzione del valore della somma dei beni rispetto ai redditi dichiarati e alle attività economiche del soggetto interessato, con riferimento al momento dei singoli acquisti; 3) la mancata giustificazione della origine di tali beni (si veda sul punto la sentenza Montella citata).

La presente problematica si risolve, quindi, nello stabilire se il compendio oggetto del sequestro disposto dal Gip in data 29/5/2006 costituiva, rispetto alla persona di G.L., una entità patrimoniale ingiustificata o sproporzionata.

Malgrado le richieste puntualizzazioni ad opera del Supremo Collegio appare difficile ipotizzare il contrario.

In merito è difficile prescindere dalla ricostruzione all'epoca svolta dal Tribunale. II bene colpito dal provvedimento ablatorio aveva ad oggetto 100.000 azioni della G. Costruzioni s.p.a., corrispondente 33,33% del capitale sociale (oltre la riserva sovrapprezzo), e tale acquisizione patrimoniale - che si trovava nella disponibilità di G.L. in quanto il predetto era il *dominus*, quale amministratore unico di entrambe le società coinvolte, la G. Costruzioni s.p.a. e la A. Holding s.r.l. la quale ha formalizzato il negozio giuridico - non trova spiegazione lecita se non altro in considerazione del fatto che il corrispettivo della relativa cessione non risulta essere stato pagato.

(*Omissis*). In concreto attraverso l'operazione finanziaria più volte descritta G.L. - persona fisica - (attraverso le società da lui controllate) risulterebbe avere acquisito una quota del capitale sociale della società G. Costruzioni s.p.a. utilizzando somme fraudolentemente uscite dalla società medesima attraverso le frodi fiscali sopra descritte.

(*Omissis*). Nel caso di specie il giudice non deve ricercare alcun nesso di derivazione tra i beni confiscabili ed il reato per cui ha pronunciato condanna (o in relazione al quale è stato disposto il rinvio a giudizio) e nemmeno tra i beni e l'attività criminosa posta in essere dall'imputato; al contrario la confisca (ed il sequestro) va sempre disposta, solo quando sia provata l'esistenza di una sproporzione tra il valore economico dei beni di cui il condannato ha la disponibilità ed il reddito da lui dichiarato o i proventi della sua attività economica e non risulti una giustificazione credibile circa la provenienza dei beni.

Alla luce delle considerazioni svolte, e tenuto conto dell'intervenuto rinvio a giudizio del G., e di alcuni suoi congiunti, anche in relazione alla operazione c.d. "O. C." deve ritenersi come sussistessero tutti gli elementi per l'emissione del decreto di sequestro in data 29/5/2006.

Ultima questione da affrontare è quella avente ad oggetto la estensio-

ne del sequestro alle nuove azioni il cui controvalore è stato incrementato dall'aumento di capitale.

In merito il Supremo Collegio ha censurato la risposta data dal Tribunale che ha giustificato la c.d. "duplicazione" del sequestro riconducendola al fisiologico fenomeno delle oscillazioni del valore di mercato del titolo azionario. Nella sentenza che ha annullato l'ordinanza emessa il 6/6/2007 si evidenzia infatti come la "riserva sovraprezzo", di ipotizzata matrice delittuosa, non fosse stata utilizzata per finanziare l'aumento di capitale deliberato nel 2004 (trattandosi di somma tutt'ora in sequestro); l'aumento di capitale essendo stato fronteggiato con risorse diverse ed annotate nelle scritture contabili. Secondariamente si sottolineava come l'iniziale vincolo di indisponibilità preventiva avesse avuto ad oggetto non il 33,33% del capitale sociale, ma specificamente 100.000 azioni della G. Costruzioni del valore nominale di € 5,26 equivalenti ad € 516.000,00. Tali azioni anche dopo l'aumento di capitale continuavano ad individuare il 33,33% del capitale sociale ma non corrispondevano più ad un controvalore di € 516.000,00, ma ad un controvalore circa tre volte superiore.

Anche in relazione a tale ultima problematica occorre rifarsi ai principi generali legittimanti la confisca (ed il sequestro) ai sensi dell'art. 12 *sexies* citato ed all'esistenza, quindi dell'elemento del *periculum*, coincidente con la confiscabilità del bene, così che il giudice della cautela dovrà vagliare gli stessi aspetti che legittimano la definitiva confisca e, quindi, la sproporzione tra il reddito dichiarato ed i proventi della attività economica dell'imputato ed il valore economico dei propri beni, e la mancata giustificazione della lecita provenienza degli stessi.

Nel caso di specie, una volta esclusa dal Supremo Collegio la correttezza del ragionamento svolto dal Tribunale del riesame, l'unico elemento che potrebbe mantenere in vita il vincolo reale è la dimostrazione (o *il fumus*) della illecita accumulazione delle somme utilizzate per operare l'aumento di capitale verificatosi nel 2004. Elemento che non appare sussistere.

Ed infatti l'operazione avente ad oggetto l'acquisto di azioni della G. Costruzioni ad opera della società "O. C." sarebbe stata svolta utilizzando somme di denaro resesi disponibili a seguito della emissione di fatture per operazioni inesistenti (ad opera di Lo F. ed altri) idonee a celare gli elevatissimi utili societari, operazioni riferibili all'anno 2000. Al contrario, le nuove azioni della G. Costruzioni, per quanto emerge dagli atti, sono pervenute alla loro attuale consistenza monetaria a seguito di un aumento di capitale verificatosi nell'anno 2004 utilizzando somme diverse, in ordine alle quali non emerge un giudizio di illecita provenienza, né un evidente collegamento con le vicende illecite riferibili all'anno 2000. Si tratterebbe, infatti, di importi che risultavano in bilancio come "riserva

rivalutazione, riserva straordinaria, riserva sovrapprezzo azioni" (come emerge dal verbale dell'assemblea del 24/09/2004).

In mancanza di elementi di prova in tal senso viene a mancare uno degli elementi fondanti l'estensione del provvedimento ablatorio e cioè l'ipotizzata illecita provenienza delle somme utilizzate per l'aumento di capitale e, quindi, uno dei presupposti fondanti il sequestro disposto ai sensi dell'art. 12 *sexies*. (*Omissis*).

(1) La regola del sospetto, nel "testo" e nel "contesto" del delitto di trasferimento fraudolento di valori.

1. V'è qua una pagina, della contemporanea esegesi giurisprudenziale dedicata alla lotta contro l'accumulo dei patrimoni illeciti, che si fa *due volte* emblema.

Presto a dirsi, dei *nuovi* confini della confisca allargata *ex* art. 12 *sexies*, d.l. 8 giugno 1992, n. 306[1], eretti dalla recente stagione pretoria ad arginare e colmare le sacche di illegittimità costituzionale cui la stesura normativa, altrimenti, pare mostrare libero il fianco. E' l'ossequio alla *ratio* genetica della disposizione in richiamo: l'inserimento dell'istituto[2] all'indomani della declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 12 *quinquies*, comma 2[3], scrive difatti la doverosa chiave di lettura di una disciplina che di quella estromessa recupera fondamentalmente il contenuto, salvo abbandonarne la prospettiva strutturale di fattispecie incriminatrice adottando il modello camaleontico - per natura e funzione - della confisca speciale[4].

---

[1] Convertito nella l. 7 agosto 1992, n. 356.

[2] Nella l. n. 356/1992 dal d.l. 20 giugno 1994, n. 399 (convertito con modifiche dalla l. 8 agosto 1994, n. 501).

[3] Corte cost., 9 febbraio 1994, n. 48, in *Riv. pen. econ.*, 1994, 40 ss., per cui la legittimità della fattispecie rinviene «un insormontabile ostacolo proprio nel principio di presunzione di non colpevolezza», fondando sulla qualità di indagato o imputato il presupposto soggettivo che rende punibile un dato di fatto – la sproporzione non giustificata tra beni e reddito – altrimenti non perseguito: «cosicché la persona indiziata o imputata, ancorché presunta non colpevole, è, per ciò solo, assoggettata a pena, in ordine ad una condotta che, ove posta in essere da qualsiasi altro soggetto, viene ad essere normativamente riguardata in termini di totale indifferenza». Tra i commenti alla sentenza si segnalano Paterniti, *Esigenze di descrizione del fatto tipico e tecniche normative corrispondenti*, in *Giur. cost.*, 1994, 294 ss.; Santoriello, *Il delitto di possesso ingiustificato di valori all'esame della Consulta. Una decisione di incostituzionalità definitiva?* in *Giur. cost.*, 1994, 2259.

[4] Per la qualificazione della confisca in questione come «misura di sicurezza atipica con funzione anche dissuasiva, parallela all'affine misura di prevenzione antimafia introdotta dalla l. 31 maggio 1965, n. 575», Cass., sez. un., 30 maggio 2001, Derouach, in *Foro it.*, 2001, II, 502 ss.; Cass., sez. un., 17 dicembre 2003,

Gli elementi che ne sanciscono l'operatività arridono pertanto, genealogicamente, all'area del sospetto, che la tradizione della sistematica penale ha lasciato proseguire dalla traccia dell'ormai espunto art. 708 c.p.[5] fino a plasmare, col discusso delitto *ex* art. 12 *quinquies*, comma 2, un meccanismo di inversione dell'onere della prova che consentiva di agganciare la responsabilità dell'indagato per gravi reati di criminalità organizzata all'incapacità di questi a giustificare il possesso di denaro o altra utilità «di valore sproporzionato al proprio reddito o alla propria attività economica».

La regola sancita dalla misura patrimoniale sorta sulle sue ceneri, difatti, dà ancora testuale rilievo ad una impossibilità del condannato, per uno dei delitti presupposti, a fornire una giustificazione in ordine alla provenienza del denaro, dei beni o delle altre utilità di cui egli risulti, anche per interposta persona fisica o giuridica, titolare o comunque detentore della relativa disponibilità[6].

L'ampiezza di un simile filtro, non condizionato dall'illiceità del bene, né - letteralmente – dall'accertamento di un nesso eziologico tra il *quid* ed il *quantum* confiscabile ed il reato commesso[7], seppure stretta dal previo dato sintomatico della sproporzione tra i beni "sospetti" e, alternativamente, il reddito dichiarato ai fini delle imposte sul reddito o l'attività economica esercitata dal soggetto, appare nondimeno valevole a rendere oggetto dell'ipotesi di confisca obbligatoria in menzione qualunque elemento costitutivo del patrimonio di quest'ultimo, gravandolo dell'onere di dimostrarne la lecita provenienza.

Montella, in *Cass. pen.*, 2004, 1187. Cfr. Cass., sez. V, 25 gennaio 2008, P.g. in proc. Doldo e altri, n. 9576, che ne ammette l'applicabilità anche a seguito di estinzione del reato in forza della peculiare *ratio* contestualmente repressiva e preventiva. In generale sul tema, Fornari, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale moderno*, Padova, 1997, 65 ss.; Fondaroli, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, Bologna, 2007.

(5) Si rammenta che il reato di possesso ingiustificato di valori (art. 708 c.p.) è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo – in quanto irragionevolmente «si riferisce esclusivamente a coloro che sono pregiudicati per delitti determinati da motivi di lucro e per contravvenzioni concernenti la prevenzione di delitti contro il patrimonio» in relazione all'ampia gamma di beni (denaro, valori e «altre cose») costituenti invece l'oggetto materiale della condotta incriminata - da Corte cost., 17 ottobre 1996, n. 370, in *Giur. cost.*, 1996, 3357 ss., con note di Insolera, *Un deludente epilogo*, 3362 ss., e di Micheletti, *Una sentenza di «incostituzionalità sopravvenuta» per «inadeguatezza» della tutela in materia di reati di sospetto*, 3373 ss.; in *Dir. pen. proc.*, 1996, 1473 ss., con commento di Pisa, *I reati «di sospetto» nella giurisprudenza costituzionale*, 1477 ss.

(6) *Amplius*, in argomento Mangione, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, Padova, 2001; Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001.

(7) Fornari, *Criminalità del profitto*, cit., 64, nota 37; Cass., sez. V, 22 settembre 1998, Sibio, n. 5111; Cass., sez. II, 22 febbraio 1999, Cesana, n. 881.

Le strade battute dalla sensibilità giurisprudenziale in direzione del depotenziamento delle capacità aggressive latenti entro una simile prescrizione - ovviamente rispetto al principio di presunzione di non colpevolezza *ex* art. 27, comma 2, Cost. nonché rispetto al diritto alla difesa sancito dall'art. 24 Cost. - hanno ravvivato il nitore dei caratteri legittimanti la confisca di specie, ed *a latere* il sequestro preventivo adottabile a norma del comma 4 dell'art. 12 *sexies*.

Così, al proposito della confisca, all'adeguata motivazione circa la mancata, credibile, giustificazione della provenienza lecita dei beni è stata affiancata una lettura della sproporzione, che quei beni innerva[8], destinata a reinquadrare i termini di raffronto dello squilibrio: nella stima dei valori economici in gioco entrano il reddito dichiarato o le attività economiche svolte non al momento dell'applicazione della misura rispetto a tutti i beni presenti, ma nel momento dei singoli acquisti rispetto al valore dei beni di volta in volta acquisiti[9].

Quanto poi al sequestro, la fotografia delle condizioni fondanti il prodromico momento della misura cautelare reale si è considerata definita una volta individuato: il *fumus commissi delicti* nell'astratta sussumibilità del fatto attribuito all'indagato in una delle ipotesi criminose espressamente previste in guisa di presupposto[10], per il tramite di un giudizio prognostico che renda plausibile preconizzare la probabilità di una condanna dell'imputato per il delitto a monte[11]; ed il *periculum in mora* nella confiscabilità del bene, coincidente con la seria riprova dei relativi requisiti legittimanti[12].

2. Degli uni come degli altri caratteri la decisione in commento ripercorre esatti i passi, anzitutto cadenzati dalla ribadita indifferenza rispetto ad un qualsivoglia nesso di derivazione, corrente sia tra i beni confiscabili ed il reato per cui v'è condanna o rinvio a giudizio, sia tra i beni e l'attività criminosa posta in essere dall'imputato; di poi irrobustiti dalla indefettibilità della riprova di una sproporzione tra il valore economico dei beni di cui il soggetto ha la disponibilità ed il reddito da lui dichiarato o i proventi della sua attività economica «con riferimento al momento dei singoli acquisti», senza che risulti una giustificazione credibile circa la provenienza dei beni medesimi. Fino a giungere, su questa strada, alla revoca del disposto sequestro delle nuove azioni della società implicata, nella consistenza monetaria dalle stesse acquisita al seguito di un aumento gratuito di capitale, in virtù

---

[8] Cass., sez. IV, 21 marzo 2002, Chiascione, n. 28750; Cass., sez. IV, 22 settembre 2005, Orenze Catipon, n. 43943.

[9] Cass., sez. un., 17 dicembre 2003, Montella, cit.

[10] Cass., sez. un., 17 dicembre 2003, Montella, cit.

[11] Cass., sez. I, 16 dicembre 2003, P.m. in proc. Marzocchella, n. 1415.

[12] Cass., sez. I, 19 gennaio 2007, Cortellino, n. 15908.

della mancata dimostrazione della provenienza illecita delle somme – riserve - utilizzate per il perfezionamento dell'operazione societaria *de qua*.

A dettare l'andamento di un simile sillogismo è un dato di statura dirimente: la rappresentazione della sproporzione quale scompenso, tra incrementi patrimoniali da una parte e reddito legittimamente prodotto dall'altra parte, che assume un determinato contesto temporale di riferimento, quello dell'acquisizione della disponibilità dei valori di specie[13]. Privata di questa perimetrazione cronologica la sproporzione diviene infatti *illogico* raffronto di natura strettamente aritmetico-quantitativa tra dati qualitativamente non comparabili, ovvero l'acquisto *una tantum* rispetto al patrimonio inteso come frutto del reddito e dell'attività economica risultanti dall'intero arco della vita lavorativa[14].

Una volta racchiusa in una delimitata cornice temporale, la sproporzione – e da qua l'ambito di applicazione della confisca – rimane invece accertabile per effetto di un meccanismo di distribuzione dell'onere probatorio infine rispondente alle invocazioni della giurisprudenza costituzionale[15]. Sull'indagato non incombe una *probatio diabolica* che gli importa la dimostrazione della legittimità dell'intero suo patrimonio[16]; egli è bensì onerato dell'allegazione di fatti e circostanze[17] «con riferimento temporale precisa-

---

[13] Cass., sez. un., 17 dicembre 2003, Montella, cit.; Cass., sez. I, 28 novembre 2006, R., in *Guida al dir.*, 2007, n. 8, 92; Cass., sez. I, 26 aprile 2007, C., in *Guida al dir.*, n. 25, 82. V. anche Nanula, *Il problema della prova della provenienza illecita dei beni*, in *Il Fisco*, 1993, 10117.

[14] Nanula, *La lotta alla mafia. Strumenti giuridici – strutture di coordinamento – legislazione vigente*, Milano, 1999, 45. In giurisprudenza, da ultimo, Cass., sez. V, 28 marzo 2002, Ferrara e altri, in *Cass. pen.*, 2003, 605; Cass., sez. II, 23 giugno 2004, Palumbo, *ivi*, 2005, 2704.

[15] Critici Fiandaca-Musco, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2007, 835, che ravvisano discutibili profili di compatibilità con il principio di presunzione di non colpevolezza; Nanula, *Le nuove norme sul possesso ingiustificato di valori*, in *Il Fisco*, 1995, 10137; Fornasari, *L'ultima forma di manifestazione della «cultura del sospetto»: il nuovo art. 12 sexies della legge n. 356 del 1992*, in *Crit. dir.*, 1996, 18, che parla di sacrificio delle ragioni della difesa. Segnatamente, Cass., sez. un., 17 dicembre 2003, Montella, cit., ha negato la violazione della presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 27 Cost. «in quanto nella specie non si tratta di presumere la colpevolezza di un soggetto, ma la provenienza illecita di un patrimonio», con ciò accogliendo le argomentazioni di chi connette l'inderogabile operatività del principio *ex* art. 27, comma 2, Cost., solo in relazione alla tutela della libertà personale, v. Fornari, *Criminalità del profitto*, cit., 222; Gialanella, *Funzionalità e limiti garantisti dell'ordinamento penale alla difficile «prova» delle misure di prevenzione patrimoniale*, in *Crit. dir.*, 1999, 548.

[16] Fidelbo, *Sequestro preventivo e confisca ex art. 12 sexies l. n. 356/92: dall'esclusione del nesso pertinenziale con il reato al rafforzamento dei presupposti*, in *Cass. pen.*, 2004, 1189.

[17] Parla invero espressamente di "inversione dell'onere della prova" Cass., sez. II, 28 gennaio 2003, Scuto e altri, in *Foro it.*, 2003, II, 514.

mente determinato», ed espositivi di «un'esauriente spiegazione in termini economici (e non semplicemente giuridico-formali) di una derivazione del bene da attività consentite dall'ordinamento, che sarà valutata secondo il principio del libero convincimento»[18].

Ciò si allinea all'attuale spirito di confinamento oggettuale della confisca[19], per l'appunto da intendersi rivolta al patrimonio del soggetto interessato nella sola misura dell'accertato squilibrio[20], e sconforta quella contraddittoria prassi giurisprudenziale che non ha mancato di utilizzare la sproporzione quale mero elemento indiziario dell'illecita provenienza del patrimonio nella sua interezza[21].

L'orientamento che nelle perifrasi in commento rimane consolidato si pone difatti agli antipodi di una concettualizzazione dell'istituto di tal fatta, attendendo piuttosto alla ricerca di indizi dell'origine illecita dei beni da confiscare che siano inerenti a ciascuno dei beni e/o delle somme impiegate per il loro acquisto[22].

Sicché, all'estrema frontiera di questa visione, la presunzione di illegittima acquisizione dei beni da parte dell'imputato diviene circoscrivibile entro un ambito di ragionevolezza temporale che dia preliminarmente conto dell'essere, i beni di cui si dispone il sequestro, non *ictu oculi* estranei al reato, consentendo infine di operare «un collegamento tra i beni ed il fatto criminoso che, da un lato, non contrasti con la logica ed il buon senso, dall'altro, non comporti una lesione ingiustificata dei diritti inviolabili di proprietà e di libera iniziativa economica, né impedisca all'imputato l'esercizio del proprio diritto di difesa in ordine alla dimostrazione della legittima acquisizione»[23].

---

[18] Cass., sez. un., 17 dicembre 2003, Montella, cit. In questa direzione già Cass., sez. II, 2 giugno 1994, Malasisi, in *Cass. pen.*, 1995, 907; in dottrina Ferrajoli, *La normativa antiriciclaggio*, Milano, 1994, 33; Potetti, *Riflessioni in tema di confisca di cui alla legge 501/1994*, in *Cass. pen.*, 1995, 1690.

[19] Izzo, *Sequestro preventivo strumentale alla confisca di ricchezza sproporzionata al reddito dichiarato. Poteri di controllo del giudice del riesame*, in *Il Fisco*, 1994, 3423 ss.; Chiariello, *Sequestro preventivo ex art. 321 c.p. e 12 sexies l. n. 356 del 1992: misura di prevenzione o provvedimento cautelare?*, in *Cass. pen.*, 1996, 1634 s.; Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 319 ss., 373.

[20] Così Cass., sez. VI, 15 aprile 1996, Berti, in *Cass. pen.*, 1996, 3649. Per una accurata ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali succedutisi in materia, Maugeri, *La lotta contro l'accumulazione di patrimoni illeciti da parte delle organizzazioni criminali: recenti orientamenti*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2007, 518 ss., 526 ss.

[21] In questi termini Cass., sez. VI, 26 marzo 1998, Bosetti, in *Cass. pen.*, 1999, 3551.

[22] Cfr. Cass., sez. I, 17 novembre 1989, Nuvoletta ed altri, in *Giust. pen.*, 1991, 354; Cass., sez. I, 21 gennaio 1991, Piromalli, in *Giur. it.*, 1992, II, 299; Cass., sez. I, 18 maggio 1992, Vincenti ed altri, in *Cass. pen.*, 1993, 2377; Pascali-Cherubini, *La misura di prevenzione patrimoniale nella normativa antimafia. Il problema della tutela civile dei creditori*, Bari, 1999, 71.

L'esegesi spiccatamente garantista cui attinge la prospettiva appena condivisa non pare del resto invalidata da quelle pieghe di incompatibilità letterale con l'art. 12 *sexies* pure diffusamente lamentate da quanti non scorgono nell'ampia dicitura della "impossibilità alla giustificazione della provenienza" la parafrasi di una condizione di inabilità a negare l'esistenza di un legame economico-funzionale (*aliis verbis*, "causale") tra l'illecito in premessa ed il bene[24].

Ad allineare codesta visione al ricordato sforzo di valorizzazione della sproporzione sta peraltro la comune radice riconosciuta, in entrambi gli orizzonti, al discusso *periculum* di origine illecita del patrimonio indagato, impiantato in «una fondamentale scelta di politica criminale del legislatore, operata con l'individuare delitti particolarmente allarmanti, idonei a creare una accumulazione economica, a sua volta possibile strumento di ulteriori delitti, e quindi col trarne una presunzione, *iuris tantum*, di origine illecita del patrimonio "sproporzionato" a disposizione del condannato per tali delitti»[25].

Si scopre, allora, che la disamina sulla proporzionalità, protagonista anche del pronunciamento che si annota, è in realtà un argomento "di riflesso", capace sì di rafforzare la congruità della misura in questione ma non di determinarne le condizioni basilari di compatibilità con la garanzia costituzionale della proprietà privata, che l'art. 42 Cost. affida a limitazioni legislative consentanee ad assicurarne la funzione sociale.

3. I tasselli del mosaico finora ricomposto non nascondono difatti un ulteriore – più esattamente preliminare – ordine di considerazioni, al proposito del ruolo strategico che nella declinazione della casistica operativa della confisca *hic et nunc* è tenuta a svolgere la verifica della configurabilità del delitto che ne è reso tassativo presupposto[26].

---

[23] Cass., sez. V, 23 aprile 1998, Bocca, in *Cass. pen.*, 1999, 3551.

[24] Per simili rilievi critici, sostanzialmente volti ad escludere la rilevanza di un legame causale tra reato presupposto e valore confiscabile, Locatelli, *La confisca del patrimonio di valore sproporzionato. Note all'art. 12 sexies della l. 7.8.1992, nr. 356*, in *Il Fisco*, 1996, 8304 ss.; Di Lena, *In tema di confisca per possesso ingiustificato di valori*, in *Ind. pen.*, 1999, 1221; Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 320; Cass., sez. II, 22 febbraio 1999, Cesana, cit.; Cass., sez. I, 25 settembre 2000, Vergano, in *Cass. pen.*, 2001, 3404; Cass., sez. II, 29 maggio 2002, Del Mistro, *ivi*, 2003, 2314; Cass., sez. II, 28 gennaio 2003, Scuto ed altri, cit.; Cass., sez. un., 17 dicembre 2003, Montella, cit., 1187 ss. *Contra*, nel senso di richiedere la dimostrazione logica e cronologica della provenienza di ogni bene sequestrato dall'attività illecita, Cass., sez. V, 28 marzo 2002, Ferrara e altri, cit.; Cass., sez. II, 23 giugno 2004, Palumbo, cit.

[25] Così Cass., sez. un., 17 dicembre 2003, Montella, cit.

[26] Cfr. Cass., sez. un., 17 dicembre 2003, Montella, cit.; Cass., sez. I, 16 dicembre 2003, in *Il Fisco*, 2004, 3228. Per rilievi critici in ordine alla circoscrizione del suddetto novero di reati, dal quale rimangono estranei gravi delitti realizzati a fini

Balza agli occhi, scesi nel dettaglio della decisione, come il passaggio ivi sia rimasto oltremodo sfumato, entro un ragionamento giuridico che all'indagine sul *fumus* dedica solo accenni fugaci, protendendosi piuttosto a saggiare la legittima provenienza delle disponibilità finanziarie confluite a dare valore ai beni ablati.

Così, la sussistenza del *fumus* del reato previsto dall'art. 12 *quinquies* d.l. 306/92 si è attestata come "sufficientemente verificata" per emergere dagli atti di causa l'avvenuta costituzione, da parte dell'indagato, di fondi "neri" ottenuti attraverso frodi fiscali (*ex* artt. 2, comma 3, ed 8, d.lgs. n. 74/2000) perpetrate nell'ambito di diverse società beneficiate; egli avrebbe quindi attribuito fittiziamente la disponibilità di quel denaro a propri fiduciari (persone di famiglia e collaboratori della società a lui facente capo) facendolo confluire in libretti di deposito a risparmio ad essi intestati; a tali soggetti, infine, sarebbero da imputarsi le successive condotte di riciclaggio, avendo in ipotesi svolto operazioni finalizzate ad ostacolare l'identificazione della provenienza di tali somme, in parte servite a patrimonializzare una società di diritto lussemburghese costituita *ad hoc* e resasi di seguito acquirente di azioni della società legalmente rappresentata dall'indagato.

Difficile scorgere in simili deduzioni - che finiscono per lasciare la parola in ordine all'integrazione del reato alla disposizione del rinvio a giudizio - un reale approccio alla sussunzione dell'accadimento entro il modello della fattispecie astratta; facile, però, è interpretarle nel senso della continuità con quella "cultura del sospetto" che ha impregnato l'analisi, tutta giurisprudenziale, del delitto di trasferimento fraudolento di valori.

È in questo snodo, allora, che prende forma il *secondo volto* della pronuncia, effige degli inveterati *dis*-orientamenti interpretativi in punto di "sufficiente" tipicità ed offensività della fattispecie *ex* art. 12 *quinquies* d.l. 306/1992. Redatta nella consapevolezza dei poderosi canali di infiltrazione economica in potere delle organizzazioni illecite, nonché sotto l'egida dell'interesse statale alla trasparenza delle transazioni finanziarie tra privati, quale fase propedeutica all'individuazione dei responsabili effettivi delle situazioni delittuose originanti le disponibilità economiche in questione[27], la formulazione *de qua* riflette la peculiare attenzione legislativa rivolta allo spostamento – reale o non – delle risorse illecite fra due o più persone.

È in questa più ampia prospettiva di repressione della circolazione e del possesso di disponibilità economiche e finanziarie di "sospetta" provenienza

---

di profitto patrimoniale e contigui al fenomeno della criminalità organizzata, come il reato di corruzione o concussione, FORNASARI, *L'ultima forma di manifestazione della «cultura del sospetto»*, cit., 19.

[27] Nel senso di riconoscere l'evento giuridico del reato in commento nella lesione o esposizione al pericolo dell'interesse a ricostruire le responsabilità penali per le attività illecite commesse, si veda Cass., sez. III, 28 gennaio 1993, Guadalupi, in *Cass. pen.*, 1993, 2403.

criminosa, che lo strumento sanzionatorio in disamina interviene a rendere punibili gli autori di trasferimenti fittizi della titolarità o disponibilità di denaro, beni o altre utilità, alternativamente finalizzati all'elusione delle disposizioni di legge in materia di misure di prevenzione patrimoniali[28], o di contrabbando, ovvero ad agevolare la commissione di uno dei delitti di cui agli artt. 648, 648 *bis*, 648 *ter* c.p.[29].

Due notazioni, a completamento dell'inquadramento introduttivo e ad abbrivio di una riflessione critica rispetto alla percepibile tendenza a dissolvere il tipo legale della "fittizia intestazione" entro un testo riscritto sul paradigma del "sospetto sull'autore".

Pervero, nell'oblio dogmatico che ha cullato l'applicazione della fattispecie[30], l'esegesi giurisprudenziale - non difforme quella annotata – ha avuto agio di esaurire l'immagine dell'incriminazione nella "nuda e cruda" creazione di una situazione di apparenza giuridica (quanto alla titolarità o disponibilità del bene), apprezzandone l'immediata pericolosità rispetto al conseguimento del fine (presuntivamente) idealizzato dall'agente, e lasciando carenti di effettivo rilievo strutturale gli ulteriori requisiti computati dal dato tipico.

Di contro, sia la natura fittizia del negozio giuridico traslativo attorno al quale ruota la fattispecie, sia la connotazione finalistica di questa apparente titolarità o disponibilità, stanno "letteralmente" ferme a delimitare il disvalore proprio del trasferimento patrimoniale, selezionandolo dalla congerie di quelle manifestazioni del diritto di proprietà che costruiscono l'ambito della libera iniziativa economica. Il declivio tra l'una (lecita) e l'altra (illecita) campitura si atteggia dunque nella concreta attitudine del comportamento negoziale ad impedire la ricostruzione della pista delittuosa lasciata dai capitali "sporchi" per mezzo della fruizione e circolazione dei mezzi economici di illecita provenienza[31]. Il *caveat* che una siffatta esegesi impone non lascia margini al dubbio: l'accertamento di un simile connotato di tipicità, nella peculiare articolazione che la disciplina legale gli confeziona, non ammette di essere tralasciato.

4. In effetti, e non a caso, proprio la perifrasi cui compete tratteggiare

---

[28] Il riferimento è alle misure di prevenzione patrimoniale previste come mezzo contro le attività della criminalità organizzata dalla l. 31 maggio 1965, n. 575, modificata dalla l. 13 settembre 1982, n. 646, c.d. legge Rognoni – La Torre, in particolare, all'art. 23 *bis*, comma 1, l. n. 646 del 1982, aggiunto con l. 19 marzo 1990, n. 55. In argomento FIANDACA, *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig. disc. pen.,* VIII, Torino, 1994, 121.

[29] V. MUCCIARELLI, *Commento all'art. 12 quinquies d.l. n. 306/1992*, in *Leg. pen.*, 1993, 158.

[30] Denunciato da MAIELLO, *Il delitto di trasferimento fraudolento di valori tra silenzi della dottrina e dis-orientamenti della giurisprudenza*, in *Ind. pen.*, 2008, 207 s.

[31] MUCCIARELLI, *Commento*, cit., 160.

l'elemento soggettivo della disposizione nelle vesti del dolo specifico ha assunto la posizione di baricentro interpretativo della fattispecie. Tuttavia, il destino del suo approfondimento è rimasto ai margini di quel dibattito esegetico altrove pronto a spiegarne il contenuto in una prospettiva fattuale prima ancora che psicologica, alla stregua di una lettura costituzionalmente orientata del requisito del dolo specifico. Lungo questo percorso l'elemento in parola è tenuto ad arricchirsi di un ulteriore frammento di tipicità, esigendosi incardinato in un contesto oggettivo che dia ragione della maturazione dell'intenzione finalistica di specie. Il perseguimento dello scopo si traduce quindi in qualifica anche del lato oggettivo della fattispecie, dovendosi questo dimostrare strumento idoneo al raggiungimento dell'obiettivo prefissato[32].

Una pur rapida puntualizzazione non può invero tralasciare di sottolineare i riflessi strutturali di una concezione che nell'elaborare il dolo specifico lo riconosca in ultimo descrittivo non solo di una porzione "in eccesso" della tipicità soggettiva rispetto alla materialità del fatto, a significare una scelta di anticipazione della soglia dell'intervento penale ad un momento in cui il raggiungimento del fine, psicologicamente partecipato dall'agente, non è dato immediatamente tangibile[33]. Ma anche del valore necessariamente strumentale del comportamento tipico rispetto al raggiungimento dello scopo idealizzato, per l'immancabile riflettersi in atti di quella particolare volontà intenzionale[34]. La condotta deve con ciò assumere la taglia di "segnale" della dimensione teleologica, indicatore della "presenza in atti" del fine, nella misura in cui si lascia astrattamente vagliare sotto il profilo dell'idoneità, e perciò della oggettiva capacità causale, rispetto alla realizzazione dell'obiettivo programmato[35].

Il retaggio della *ratio* ispiratrice della fattispecie *ex* art 12 *quinquies* – pensata e voluta come strumento di incriminazione delle attività dispo-

---

[32] Intende invece esaurirsi sul piano soggettivo il ruolo del dolo specifico MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, Milano,1983, 266 ss.

[33] In argomento BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, XIX, Torino, 1973, 87. Sulle implicazioni afferenti all'elemento soggettivo nei reati di pericolo concreto, CANESTRARI, *L'elemento soggettivo nei reati di pericolo concreto*, in *Studium iuris*, 2001, 533.

[34] Cfr. PICOTTI, *Il dolo specifico*, Milano, 1993, 497 ss. Sull'argomento si rinvia in particolare a BRUNELLI, *Il sequestro di persona a scopo di estorsione*, Padova, 1995, 249 ss., 263 ss.

[35] Così MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale. Nozione, struttura e sistematica del reato*, Milano, 1995, 216 ss. Alla medesima logica si ispira Cass., sez. III, 2 dicembre 1999, P.g. in proc. Faccia, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 465: «il fine perseguito dall'agente non deve risolversi in un dato meramente interiore, ma in un elemento che spiega la sua rilevanza nell'economia della fattispecie ed imprime una connotazione obiettiva all'offesa …. Consegue che la condotta esecutiva del dolo specifico deve essere intrinsecamente … idonea alla realizzazione del risultato da perseguire».

sitive realizzate da soggetti "sospettati" di aver commesso i reati da cui originano i valori resi circolanti - non ha faticato a bloccare le velleità di adesione ad un simile orientamento evolutivo, convincendo a stringere il dolo specifico in esame in un territorio esclusivamente soggettivo, quale presumibile atteggiamento psicologico dell'autore all'atto di operare il trasferimento di beni a loro volta sospetti.

L'effetto, a questo punto incontrastabile, è stato quello di focalizzare il polo materiale del delitto nell'esclusivo spazio della formula legislativa della condotta punibile, con ciò ampliando i confini integrativi dell'illecito *de quo* fino a comprendere l'intero specchio delle transazioni fittizie. La previsione normativa, così rimetabolizzata, riesce difatti ad inglobare tutte quelle situazioni che pongono (*rectius*, lasciano) il soggetto in un rapporto di apprezzabile signoria con il bene, a prescindere dallo schema civilistico invocabile per dare nome all'apparenza del trasferimento, conferendosi pari rilievo a relazioni giuridicamente significative – «titolarità» (*sic*, intestazioni fiduciarie) - ed all'espressione di poteri di fatto – «disponibilità»[36].

Il quadro giurisprudenziale di riferimento è particolarmente ricco di simili attestazioni, a testimoniare il riconoscimento di una pregnanza limitatamente soggettiva dell'alternativo fine elusivo o di agevolazione.

Già gli arresti riguardanti la prima delle ricordate finalità – in particolare, di elusione «delle disposizioni di legge in materia di misure di prevenzione» – si incamminano a rendere trasparente l'"emergenza" del contrasto con i precetti di livello costituzionale di una disciplina sanzionatoria infine riconosciuta condizionante il rilievo penale del comportamento alla "sospettabilità" del soggetto, sottoposto ovvero semplicemente sottoponibile a misure di prevenzione patrimoniali[37]. Si approda così al cospetto di una affermazione della configurabilità del dolo specifico richiesto per la sussistenza del reato in epigrafe ancorché la misura di prevenzione patrimoniale non sia stata ancora richiesta, eppure risulti prevedibile l'attivazione della relativa procedura[38], per essere necessario e sufficiente che l'interessato abbia potuto prefigurarsi l'imminenza di una tale evenienza[39].

---

[36] Cfr. Calisti, *Il sospetto di reati, Profili costituzionali e prospettive attuali*, Milano, 2003, 295. Analoga la conclusione offerta da Cass., sez. I, 10 luglio 2007, B. e altro, n. 34974: «l'espressione "attribuzione" ha una valenza ampia che rinvia non soltanto alle forme negoziali tradizionalmente intese, ma a qualsiasi tipologia di atti idonea a creare un apparente rapporto di signoria tra un determinato soggetto e il denaro, i beni o le altre utilità rispetto alle quali, però, rimane intatto il potere di colui che effettua l'attribuzione o per conto o nell'interesse del quale l'attribuzione è operata»; Cass., sez. I, 26 aprile 2007, Di Cataldo, n. 30165.

[37] In questo senso Marini, *Trasferimento e possesso ingiustificato di valori*, in Aa.Vv., *Il riciclaggio del denaro nella legislazione civile e penale*, a cura di Cortese-Santoro, Milano, 1996, 234 ss.

[38] Cass., sez. I, 13 settembre 1999, Russo, in *Riv. pen.*, 1999, 975.

[39] Cass., sez. I, 2 marzo 2004, Ciarlante, n. 19537.

Con due effetti collaterali: la riduzione dei rapporti tra fattispecie criminosa e procedimento di prevenzione all'interno del solo profilo psicologico del reato, e l'indebito detrimento degli aspetti oggettivi del tipo. E' l'esito di una deriva soggettivistica nel cui nome si considera bastevole cogliere il "cattivo pensiero" dell'agente – radicato *in re ipsa* nella sua condizione soggettiva – mancando di pervenire alla dimostrazione della concreta strumentalizzazione di "quel" comportamento a frapporre ostacoli ad una "reale" potenzialità operativa delle misure di prevenzione[40].

D'altronde, non sono riflessioni di chi scrive quelle che ancorano al pericolo in concreto la dimensione oggettiva delle figure criminose di specie, *soggettivamente orientate* da un dolo di danno[41]; riflessioni che vanno puntualmente recuperate pure nello specchio dispositivo in esame, ove all'irrobustimento della tipicità oggettiva – cui va accluso il requisito dell'effettivo pericolo di avvio del procedimento di prevenzione – si affianca una revisione contenutistica del dolo dell'autore, la cui conoscenza e volontà debbono essere rapportate all'esistenza di una situazione obiettivamente rischiosa della coattiva ablazione dei beni[42].

Beninteso, l'attitudine effettiva di un comportamento a conseguire uno scopo determinato non può ricostruirsi nella sua portata di elemento tipico se non si avvista il fine "in carne ed ossa", rinvenendosi nel contesto fattuale entro cui la condotta è spesa un collegamento oggettivo con l'esito da raggiungere *hic et nunc*. Ragioni di coerenza impongono quindi di intendere tale situazione sempre ravvisabile allorché protagonista dell'operazione negoziale apparente sia il soggetto consapevolmente accusato di partecipazione ad associazione di tipo mafioso, in quanto a suo carico è previsto l'avvio obbligatorio del procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione (art. 23 *bis* l. n. 646/1982). Ma di giusto converso impongono di negare accesso all'incriminazione di cui trattasi in capo a chi – in via esemplificativa - semplicemente preoccupato di poter rimanere in qualche modo coinvolto in una indagine giudiziale relativa a fattispecie associativa *ex* art. 416 *bis* c.p., pur ove non sussista alcun genere di elementi investigativi di accusa, compia atti di cessione simulata dei propri beni[43].

5. La pronuncia in commento lascia ancora argomentare attorno a questa zona di criticità interpretativa, mossa dalla – ed alla volta della - semplificazione/destrutturazione della tipicità penale. L'accento viene però

---

[40] Per simili rilievi critici, MAIELLO, *Il delitto di trasferimento fraudolento di valori*, cit., 209.

[41] Già GRISPIGNI, *Le teorie generali del reato e della pena secondo Arturo Rocco*, in *Sc. pos.*, 1913, 617 s.; DELITALA, *Il «fatto» nella teoria generale del reato*, Milano, 1930, 132.

[42] MAIELLO, *Il delitto di trasferimento fraudolento di valori*, cit., 211.

[43] Cfr. MAIELLO, *Il delitto di trasferimento fraudolento di valori*, cit., 211 s.

a spostarsi su altra sfera in cui, in egual misura, si assiste alla volatilizzazione della componente oggettiva implicata nella prospettiva teleologica, quella afferente alla seconda finalità prescritta in via alternativa dall'art. 12 *quinquies*, ovvero di facilitazione della commissione di reati che reprimono fatti connessi alla circolazione di mezzi economici di illecita provenienza, in dettaglio i delitti *ex* artt. 648, 648 *bis*, 648 *ter* c.p.

La descrizione linguistica della figura criminosa, che scrive esattamente di una finalità (s'è detto, di paradigma oggettivo/soggettivo) di "agevolazione", si atteggia invero a delineare – ben al di là di un modello di reato di pericolo concreto da relazionarsi ad una generica finalità delittuosa, come è l'art. 416 *bis* c.p. – i contorni di una incriminazione, autonoma e speciale, di una forma di concorso nei delitti-finali elencati, valevole – significativamente - a scavalcare l'altrimenti rigida preclusione che affonda nella clausola di riserva con cui principia la formulazione delle indicate ipotesi delittuose. La punibilità, in questi termini scolpita, arride a chi, per il tramite della tassativa modalità comportamentale (*melius*, negoziale) prescritta, presti un consapevole ausilio alla altrui realizzazione delle fattispecie finali, in ognuna delle quali si apprezza il disvalore del fatto commesso da quanti estranei al perfezionamento del delitto da cui *provengono* i beni in varia guisa "rigestiti".

Il fecondo dibattito che ha interessato questa piega delle fattispecie incriminatrici di riferimento - lasciando infine accogliere una nozione tanto lata di provenienza da comprendervi non soltanto i veri e propri proventi del reato presupposto ma qualunque cosa sia stata utilizzata per la relativa realizzazione[44] – tosto consente di collegare una siffatta provenienza al delitto "di origine" avvistabile nello scenario della vicenda giudiziale, permettendo di scorgere l'astratta connessione così intessuta *ex novo* dall'art. 12 *quinquies* tra il presunto autore degli illeciti tributari – nonché dante causa della traslazione apparente - ed il riciclaggio del denaro fuoriuscito dai fondi neri[45].

---

[44] Non si ritiene nemmeno necessario che la provenienza da delitto sia "diretta", essendo sufficiente all'integrazione della fattispecie di ricettazione anche una provenienza mediata, Cass., sez. II, 15 aprile 1983, Affinito, in *Riv. pen.*, 1984, 387; Cass., sez. II, 1 febbraio 1986, Chillari, in *Cass. pen.*, 1987, 1751; Cass., sez. I, 16 marzo 1987, Mammoliti, n. 7382; Cass., sez. II, 14 dicembre 1989, Fullin, in *Cass. pen.*, 1990, 835. Cfr. Cass., sez. II, 7 aprile 1984, Tomasetti, in *Cass. pen.*, 1985, 2038, che ha concluso, con riguardo a denaro, come questo possa anche essere stato frutto di successivi tramutamenti intermedi prima di pervenire nelle mani del ricettatore. In senso contrario a quello fatto proprio dalla giurisprudenza si esprime la prevalente dottrina, tesa a delimitare la nozione di provenienza solo alle cose che del delitto costituiscano prezzo, prodotto o profitto, Pecorella, *Ricettazione (Diritto penale)*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, 943; Fiandaca-Musco, *Diritto penale, Parte speciale*, II, Bologna, 2007, 240. Da ultimo sulla tematica Angelini, *Il reato di riciclaggio (art. 648 bis c.p.). Aspetti dogmatici e problemi applicativi*, Torino, 2008, 122 ss., 129 ss.

[45] Per le questioni sorte in ordine all'estensione del concetto di provenienza a quanto non propriamente pervenuto nel patrimonio del reo bensì dal reo illegitti-

Al di là di un simile rilievo generale, conta però argomentare circa l'effettiva sussistenza di una concreta condotta partecipativa-agevolativa, la quale si estende a fornire l'oggetto della coscienza e volontà delittuosa secondo il modulo del dolo specifico, idoneo a far accedere al campo del penalmente significativo una condotta che si dimostri agevolatrice rispetto al futuribile perfezionamento della fattispecie finale ad opera del rispettivo soggetto agente.

È sul fondamentale spessore contenutistico di questo atteggiamento di facilitazione che spetta allora soffermarsi, convinti, da un dato linguistico ben poco ambiguo, che *agevolare* l'illecito significhi esattamente porre in essere un comportamento *di concorso* nello stesso, semplificandone la realizzazione magari impedendo l'operatività di ostacoli potenziali[46].

Sullo sfondo di questo pensiero sta tutta la tradizione esegetica, e la vividità delle sempre attuali problematiche, connessa alla dimensione causale interna alla forma di manifestazione criminosa del concorso eventuale di persone, cui va assegnato l'ardito compito di identificare la tipicità del singolo contributo modale, morale o materiale che sia.

Non è questa la sede per ripercorrere con rigoroso approfondimento le svariate ipotesi proposte dalla letteratura penalistica relativamente all'indicato metro causale[47]; si tratta piuttosto di apprezzare l'inequivocabile

---

mamente risparmiato in conseguenza della commissione del reato presupposto, tra l'altro a seguito di frode fiscale, ZANCHETTI, *Il riciclaggio di denaro proveniente da reato*, Milano, 1997, 401; LIGUORI, *Rapporti tra condotte principali e reato-presupposto: cause di estinzione del reato o della pena, cause di esclusione dell'antigiuridicità, cause di non punibilità o non imputabilità*, abolitio criminis, *dichiarazione di incostituzionalità*, in AA.VV., *Riciclaggio e reati connessi all'intermediazione mobiliare*, a cura di Manna, Torino, 2000, 99. Di parere contrario all'idoneità dei reati di frode fiscale a costituire reato presupposto HINNA DANESI, *Proventi da frode fiscale e riciclaggio*, in AA.VV., *Il riciclaggio del denaro nella legislazione civile e penale*, cit., 292 ss.

(46) Si rinvia altresì agli approfondimenti sviluppati in argomento attorno alle ipotesi di agevolazione colposa, in particolare *ex* art. 254 c.p. (che punisce l'agevolazione colposa del delitto di distruzione o sabotaggio di opere militari), secondo autorevole opinione inquadrabile nei margini di autonomo reato colposo, avente come presupposto la realizzazione da parte di terzi estranei del delitto di cui all'art. 253 c.p. (FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte Speciale*, I, Bologna, 2007, 128); secondo altri ipotesi di concorso colposo nel delitto colposo altrui (MALIZIA, *Distruzione o danneggiamento di opere, di edifici o di cose mobili militari*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 338; MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, IV, Torino, 1981, 185).

(47) Per tutti, PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952, 48; ALBEGGIANI, *Imputazione dell'evento e struttura obiettiva della partecipazione criminosa,* in *Ind. pen.*, 1977, 626 ss.; STORTONI, *Agevolazione e concorso di persone nel reato*, Padova, 1981, 87 ss.; GRASSO, *Disciplina normativa della compartecipazione criminosa e principio di tassatività della fattispecie*, in AA.VV., *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, a cura di Stile, Napoli, 1991, 131 ss.

connotazione del comportamento agevolativo tale da renderlo iscrivibile nei ranghi delle condotte "nate" per innestarsi nell'altrui comportamento rivolto alla realizzazione criminosa, senza però essere effettivamente influenti, in senso meccanicistico, nella commissione del reato, e per questo estromesse dal perimetro della causalità necessaria. Sicché, causale in senso concorsuale non fatica a qualificarsi anche il contributo mentalmente eliminabile senza che il fatto venga meno, purché effettivamente incidente sulla realizzazione del reato per averne agevolato o rafforzato il progetto[48].

La rivisitazione verbale che sul tema – esattamente in punto di concorso esterno a fattispecie associativa - offre la recente giurisprudenza della Suprema Corte si avvia a precisare questo essenziale profilo della nozione[49]. La ricerca del "contributo", perseguita ponderandone la reale efficacia di rafforzamento o conservazione rispetto alla «concreta realizzazione del fatto criminoso collettivo», non si presterebbe ad una valutazione *ex ante*, in termini di mera pericolosità. Occorrerebbe, al contrario, che una verifica *ex post* metta in luce una concreta significatività del rafforzamento così ingenerato nell'intera organizzazione sodale o in una sua articolazione, per aver il soggetto fornito ad essa un *concreto*, *specifico*, *consapevole*, *volontario* contributo.

Il filo del ragionamento, dunque, per un verso non porta lontano dai consueti approdi esegetici[50], muovendo a ritenere comprovata l'efficacia causale dell'attività di sostegno con l'accertarsi «sulla base di massime di esperienza dotate di empirica plausibilità, che gli impegni assunti … abbiano inciso effettivamente e significativamente, di per sè …, sulla conservazione o sul rafforzamento delle capacità operative»[51] della realizzazione concorsuale.

---

[48] Sul punto, FIORELLA, *Responsabilità penale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1301; MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 2007, 507 ss.

[49] Declinandola attraverso lo «schema della *condicio sine qua non* proprio delle fattispecie a forma libera e causalmente orientate». Cass., sez. un., 12 luglio 2005, Mannino, in *Cass. pen.*, 2005, 3732 ss.; in *Foro it.*, 2006, II, 80 ss, richiede infatti che «il contributo atipico del concorrente esterno, di natura materiale o morale, diverso ma operante in sinergia con quello dei partecipi interni, abbia avuto una reale efficienza causale, sia stato condizione "necessaria" – secondo un modello unitario e indifferenziato, ispirato allo schema della *condicio sine qua non* proprio delle fattispecie a forma libera e causalmente orientate – per la concreta realizzazione del fatto criminoso collettivo e per la produzione dell'evento lesivo del bene giuridico protetto, che nella specie è costituito dall'integrità dell'ordine pubblico, violata dall'esistenza e dall'operatività del sodalizio e dal diffuso pericolo di attuazione dei delitti-scopo del programma criminoso».

[50] In proposito, si vedano le riflessioni critiche sviluppate da SERENI, *Causalità e responsabilità penale. Dai rischi d'impresa ai crimini internazionali*, Torino, 2008, 312 ss., in particolare 330 ss.

[51] Applica puntualmente questo impianto Cass., sez. V, 20 aprile 2006, P.g. in c. Prinzivalli, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 1112 ss., statuendo come «necessario e sufficiente ad integrare la condotta costitutiva del reato è la concreta e reale precostituzione

Per altro verso, una volta traslato nella tipicità del contributo agevolativo in disamina, un simile *format* si avvede integrato ad una imprescindibile condizione: che venga verificata l'oggettiva interconnessione, concreta e specifica, della condotta dell'agente agevolatore-concorrente con un contesto riconducibile ad uno dei fatti criminosi individuati[52].

Difatti, se è vero che concorrere significa partecipare alla realizzazione di un determinato fatto costituente reato, allora non appare eludibile il riscontro dell'attualità di questa precisa realtà criminosa (salvo l'inappagante accontentarsi di un dolo antecedente di compartecipazione), e quindi dell'essere *in corso* – entro le coordinate spazio/temporali in cui si immerge la condotta agevolativa – la commissione concorsuale dell'illecito *de quo*. Il che significa, nel caso all'attenzione, la verifica (pure mancata) della identità della traslazione apparente come fase volutamente, strumentalmente, iniziale della complessa operazione volta ad ostacolare l'identificazione della provenienza illecita (*ex* art. 648 *bis* c.p.) del denaro affluito dai fondi neri, che i "nuovi" titolari hanno successivamente provveduto a trasferire entro il capitale della società costituita *ad hoc*, acquirente delle azioni della società rappresentata dall'imputato. Vale a dire: deve accertarsi che il processo di trasformazione del denaro di fonte illecita – nella consecuzione dei suoi specifici segmenti compositivi, dalla fuoriuscita apparente, alla "ripulitura" fino al reingresso nella originaria disponibilità giuridica – sia stata la struttura concretamente assunta dalla realizzazione concorsuale *de qua*, e non semplicemente una dinamica fattuale occasionata da contingenze e congiunture sopravvenute ad un pregresso, funzionalmente scollegato, trasferimento fittizio.

6. Da qui in avanti, la complessa architettura tipica della fattispecie in disamina stimola ad indagare l'ennesimo versante della "positura" dell'incriminazione su cui l'esegesi in commento ha disatteso l'intervento.

S'è detto ragionevole postulare un accertamento, a che si abbia il *fumus* della tipicità penale *ex* art. 12 *quinquies*, rivolto ad un comportamento di fittizio trasferimento da intendersi in senso "agevolativo", tale perché scien-

---

di un giudice non imparziale, ma prevenuto in favore degli imputati, cui è stato promesso il voto assolutorio ed una gestione compiacente del dibattimento. Non si tratta, dunque, di mera disponibilità ad operare, bensì di un contributo effettivo e non virtuale ... Si è, pertanto, alla presenza di una condotta concretamente adiutoria, che rafforza ed esalta il vincolo associativo in maniera esponenziale, dal momento che il sodalizio è riuscito ad acquisire il contributo di un membro dell'istituzione giudiziaria, deputata a giudicare l'associazione illecita».

[52] Ritiene contenuto essenziale del concetto di partecipazione quello di relazione funzionale-razionale rispetto alla scopo, per cui la condotta deve aver contribuito a variare l'efficacia della condotta collettiva attraverso una utilità effettivamente verificatasi o solo concordata, Aleo, *Sistema penale e criminalità organizzata. Le figure delittuose associative*, Milano, 1999, 14 ss., 19 ss., 23 ss.

temente impiegato a canale per la realizzazione di un determinato fatto di ricettazione, riciclaggio, ovvero impiego dei beni di illecita provenienza. Al fine, si deve avvertire come la fisionomia di uno di questi ultimi avvenimenti delittuosi debba oggettivamente rinvenirsi nell'orizzonte fattuale e quindi nel contesto materiale entro cui la condotta negoziale viene impiegata.

Ciò posto, acquista un ruolo propedeutico, e dunque fondamentale, il passaggio che indulga nell'escludere la configurabilità del concorso nel delitto *ex* art. 12 *quinquies* rispetto a chi controparte del simulato accordo traslativo, ove a questi – come nella fattispecie concreta – si ritenga imputabile il comportamento delittuoso *ex* art. 648, ovvero 648 *bis*[53] ovvero 648 *ter* c.p. Tocca infatti rammentare come l'integrazione di taluna di codeste incriminazioni rimanga preclusa dal concorrere dell'agente nel reato presupposto[54], la cui indeterminatezza non pare porre ostacoli a lasciarsi integrare pure dall'ipotesi di trasferimento fittizio di cui si discetta, in fondo "veicolo di provenienza" del denaro di fonte illecita al ricettatore/riciclatore/utilizzatore[55].

In questa direzione a schiudersi è tutt'altro fascio di questioni rispetto a quelle finora sondate, convergenti, attraverso il problematico terreno del reato plurisoggettivo improprio, sulla punibilità del fittizio intestatario: tematica su cui l'odierno panorama giurisprudenziale non ha granché premura di attardarsi prima di esprimere una conclusione di generale portata affermativa, ed al cui proposito, in punta di penna, si precisano talune notazioni[56].

Orsù, l'asserita operatività della disciplina del concorso eventuale di persone nel reato, a fondare la sanzionabilità dell'avente causa del negozio incriminato, rimane appoggiata sul discusso enunciato per cui «il delitto di trasferimento fraudolento di valori non è un reato plurisoggettivo im-

---

(53) In generale, sul rapporto tra le fattispecie *ex* art. 12 *quinquies* ed art. 648 *bis* c.p., Marini, *Trasferimento e possesso ingiustificato di valori*, cit., 240; Zanchetti, *Il riciclaggio di denaro proveniente da reato*, cit., 364 e 446.

(54) Delle due letture formulabili rispetto alla c.d. clausola di esclusione -, la prima nel senso di escludere la punibilità di qualsiasi soggetto abbia partecipato al reato base, la seconda come "fuori dai casi" in cui il comportamento tipizzato dalla norma sia configurabile come concorso nel reato presupposto (v. Zanchetti, *Il riciclaggio di denaro proveniente da reato*, cit., 350) -, è la prima a trovare accoglimento unanime in dottrina, cfr. Seminara, *Riciclaggio*, in Aa.Vv., *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Bologna, 1999, 705; Fiandaca-Musco, *Diritto penale, Parte speciale*, II, cit., 252; Antolisei, *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, I, Milano, 2008, 464.

(55) Si intende così che pure una ricettazione possa essere reato presupposto di altra ricettazione, Cass., sez. II, 17 giugno 1992, Mei, in *Mass. Cass. pen.*, 1992, 191287.

(56) Per alcune riflessioni sulla categoria del reato plurisoggettivo improprio si consenta di rinviare a Falcinelli, *In glossa all'art. 270 quinquies c.p., appunto sulla necessaria plurisoggettività di un delitto non associativo*, in questa *Rivista,* 2007, 777 ss.

proprio, ma è una fattispecie a forma libera»[57]. Contrapposta alla visione che dà accesso alla qualifica c.d. impropria della struttura plurisoggettiva ora in menzione, per tacere della punibilità della controparte ritenuta necessaria[58], la lettura appena trascritta è solido viatico ermeneutico a che si soprassieda al rilievo di una lesione della legalità: la mancata espressa punizione della condotta pur considerata essenziale per la configurazione della tipicità criminosa dovrebbe infatti segnalare l'inequivoca scelta del legislatore in favore della connessa non punibilità[59].

In tale pensiero, cui spetta per l'appunto sovvertire l'altrimenti granitico atteggiamento di negazione della sanzione a carico del c.d. concorrente necessario non espressamente "criminalizzato" dalla fattispecie di parte speciale[60], si scopre il nocciolo di una verità interpretativa capace di coniugare la monosoggettività della punizione edittale (sancita per chi trasferisce) con la *eventualmente necessaria plurisoggettività* naturalistica del tipo.

Segnatamente. Alla critica dell'appartenenza alla plurisoggettività impropria[61] di fattispecie quali la bancarotta preferenziale (art. 216, comma 3, l. fall.) e la rivelazione di segreti d'ufficio (art. 326 c.p.), nella misura in cui non focalizzano un indefettibile rapporto tra soggetto e destinatario del di lui comportamento[62], va giusto ad agglomerarsi la considerazione relativa

---

[57] Cass., sez. I, 10 febbraio 2005, Pavanati, n. 14626. Conforme Cass., sez. VI, 26 febbraio 2004, Iervolino, n. 15489.

[58] In questo senso MAIELLO, *Il delitto di trasferimento fraudolento di valori*, cit., 214 ss., per cui «il fatto rilevante esige il concorso indefettibile di due soggetti, entrambi dovendo fornire un apporto strumentale alla cosciente creazione di una situazione di apparenza giuridica, destinata a "schermare" la realtà dei rapporti di signoria sui beni negoziati. In pratica, non è ipotizzabile una attribuzione fittizia "ad altri" senza che "un altro" vi sia e cooperi, attivamente e consapevolmente, alla *immutatio veri*».

[59] GRASSO, in Grasso-Padovani-Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, II, Milano, 1990, 140.

[60] V. GRASSO, in Grasso-Padovani-Romano, *Commentario sistematico*, cit., 138 ss.; ZANOTTI, *Reato plurisoggettivo*, in *Dig. disc. pen.*, XI, Torino, 1996, 328 ss.; DI MARTINO, *La plurisoggettività tipica. Una introduzione*, in *Ind. pen.*, 2002, 141 ss.

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

[62] V. PEDRAZZI, in Pedrazzi-Sgubbi, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, Bologna-Roma, 1995, 132 ss.; ZANOTTI, *Reato plurisoggettivo*, cit.; DI MARTINO, *La plurisoggettività tipica*, cit., 168. In giurisprudenza, in ordine alla non punibilità del creditore nella fattispecie di bancarotta preferenziale, v. Cass., sez. V, 11 novembre 1957, P.m. in proc. Bianchi, in *Giust. pen.*, 1958, II, 98; Cass., sez. V, 3 marzo 1961, Ambrosini, in *Riv. pen.*, 1961, II, 913. In senso contrario Cass., sez. V, 13 febbraio 1969, Girombelli, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, 323; Cass., sez. V, 7 marzo 1973, Gualtieri, n. 5646; Cass., sez. V, 20 ottobre 1981, Bura, in *Cass. pen.*, 1983, 428.

al formante tipico qui in analisi, che inquadrando un fatto di trasferimento fittizio della titolarità ovvero disponibilità dei valori, disegna in astratto una figura suscettibile di essere concretamente integrata per il tramite di un qualsiasi strumento negoziale, quand'anche costituito da atteggiamenti che rimangano strettamente "individuali" del traslante, in dettaglio non forgiatisi attraverso una interazione comportamentale con colui che nella propria sfera – di potere giuridico ovvero fattuale – i beni recepisce. La regolamentazione afferente al modello del "contratto a favore di terzi", *id est* a favore del nuovo intestatario/disponente dal cui intervento tale dinamica contrattuale prescinde, par bene esemplificare questa deduzione, dando conto della pacifica attivabilità del generale meccanismo di estensione della tipicità (e di seguito della punibilità) *ex* art. 110 c.p. (solo) rispetto al terzo beneficiario che abbia effettivamente partecipato al perfezionamento della traslazione, fornendo rispetto ad essa un consapevole e volontario contributo causale.

La *strumentalità* è in fondo carattere non necessario bensì eventuale del fatto del c.d. terzo: sebbene per regola generale di esperienza ipotesi non collaborative si manifestino in porzione residuale, nondimeno tale interazione non appare già «cristallizzata in una tipicità soggettivamente complessa», questa rimanendo fluttuante e flessibile, in breve atta ad accogliere *anche* la condotta dell'avente causa, ma nella *sola eventualità* in cui essa si dimostri confacente all'*unico modo* in cui la fattispecie tipica le conferisce rilievo, per risultare effettivamente e volutamente funzionale – alla stregua del paradigma concorsuale - rispetto al perfezionamento dell'altra, tipica, condotta monosoggettiva [63].

DANIELA FALCINELLI

[63] Cfr. le riflessioni svolte in argomento da DI MARTINO, *La plurisoggettività tipica*, cit., 154.

I

G.U.P. TRIBUNALE DI PERUGIA – 28 maggio 2008 – *Est.* MATTEINI – A.M.

Calunnia – Elemento soggettivo – Dolo – Insussistenza della consapevolezza di incolpare un innocente – Esclusione – Insussistenza del reato (c.p., art. 368).

Diffamazione – Elemento soggettivo – Insussistenza del requisito della divulgazione – Esclusione – Insussistenza del reato (c.p., art. 595).

Nel reato di calunnia, l'erroneo convincimento della colpevolezza dell'accusato, è di per sé idoneo ad escludere la certezza dell'innocenza dello stesso e, come tale, il dolo dell'agente qualunque sia la natura e il fondamento di tale errore. (Fattispecie nella quale il giudice di merito pur riscontrando una certa leggerezza nell'esporre le proprie convinzioni da parte dell'imputato nella denuncia calunniosa, riconducibili invero ad un suo stato d'animo di generale delusione ed amarezza, portano a dubitare circa l'esistenza dell'elemento soggettivo del reato di calunnia, e quindi ad escludere il delitto de quo) (1).

Presupposti ineludibili dell'esistenza del reato di diffamazione sono il requisito della divulgazione dell'offesa e l'evento lesivo, determinato appunto dall'offesa; ne discende che quando le affermazioni dell'agente non sono altro che la conseguenza diretta ed immediata di una azione lecita consistente nell'esercizio di un diritto spettante allo stesso, il reato di cui all'art. 595 c.p. non sussiste (2).

II

G.U.P. TRIBUNALE DI PERUGIA – 6 novembre 2008 - *Est.* RICCIARELLI – O.A.

Calunnia – Elemento soggettivo – Dolo – Insussistenza della consapevolezza di incolpare un innocente – Esclusione – Insussistenza del reato (c.p., art. 368).

Quando l'imputato, pur avendo rivolto strali accusatori contro un soggetto innocente, non ha la consapevolezza di tale qualità dell'incolpato, non è configurabile il reato di calunnia nella sua componente soggettiva e il Giudice dell'Udienza Preliminare è indotto ad emettere una sentenza di non luogo a procedere (3).

I

(*Omissis).* Il P.M. in sede formulava richiesta di rinvio a giudizio nei confronti di A. M., appuntato scelto in servizio presso la Compagnia CC di Todi, contestando al medesimo il reato di cui all'art. 595 comma 2 c.p. per avere con denuncia, depositata presso gli uffici della Procura della

Repubblica di Perugia offeso l'onore e la reputazione del Luogotenente C. F., Comandante del N.O.R.M.del CC di Todi, accusandolo di avere redatto una memoria contenente una falsa ricostruzione della dinamica del sinistro stradale che in data 28.4.2004 aveva visto coinvolti i veicoli guidati rispettivamente da L. M. e R. J. e di averla poi inviata al Giudice di Pace di Todi dopo avere occultato la relazione redatta al medesimo fine dallo stesso App. A. che, in qualità di capo pattuglia in servizio presso il medesimo Ufficio, era intervenuto in loco per rilevare l'incidente ed effettuare i necessari rilievi, condotta asseritamente posta in essere al fine di favorire indebitamente il cittadino R. J.; nonché il reato di cui all'art. 368 c.p. per avere con denuncia presso gli uffici della Procura della Repubblica di Perugia falsamente accusato, sapendo innocente, il Luogotenente C. F., Comandante del N.O.R.M. dei CC di Todi, di avere redatto la memoria di cui sopra ponendo in essere la condotta già descritta nel precedente capo di imputazione.

In sede di udienza preliminare A. M., presente personalmente, assistito dal proprio difensore, chiedeva di definire il presente procedimento con il rito abbreviato condizionato all'audizione dei testi L. M., uno dei due soggetti protagonisti dell'incidente stradale, M. D., appuntato in sevizio al N.O.R.M. in occasione del predetto incidente insieme all'odierno imputato, e il Maresciallo P. L., l'Appuntato F. F.; il Giudice, sentito il P.M., che non intendeva formulare prove contrarie, ammetteva il rito abbreviato così come richiesto.

Sentiti i testi, P.M. e difesa concludevano come da separato verbale in atti.

In data 28 aprile 2004 in Todi si verificava un sinistro stradale nel quale rimanevano coinvolti due veicoli condotti rispettivamente da L. M. e R. J.; interveniva sul posto la pattuglia dei Carabinieri composta dall'Appuntato scelto A. M. e dall'Appuntato M. D. i quali procedevano agli accertamenti di rito contestando al cittadino albanese la contravvenzione di cui all'art. 154 cod. della strada per non aver rispettato l'obbligo di dare la precedenza.

Dal momento che R. J. aveva proposto ricorso al giudice di pace per l'annullamento della contravvenzione, il Luogotenente C., comandante del N.O.R.M., come di prassi, chiedeva all'appuntato A. di redigere una relazione di servizio in merito al sinistro in oggetto da inviare all'Ufficio Giudiziario per confutare le ragioni adottate dal ricorrente; successivamente l'A., effettuando un controllo relativamente alla pratica in oggetto, si rendeva conto che la sua relazione era stata sostituita con un'altra a firma del Luogotenente C. nella quale, a differenza del giudizio dal medesimo espresso nella propria relazione, era stato espresso un parere favorevole all'annullamento del verbale di contravvenzione in quanto il R. era stato ritenuto esente da qualsivoglia responsabilità in riferimento

alla determinazione del sinistro stradale.

A questo punto l'A., ritenendo la procedura anomala rispetto alla prassi consolidata dal momento che le controdeduzioni ai ricorsi presentati al Giudice di Pace avverso le contravvenzioni venivano sempre stilate dal militare che aveva proceduto agli accertamenti, chiedeva spiegazioni ma non avendone ottenute presentava, in data 28 gennaio 2005, denuncia a carico del Luogotenente C. F. presso la Procura della Repubblica di Perugia così concludendo "…chiedo a codesta Autorità Giudiziaria di fare luce sulla vicenda in quanto appare evidente che il Luogotenente C., per motivi a me ignari, ha favorito in qualche modo il contravventore, in più mi ha minacciato che avrei pagato amaramente il comportamento contrastante alle sue idee militari con conseguenti ripercussioni da parte dei superiori".

A seguito di detta denuncia veniva avviato a carico del Luogotenente C. un procedimento penale portante il n. 880/05 N.R. ipotizzando a suo carico i reati di cui agli artt. 323 – 612 – 479 e 490 c.p., procedimento che si concludeva con un decreto di archiviazione in data 25.1.2006 a seguito di richiesta in questo senso svolta dal P.M., con contestuale apertura a carico di A. M. del presente procedimento penale per i reati così come sopra indicati. Dopo la notifica dell'avviso di conclusioni indagini ai sensi dell'art. 415 bis c.p.p., l'A. chiedeva di essere interrogato e nel corso dell'interrogatorio in data 16 aprile 2007 lo stesso precisava che, dopo aver redatto le controdeduzioni relative al ricorso proposto da R. J. in accordo con l'appuntato M. D. raggiunto telefonicamente, veniva contattato dal Luogotenente C. il quale gli contestava di aver travisato l'incidente e che pertanto avrebbe provveduto egli stesso a redigere le controdeduzioni da inviare al Giudice di Pace; rimasto sorpreso, stante la sua lunga esperienza al N.O.R.M. e la banalità del sinistro in oggetto, provvedeva a contattare il comandante della Compagnia Carabinieri di Todi, il Capitano P., ottenendo un incontro con il medesimo; nel corso di detto incontro, avvenuto alla presenza del Luogotenente C., veniva letta la relazione redatta sia dal C. e il Capitano si determinava ad inviare quella redatta da quest'ultimo nonostante lo stesso A. avesse fatto notare che era prassi consolidata far redigere le controdeduzioni al militare accertatore della violazione; tale atteggiamento da parte dei propri superiori era stato percepito in termini di estrema frustrazione dal momento che non era stata tenuta in alcun conto la sua esperienza; in questo stato d'animo aveva presentato l'esposto alla Procura della Repubblica volendo soprattutto capire le motivazioni che avevano potuto determinare una condotta contraria alla prassi ormai consolidata che demandava al militare intervenuto nell'immediatezza sul posto la redazione delle controdeduzioni da presentare all'Autorità Giudiziaria in caso di ricorso avverso la contravvenzione.

Tali dichiarazioni sono riscontrate da quanto risulta agli atti in rife-

rimento al clima, quasi di sospetto reciproco, che in quel momento si era venuto a creare presso il Comando di Todi in riferimento alla vicenda in oggetto; a questo proposito è opportuno notare che in data 31.12.2004 l'A., resosi conto che era stata inviata al Giudice di pace la relazione del Luogotenente C., aveva richiesto, con istanza scritta ai sensi della L. 241/1990, al Comandante della Compagnia di Todi l'acquisizione della controdeduzione redatte dallo stesso C., in data 17.1.2005, con provvedimento a firma del predetto C., tale istanza veniva rigettata sul presupposto che i documenti richiesti costituiscono atti giudiziari a disposizione del Giudice di Pace contenenti decisioni spettanti all'Ufficio il cui accesso è sottoposto al nulla osta dell'Autorità Giudiziaria procedente; in data 24.2.2005 con provvedimento a firma del Capitano P.P., veniva inflitta all'A. la sanzione disciplinare del rimprovero con la seguente motivazione "appuntato scelto effettivo ad aliquota radiomobile, per superficialità e minore senso di responsabilità, acquisiva copie di atti redatti dal proprio comandante di reparto arbitrariamente e senza alcuna autorizzazione in palese violazione delle norme vigenti"; avverso tale sanzione l'A. proponeva ricorso gerarchico sul presupposto che aveva acquisito la relazione del Luogotenente C. come atto a disposizione dell'ufficio avendo accesso alla pratica del sinistro in oggetto come militare accertatore.

Ulteriori conferme si trovano nelle dichiarazioni rese dai testi escussi nel corso del giudizio; infatti il Maresciallo P. L., anche all'epoca dei fatti in servizio presso la compagnia di Todi come comandante dell'Aliquota radiomobile, sottoposto al Luogotenente C., affermava che, in caso di opposizione alle contravvenzioni, l'annotazione di servizio da presentare al giudice di pace veniva fatta redigere dai militari che avevano operato sul posto e poi l'Ufficio provvedeva a trasmettere tutta la documentazione, nulla di preciso riferiva in merito al fatto oggetto del presente processo dal momento che in quel periodo non era in ufficio; l'Appuntato F. F. precisava che in via generale erano sempre i militari accertatori a redigere le controdeduzioni in caso di opposizione alla contravvenzione, che nel caso di specie erano state invece inviate al Giudice di Pace le deduzioni del comandante del N.O.R.M., come aveva potuto constatare avendo personalmente provveduto a curare l'invio; l'Appuntato M. D., in servizio insieme all'A. in occasione dell'incidente stradale in oggetto, oltre a riferire sulla dinamica del sinistro, precisava che, pur non avendo firmato le controdeduzioni redatte dallo stesso A. in quanto in quei giorni era in ferie, le aveva concordate con il medesimo ed aggiungeva che in genere erano i militari accertatori che provvedevano a stilare dette controdeduzioni da inviare all'Autorità giudiziaria.

E' in riferimento a tutto quanto sopra delineato che deve essere inquadrato il comportamento tenuto da Achilli Maurizio nel momento

in cui lo stesso ha presentato l'esposto presso la Procura della Repubblica di Perugia nei confronti del Luogotenente C. e al riguardo occorre evidenziare alcuni aspetti fondamentali che, se pure non scalfiscono la condotta materiale posta in essere dal predetto, ne spiegano l'atteggiamento psicologico:

- A. M. era da tempo in servizio presso il N.O.R.M. svolgendo anche le funzioni di capo pattuglia per cui aveva acquisito esperienza nelle rilevazioni di incidenti stradali;
- il sinistro verificatosi in data 28.4.2004 non presentava difficoltà particolari essendosi, tra l'altro prodotti solo danni alle cose;
- la prassi seguita presso la Compagnia di Todi, come presso altre Compagnie, era quella di far redigere le controdeduzioni, in caso di opposizione alla contravvenzione al Giudice di pace, ai militari accertatori al momento che comunque questi avrebbero potuto assumere in un eventuale giudizio la veste di testimoni rispetto agli accertamenti urgenti e irripetibili effettuati nell'immediatezza del fatto;
- la circostanza che, nel caso in esame, il Luogotenente C. aveva accantonato la relazione redatta dall'A. provvedendo a stilare le controdeduzioni aveva creato sconcerto;
- detto sconcerto era aumentato dal fatto che non vi era un incontro nel quale all'A. fosse stata data la maniera di spiegare la sua interpretazione del sinistro ma, stante la funzione gerarchicamente superiore del C., questi, in maniera del tutto legittima essendo la sua responsabilità dell'Ufficio, aveva provveduto ad inviare una annotazione dallo stesso predisposta in contrasto con quella dell'A.;
- a fronte delle spiegazioni chieste da quest'ultimo in via gerarchica, avendo provveduto ad interpellare il Comandante P. ed avendo avuto la possibilità di un incontro con questo alla presenza del Luogotenente C., era stato tacciato di superficialità e mancanza di professionalità;
- all'A. era stato poi negato l'accesso agli atti riguardanti il sinistro ed avendo comunque dagli stessi estratto copia della relazione a firma del Luogotenente C. era stato raggiunto dalla sanzione disciplinare del rimprovero.

A fronte di tutto questo susseguirsi di eventi l'Appuntato A., nella piena consapevolezza di avere svolto il proprio lavoro con correttezza e di avere riportato fedelmente la dinamica del sinistro, tra l'altro confermata dall'appuntato M. D., si era sentito amareggiato e deluso così da avere la sensazione di non essere "protetto" dalla stessa Arma alla quale appartiene tanto da avere paura delle eventuali ripercussioni negative sul suo lavoro.

E' questo lo stato d'animo, sicuramente non più perfettamente lucido e razionale da fargli comprendere che comunque il tutto rientrava nelle regole gerarchiche proprie dell'Arma di appartenenza sulle quali

non poteva avere alcuna rilevanza la prassi consolidata nel tempo, l'A. si era determinato a sporgere denuncia alla Procura della Repubblica di Perugia, certo, si torna a ripetere, dell'onestà e della correttezza del proprio operato.

La situazione così come sopra delineata assume fondamentalmente importanza rispetto alla verifica della sussistenza in capo all'imputato dell'elemento psicologico del reato di calunnia che consiste appunto nella volontà cosciente di commettere il fatto e nella consapevolezza dell'innocenza di colui al quale il fatto viene attribuito.

Occorre quindi affinché si possa configurare il dolo tipico della calunnia che il denunciante abbia la certezza piena ed assoluta dell'innocenza del soggetto incolpato, nel momento in cui l'incolpazione ha luogo, così che per l'affermazione di responsabilità penale del primo, una volta che abbia assunto la veste di imputato, è necessario acquisire la prova di tale circostanza, prova che può anche risultare da una serie di indizi purché questi si fondino su elementi di fatto certi e univoci (Cass., 9.7.1981, Valluri; Cass. 31.5.1985, Baggiani; Cass. 18.6.1980, Mercurio; Cass. 4.5.1998, Dalò).

Da ciò deriva che la convinzione della colpevolezza dell'incolpato, sia pure erronea, esclude la configurabilità della calunnia sotto il profilo soggettivo e alla stessa conclusione deve giungersi in presenza di elementi di dubbio e non di certezza su detta convinzione (Cass. 27.9.1989, Corradi, in Cass. pen., 1990, m. 13349) dal momento che la mera colpa determinata da leggerezza, imprudenza, irriflessione, avventatezza o comunque, in genere, da errore non è sufficiente per integrare, sotto il profilo soggettivo, il reato di calunnia potendo, invece, dare luogo ad una normale azione di risarcimento danni in sede civile.

D'altro canto è necessario precisare che a carico del denunciante non è assolutamente previsto un obbligo di svolgere puntuali indagini prima di proporre una denuncia, essendo ciò rimesso all'Autorità Giudiziaria, per cui gli elementi seri e concreti sui quali si deve fondare la consapevolezza della colpevolezza del denunciato non devono sicuramente assurgere a livello di prove in senso tecnico potendosi limitare ad apprezzamenti del fatto storico basati su riscontri che, all'atto della denuncia, siano dotati di oggettività dal momento che lo stato psichico dell'agente va accertato *ex ante* e non *ex post*.

E' pertanto senza dubbio possibile affermare che nel reato di calunnia, l'erroneo convincimento della colpevolezza dell'accusato, così come sopra delineato e nei limiti indicati, è di per sé idoneo ad escludere la certezza dell'innocenza dello stesso e, come tale, il dolo dell'agente qualunque sia la natura e il fondamento di tale errore (Cass., sez. IV, 24.2.1994, n. 2072) dal momento che questo è integrato non solo dalla coscienza e volontà della denuncia ma anche dalla piena e incondiziona-

ta consapevolezza da parte dell'agente della innocenza dell'incolpato e pertanto dalla cosciente falsità di quanto esposto nella denuncia stessa (Cass., 18.6.2003, n. 26100; Cass., sez. VI, 16.6.2003, n. 25897).

Riportando questi principi generali nel caso di specie risulta evidente che vi sono concreti elementi che fanno seriamente dubitare che l'A., al momento in cui ha sporto la denuncia a carico del Luogotenente C. avesse la piena consapevolezza dell'innocenza di quest'ultimo ed anzi vi sono elementi contrari, dotati di serietà e concretezza, che fanno pensare che il predetto avesse la certezza che erano state commesse quanto meno irregolarità ai suoi danni.

D'altro canto rimaneva legittima la domanda sul perché dopo tanti anni di stimato servizio fosse stata messa in dubbio la sua ricostruzione della dinamica di un incidente, tra l'altro banale senza danni alle persone e con limitati danni alle cose, al punto da sovvertire una prassi ormai istituzionalizzata relativa alla redazione delle controdeduzioni da inviare all'Autorità Giudiziaria da parte dei militari accertatori; al punto da sollevare a suo carico la sanzione disciplinare del rimprovero per avere estrapolato dagli atti riguardanti l'incidente stradale in oggetto la relazione del Luogotenente C., atti a disposizione dell'Ufficio, quanto meno per rendersi conto di dove aveva potuto sbagliare.

In quel momento l'A. aveva avuto la sensazione che qualche cosa di "strano" si stesse macchinando nei suoi confronti e non ha più avuto la lucidità di riflettere né sulle rigide norme gerarchiche tipiche dell'Arma dei Carabinieri, che sicuramente rendevano pienamente legittimo l'operato del Luogotenente C., né sul meccanismo dell'estrazione di copie da atti ormai passati all'Autorità Giudiziaria, che rendevano effettivamente necessario a tale fine il rilascio del nulla osta da parte di quest'ultima.

E tutto ciò che, comunque, si ricava da una attenta analisi della denuncia in oggetto nella quale, oltre ad essere riportato il fatto storico, si avanzano considerazioni personali in merito ad un atto, riferendosi alla relazione del Luogotenente C. "….a mio parere falso, in più favorevole al trasgressore" ed ancora, riferendosi al comportamento del predetto C. " …per motivi a me ignari, ha favorito in qualche modo il contravventore".

Ci si può trovare in presenza di una leggerezza nell'esporre proprie convinzioni da riportare in uno stato d'animo di generale delusione ed amarezza ma vi sono seri dubbi che si possa parlare di dolo ed in particolare del dolo tipico del reato di calunnia come sopra definito.

Ne deriva, quindi, che in riferimento a tale reato, nei termini contestati all'A. al capo di imputazione sub B), deve giungersi ad una sentenza di assoluzione ai sensi del comma 2 dell'art. 530 c.p.p. perché il fatto non costituisce reato.

Passando all'esame del reato di cui al capo A) di imputazione relativo alla diffamazione addebitata all'A. in riferimento al contenuto della

denuncia presentato da questo a carico del Luogotenente C. presso la Procura della Repubblica di Perugia, occorre osservare che nel caso di specie, al di là delle questioni riguardanti la configurabilità dell'offesa, manca assolutamente il requisito della divulgazione dell'offesa ed inoltre l'eventuale evento lesivo, determinato appunto dall'offesa, non è altro che la conseguenza diretta ed immediata di una azione lecita consistente nell'esercizio di un diritto spettante all'agente.

Ne deriva che rispetto a tale imputazione deve giungersi ad una sentenza di assoluzione nei confronti di A. M., ai sensi del comma 1 dell'art. 530 c.p.p. perché il fatto non sussiste (*Omissis*).

II

(*Omissis*). Preliminarmente va rilevato che l'eccezione di incompetenza deve essere respinta, in quanto il dott. E. N., che all'epoca degli esposti asseritamente calunniosi era magistrato fuori ruolo addetto alla Corte Costituzionale, è stato riammesso in servizio quale giudice della sezione fallimentare del Tribunale di Roma, di talché, anche a voler, come in effetti si deve, ritener perfezionato il reato in Roma, a seguito del pervenimento del primo esposto, deve ritenersi oggi operante il criterio regolatore di cui all'art. 11 c.p.p.

Ciò posto, si osserva che il processo muove da esposti presentati da O. A. e relativi alla gestione della procedura fallimentare della società S. C. spa.

In effetti a seguito di istanza di un solo creditore tale società era stata dichiarata fallita dal Tribunale di Roma con sentenza del 31-5-1996: giudice delegato era stato nominato il dott. E. N. e curatore fallimentare la dott. ssa D. A.

In sede di verifica dello stato passivo erano emersi debiti per venti miliardi di lire, dovuti in gran parte a fideiussioni a vantaggio di terzi.

Un'istanza di concordato fallimentare avanzata nel 1998 era stata respinta sul rilievo della mancata offerta di idonea fideiussione.

La società disponeva soprattutto di un rilevante cespite immobiliare, costituito da un fabbricato e annessi corpi di fabbrica ad uso industriale, sito in via Tiburtina, il cui valore, sulla base di una perizia del 1997, era stato stimato in almeno tre miliardi e ottocento milioni di lire.

Il giudice delegato aveva disposto la vendita all'incanto.

La società aveva chiesto alla fine del 2000 una sospensione della liquidazione dell'attivo, motivata dalla necessità di una nuova perizia sull'immobile che nelle more si era notevolmente apprezzato in conseguenza del cambio di destinazione urbanistica e del condono edilizio richiesto, implicante la legittimità di una cubatura notevolmente superiore.

Il Collegio, adito in sede di reclamo, pur avendo acquisito la documentazione attestante l'intervenuto condono, aveva respinto l'istanza.

Peraltro la società aveva presentato una nuova domanda di concor-

dato fallimentare, mentre il socio CO.FI.P. aveva cercato di tracciare i creditori ammessi al passivo, onde pervenire alla chiusura della procedura.

Nel frattempo, dopo che due gare d'asta erano andate deserte, il giudice delegato sulla base delle risultanze fornite dall'O. in ordine all'apprezzamento del bene, aveva indetto una nuova gara al prezzo base di cinque miliardi di lire.

Anche tale gara era andata deserta.

Era stata presentata nel febbraio 2002 un'istanza volta alla declaratoria di chiusura del fallimento, ma in data 19-2-2002 il giudice delegato all'esito della gara d'asta indetta alla fine del 2001 aveva provveduto all'aggiudicazione dell'immobile alla società Ciesseci Immobiliare srl per il prezzo di tre miliardi e seicento milioni di lire.

Nel marzo la società fallita aveva formulato nuova istanza di sospensione della liquidazione, deducendo che tutti i creditori erano stati ormai tacitati e che dunque vi era mancanza di passivo.

Ma il giudice delegato non solo non aveva sospeso la liquidazione, ma aveva provveduto al trasferimento del bene all'aggiudicataria, osservando fra l'altro che la procedura in mancanza di pagamento del compenso del curatore e di altre spese nonché di un creditore tardivamente ammesso al passivo non sarebbe potuta considerarsi chiusa, fermo restando il diritto acquisito dall'aggiudicataria al trasferimento a seguito del perfezionarsi delle condizioni previste.

La società aveva proposto reclamo ma il Collegio composto dal dott. A. G. quale presidente, dal dott. N. e dal dott. P. B., quale relatore, lo aveva respinto.

A distanza di un mese la società aggiudicataria aveva stipulato un compromesso di vendita dell'immobile alla società Nuova Planet srl al prezzo di euro 13.000.000,00.

La definitiva vendita sarebbe stata successivamente perfezionata al prezzo di euro 14.500.000,00.

Contro il provvedimento del Collegio emesso in sede di reclamo la società aveva presentato ricorso per cassazione.

A partire dal 4 giugno 2003, quando su tale ricorso la Suprema Corte non si era ancora pronunciata, l'O. presentava una serie di esposti, diretti a varie autorità, come la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Perugia.

In tali esposti l'odierno imputato stigmatizzava il comportamento del dott. N., addebitandogli nella sostanza di aver operato in modo da guidare il fallimento della S. C., pur in assenza di un significativo passivo, verso il mirato esito della cessione dell'immobile a prezzo assai inferiore a quello suo proprio.

Da tali denuncie nasceva un procedimento penale a carico del dott.

N., conclusosi con richiesta di archiviazione presentata dal P.M. presso questo Tribunale in data 22-9-2005 e accolta dal GIP in data 5-1-2006.

Il dott. N. presentava allora denuncia di calunnia nei confronti dell'O., facendo rimarcare l'infondatezza delle accuse a lui rivolte e la dolosità delle medesime, fra l'altro a fronte del riconoscimento della legalità della procedura da parte della Suprema Corte, investita del ricorso della società avverso il provvedimento emesso dal Collegio in sede di reclamo.

Il contenuto essenziale degli esposti e delle dichiarazioni rese dall'Olivieri, per la parte ritenuta meritevole di considerazione in questa sede, è ampiamente riassunto nel capo di imputazione.

E' di tutta evidenza l'asprezza delle accuse a suo tempo mosse dall'esponente al dott. N., incentrate sull'assunto di una dolosa preordinazione e dunque implicanti un'incolpazione almeno per abuso d'ufficio.

Peraltro la condotta del magistrato ha formato oggetto di analisi, culminata nell'archiviazione del procedimento.

Ha in proposito rilevato il P.M. che la cognizione di reati commessi da magistrati nel corso di procedimenti loro affidati "va svincolata e resa estranea agli scopi strumentali dei denuncianti", nel presupposto che la correzione degli esiti delle procedure è affidata esclusivamente ai sistemi processuali e non alla denuncia penale: in tale prospettiva ha osservato lo stesso P.M. che le indagini svolte non avevano condotto al rilievo di elementi idonei a suffragare l'elemento psicologico necessario per l'integrazione del reato ipotizzato, non essendo stato allegato nessun ragionevole elemento di sospetto e non essendo stato ancorato l'atteggiamento del magistrato ad elementi presuntivi tali da far ipotizzare uno sviamento della funzione; non sarebbe potuta considerarsi sufficiente l'indicazione di una comune frequentazione tra giudice e curatrice, non essendo emersi elementi di colleganza, in specie economica, tra i due; alcune apparenti anomalie (in particolare riguardanti le procedure e modalità di pubblicazione dell'avviso d'asta sui quotidiani) non sarebbero potute dirsi idonee ad integrare il reato; eventuali errori, anche gravi, commessi nell'ambito della procedura non potrebbero porsi di un'indagine penale.

Deve aggiungersi che la Suprema Corte nella sentenza del 5-4-2004, depositata il 13-7-2004 (doc. 4 delle produzioni allegate alla denuncia del dott. N.), ha respinto il ricorso avverso il provvedimento di reclamo, anche se si tratta di una decisione che, com'è naturale che sia, si fonda primariamente su profili formali (fra l'altro dichiarando inammissibile il motivo riguardante il mancato esercizio del potere di sospensione della vendita, in quanto si deduceva una questione di fatto, e dichiarando inammissibile il motivo relativo al mancato esercizio del potere discrezionale di sospensione a fronte di domanda di concordato, in quanto il

provvedimento era sorretto da due *rationes decidendi*, una delle quali, per se sola sufficiente, non era stata adeguatamente censurata).

Può comunque convenirsi che dagli atti non si evincono elementi dai quali possa desumersi che il magistrato si fosse reso responsabile dei reati oggetto di incolpazione.

Peraltro in questa sede deve valutarsi soprattutto l'angolo visuale dell'imputato in rapporto alle evidenze per lui disponibili all'epoca degli esposti.

Ed allora deve osservarsi che nella sostanza l'O. ebbe a segnalare fatti veri o che a lui sembravano tali, dei quali poi fornì un'interpretazione di parte, peraltro sorretta da elementi che gliela facevano apparire fondata.

Si è detto che in ultima analisi l'imputato accusò il dott. N. di aver fatto sì che la procedura fallimentare giungesse alla vendita del cospicuo immobile ad un prezzo sottovalutato rispetto all'effettivo valore.

In tale prospettiva egli ebbe a valorizzare la circostanza che nel 2002 la società, per il tramite del socio CO.FI.P., era in pratica riuscita a tacitare i creditori, che l'immobile appariva in gran lunga sottovalutato rispetto al suo valore reale, tanto da essere stato aggiudicato a prezzo esiguo, e che il dott. N. non si avvalse del potere di sospensione di una vendita effettuata a prezzo notevolmente inferiore: del resto a clamoroso (almeno apparente) riscontro di tale tipo di doglianze era invocabile l'immediatamente successiva rivendita a prezzo otto volte superiore.

E' bensì vero che non erano stati effettivamente pagati l'onorario del curatore e altre spese di procedura, peraltro non ancora liquidati, nonostante le richieste in tal senso della società, ma si tratta comparativamente di oneri di gran lunga inferiori a quelli che avevano dato sostanza allo stato passivo, il che agli occhi dell'O. sarebbe potuto retrospettivamente sembrare, unitamente al resto, un elemento di allarme.

Sta di fatto che l'imputato, dopo aver cercato di avvalersi degli strumenti offerti dalla procedura, si decise a presentare gli esposti solo in un secondo momento, quando ormai era pendente solo il ricorso per cassazione – il cui esito non sarebbe potuto essere influenzato da essi -, perché nel frattempo era completamente mutato il contesto.

Infatti proprio all'epoca degli esposti, come del resto ricordato dallo stesso O., allorché fu sentito come persona informata sui fatti nel corso del procedimento a carico del dott. N., erano state diffuse dagli organi di informazione notizie assai allarmanti circa una radicata *mala gestio* delle procedure fallimentari presso il Tribunale di Roma: era emerso al riguardo che a seguito di ispezione ministeriale era stato dato avvio a procedimenti di rilievo disciplinare e perfino penale, coinvolgenti vari magistrati della sezione fallimentare, compresi il presidente della se-

zione dott. B., dott. G. e il dott. B., cioè anche i magistrati che in varia guisa si erano occupati del fallimento della S. C.

I più autorevoli organi di stampa, come documento dalla difesa dell'imputato, riportavano in particolare la notizia che alla base delle accuse vi era fra l'altro il rilievo che in una pluralità di procedure si era pervenuti alla vendita a prezzo esiguo di cospicui complessi immobiliari, poi rapidamente rivenduti a prezzi anche dieci volte maggiorati.

Si trattava proprio di ciò che maggiormente affliggeva l'O., legale rappresentante della società fallita, inutilmente battutosi per far riconoscere il giusto valore dello stabilimento di proprietà della S. C., soprattutto a seguito della modifica di destinazione da industriale a commerciale e dell'ottenuto condono edilizio, implicante il riconoscimento di un'assai maggiore cubatura.

E si è visto come quell'immobile, aggiudicato all'asta al prezzo di tre miliardi e seicento milioni di lire, fosse stato poi, pressoché nell'immediatezza, rivenduto al prezzo di euro 13.000.000,00.

Non è senza significato che le procedure di pubblicità dell'avviso d'asta si presentassero a censure (sulle quali si soffermava di passaggio la stessa richiesta di archiviazione del P.M.): in effetti è emerso che si facevano piccole inserzioni sul quotidiano Il Messaggero e sul giornale di annunci pubblicitari Porta Portese.

Peraltro anche visivamente gli annunci risultano privi di effettivo e specifico risultato.

Si potrebbero obbiettare che analoga procedura era osservata anche per altri avvisi d'asta.

E tuttavia il ragionamento finirebbe per attorcigliarsi.

Infatti quanto maggiore era il valore da riconoscersi oggettivamente al bene, tanto maggiore cura sarebbe dovuta prestarsi alle forme di pubblicità, assicurando un'adeguata visibilità all'offerta.

Ed allora, pur a fronte di precedenti aste deserte, agli occhi dell'esponente sarebbe potuto apparire incongruo non solo che il bene non fosse stimato per il suo effettivo valore, *ex post* riconosciuto, ma anche che esso non venisse adeguatamente valorizzato in sede di pubblicità.

È non poco singolare in tale prospettiva che in occasione dell'ultima asta, andata a buon fine avesse avanzato l'offerta solo una società quasi evanescente e costituitasi praticamente *ad hoc*, prima ancora della pubblicazione dell'avviso d'asta (come segnalato dall'O. in una delle note da lui inviate : allegato 18).

A supporto di tali elementi di sospetto la difesa dell'imputato ha documentato all'odierna udienza che i soci della Ciesseci Immobiliare srl, cioè S. G. e C. E., sono in qualche guisa legati al noto D. C., coinvolto in operazioni illecite di varia natura, per le quali è sottoposto a procedimento penale.

Ed allora si comprende che l'O., appreso delle indagini riguardanti i magistrati della sezione fallimentare, relative a similari forme di *mala gestio*, potesse opinare di essere stato vittima di una preordinata trama, mirante a conseguire proprio quel risultato: la gestione del fallimento in funzione della vendita sottocosto (anche a voler poi ipotizzare, stante il peculiare contesto, che per finalità occulte in sede di rivendita il prezzo fosse stato in parte gonfiato, resta il fatto che la distanza da quello di aggiudicazione sarebbe dovuta considerarsi comunque significativa).

In tale quadro l'odierno imputato ebbe ad inserire il dott. N., il quale pur rimasto estraneo alla più recente ispezione, anche perché fuori ruolo e non più appartenente all'epoca alla sezione fallimentare, gli appariva tuttavia come il *dominus* di quella specifica procedura, della quale, una volta ritenuta la dolosa preordinazione, sarebbe dovuto essere per forza il primo stratega.

Si è sostenuto dalla parte civile che gli esposti avevano carattere calunnioso, in quanto erano connotati da espressioni del tutto ingiustificate, pallidamente sottacevano particolari di assoluto rilievo ed avevano nel complesso contenuto strumentale ed illatorio, come in relazione all'adombrato rapporto preferenziale tra il magistrato dott. N. e il curatore fallimentare dott. ssa A.

Ma in realtà la sostanza delle accuse non si annidavano nelle espressioni forti, esse sì ingiustificate e non conducenti (il riferimento ad altri "bubboni purulenti"), che avrebbero potuto integrare altro tipo di reato, peraltro oggi improcedibile per difetto di tempestiva querela: l'incolpazione era insita invece nella complessiva, che puntualmente seguiva l'aspro esordio degli esposti, di talché deve sul punto ribadirsi quanto già osservato.

Quanto all'assunto che sarebbe stato pallidamente taciuto il particolare delle plurime aste andate deserte, si tratta di argomento non rilevante e comunque infondato: non è rilevante poiché l'impuntato era altrimenti convinto di essere vittima di un'ingiustizia, correlata alla netta sottovalutazione del bene, ed è infondato perché l'esponente aveva allegato anche il provvedimento collegiale emesso in sede di reclamo, nel quale si dava conto anche delle aste andate deserte, ciò che contrasta nettamente con l'accusa di un doloso occultamento del vero.

Del carattere strumentale degli esposti, presentati quando il fallimento era stato ormai chiuso e si attendeva solo la decisione della Suprema Corte sull'ultimo ricorso, può fondatamente dubitarsi: semmai pare ragionevole parlare di scomposta reazione al manifestarsi di segnali tali da far apparire concreta l'ipotesi di una pregressa *mala gestio*.

Quanto alla natura meramente illatoria delle accuse, è d'uopo ancora una volta valutare la sostanza delle medesime, rispetto alle quali ci si deve riportare alle precedenti osservazioni.

Non ha rilievo invece il riferimento del tutto marginale alla prospettata frequentazione tra il dott. N. e il curatore dott. ssa A., giacché al di là del fatto che essa fosse o meno comprovata (ma la partecipazione comune a feste sarebbe stata comunque irrilevante mentre per il resto, come si legge nella richiesta di archiviazione, non sono emersi elementi di colleganza, in specie economica, che a dir il vero non sono stati neppure falsamente indicati dall'esponente), è dirimente l'osservazione che l'accusa non aveva ad oggetto quel dato specifico, che nelle intenzioni dell'O. avrebbe dovuto semplicemente descrivere un contesto, bensì la gestione della procedura in rapporto a profili nitidamente rappresentati, seppur soggettivamente interpretati.

Considerato inoltre che la sentenza della Suprema Corte di Cassazione è sopravvenuta agli esposti, può nell'insieme trattarsi il convincimento che l'imputato, pur avendo rivolto strali accusatori contro un soggetto innocente, non avesse consapevolezza di tale qualità dell'incolpato, il che induce ad emettere una sentenza di non luogo a procedere.

Solo il passaggio deve osservarsi che il materiale probatorio acquisito non è suscettibile di sviluppi in sede di eventuale dibattimento, posto che fin d'ora possono dirsi chiari i termini delle questioni e la scaturigine delle accuse: d'altro canto la valutazione demandata al giudice dell'udienza preliminare, se per un verso non ha ad oggetto il riconoscimento di un compendio probatorio tale da suffragare un giudizio di colpevolezza o di gravità indiziaria, per l'altro assume pur sempre la connotazione del giudizio (si richiamano le valutazioni della Corte Costituzionale a partire da Corte Cost. 224/2001), in quanto fondata sulla cognizione di tutti gli elementi probatori e sul rilievo della loro interconnessione, in funzione di una prognosi di utilità del dibattimento, rapportata alla concreta possibilità di evoluzione o di risoluzione delle eventuali criticità riscontrate.

In tale prospettiva deve senz'altro ribadirsi la necessità di una sentenza fin d'ora liberatoria (*Omissis)*.

(1-3) L'elemento soggettivo del reato di calunnia nelle ipotesi di falsa denuncia di abuso d'ufficio.

Le due sentenze in commento ruotano attorno al tema proposto nel titolo, anche se ciascuna delle due si confronta con interessanti temi "secondari". La seconda risolve preliminarmente una questione di incompetenza funzionale: il magistrato che assumeva la qualità di persona offesa era collocato, all'epoca dei fatti, fuori del ruolo organico della magistratura. Si sosteneva pertanto che, pur essendo Roma la sua sede di servizio, non fosse applicabile l'art. 11 c.p.p. (sulla natura funzionale della questione di competenza legata all'applicazione dell'art. 11, e alla conseguente rilevabilità d'ufficio

dell'eventuale vizio, in ogni stato e grado del procedimento, cfr., Cass., sez. un., 15 dicembre 2004, Scabbia, in *CED. Cass*., rv. 229633; e da ultimo Cass., sez. VI, 8 gennaio 2008, Siccardi, *ivi,* rv. 239639).

È pacifico che per i magistrati fuori ruolo, così come per quelli della Suprema Corte di Cassazione, non operi la deroga agli ordinari criteri di determinazione della competenza prevista dall'art. 11, trattandosi di magistrati che non possono essere considerati in servizio in un determinato ambito territoriale e, in particolare, nel distretto di Roma (cfr., Cass., sez. I, 6 maggio 1993, Belogi, in *CED Cass*., rv. 194288). Nel caso di specie, tuttavia, l'eccezione viene respinta, posto che, in data successiva alla consumazione del primo reato contestato, il magistrato persona offesa era stato riammesso in ruolo ed era tornato nella sede di provenienza, la sezione fallimentare del Tribunale di Roma (art. 11, comma 2, c.p.p.).

La "coda" della prima sentenza potrebbe invece suggerire riflessioni sui rapporti fra la fattispecie della calunnia e quella della diffamazione. In realtà, il giudicante sfiora il problema quel tanto che basta a giustificare la diversa formula di proscioglimento adottata per ciascuno dei due reati, contestati congiuntamente dal p.m. in rapporto alla medesima condotta ("il fatto non sussiste" per la diffamazione, "il fatto non costituisce reato" per la calunnia).

Non molto numerosi i precedenti in materia. La giurisprudenza di legittimità ha ritenuto sussistente un rapporto di specialità fra calunnia e diffamazione (Cass., sez. VI, 6 maggio 2003, Fedeli, in *CED Cass.,* rv. 227714). Conclusione inevitabile, laddove si consideri la calunnia reato plurioffensivo, diretto a tutelare l'onore dell'incolpato accanto alla funzionalità dell'amministrazione della giustizia (giurisprudenza costante: Cass., sez. VI, 21 febbraio 2007, Caprio, in *CED Cass.,* rv. 235929; in precedenza: Cass., sez. VI, 11 novembre 1998, Cavallini, *ivi*, rv. 212680; Cass., sez. I, 13 febbraio 1988, Perugia, *ivi*, rv. 179000; Cass., sez. III, 13 maggio 1968, Vecchione, *ivi*, rv. 108631). Non sembra residuare spazio, in un simile quadro giurisprudenziale, per una contestazione congiunta – quale quella che si registra nel nostro caso – dei due reati in rapporto alle medesime espressioni, poiché la diffamazione dovrebbe ritenersi "assorbita" nel reato speciale più grave.

Diverso potrebbe essere il caso di una falsa denuncia all'interno della quale s'indirizzino all'incolpato frasi o termini ingiuriosi, non necessari a connotare l'incolpazione o a spiegarne il fondamento. Il reato di diffamazione potrebbe allora essere contestato accanto a quello di calunnia, ma con esclusivo riferimento a quelle particolari espressioni. Una situazione del genere si è verificata nel caso risolto dalla seconda sentenza in commento (l'imputato aveva definito il magistrato incolpato uno dei "bubboni purulenti ed emblematici della Giustizia ad uso privatistico…ecc."), ma in quel caso il reato di diffamazione non era stato contestato, data l'assenza di querela.

Quanto alla questione "principale", le due pronunce giungono a identica conclusione: in ciascuno dei due casi sottoposti a giudizio è ritenuto insussistente l'elemento soggettivo del reato di calunnia.

Nel secondo caso, l'imputato aveva denunciato un giudice del Tribunale di Roma attribuendogli, nella gestione di una procedura fallimentare, il consapevole intento di favorire gli acquirenti di beni immobili della società fallita. Secondo il denunciante (presumibilmente amministratore della società, ma la sentenza non lo specifica), il magistrato aveva operato in modo che si giungesse a ogni costo alla dichiarazione di fallimento e che i beni sociali fossero aggiudicati a prezzo assai inferiore a quello concretamente conseguibile. Non si trattava, in realtà, di una sola denuncia: le accuse erano state mosse in quattro esposti scritti diretti a varie Autorità e ribadite in sede di sommarie informazioni testimoniali rese al p.m. di Perugia (sulle sommarie informazioni e sulla testimonianza come veicolo della calunnia la giurisprudenza è concorde: per tutte si veda, Cass., sez. VI, 24 febbraio 1998, Iantorno, in *CED Cass.*, rv. 210214; si ritiene peraltro che la mera reiterazione delle accuse in sede di deposizione non integri autonoma ipotesi di reato: così la già citata sentenza n. 26994/2003, Fedeli).

Il procedimento penale a carico del magistrato si era chiuso con l'archiviazione, sorretta peraltro non da una verifica della legittimità dei provvedimenti oggetto della denuncia – verifica ritenuta estranea ai limiti del giudizio penale – ma da un'analisi della condotta complessiva del denunciato. In particolare, dalla ritenuta assenza di *elementi idonei a suffragare l'elemento psicologico necessario per l'integrazione del reato ipotizzato, non essendo stato allegato nessun ragionevole elemento di sospetto e non essendo stato ancorato l'atteggiamento del magistrato a elementi presuntivi tali da far ipotizzare uno sviamento della funzione*.

Nel nuovo giudizio "a parti invertite" – il denunciante è ora imputato di calunnia, e il magistrato a suo tempo sottoposto a indagini è persona offesa – il giudicante riconosce che non sono emersi elementi dai quali desumere la penale responsabilità del magistrato, ma rileva che le denunce segnalavano *fatti veri* o che tali *sembravano* al denunciante. In effetti la procedura fallimentare aveva messo capo all'aggiudicazione a un prezzo di 3 miliardi e 600 milioni di lire di un immobile che poco tempo dopo la società acquirente – una sorta di società fantasma, creata per l'occasione e presto sciolta – era riuscita a rivendere a 13 milioni di euro. Per quanto si era potuto accertare, questo poco confortante risultato non era dovuto a veri e propri profili di illegittimità della procedura, e meno ancora a fatti di turbativa dell'asta, ma alla scelta di strumenti di pubblicità dell'incanto inadeguati al valore del bene. Inoltre, era stata disattesa un'istanza motivata di sospensione della vendita e rivalutazione del bene. Prima ancora, la procedura era stata indirizzata speditamente verso la dichiarazione di fallimento, nonostante una richiesta di concordato sostenuta da una forte riduzione del passivo. Insomma, tenuto conto di tutte queste circostanze, il giudicante si convince che l'imputato avesse sì offerto nelle denunce "un'interpretazione di parte" dei fatti, ma che quell'interpretazione fosse "sorretta da elementi che gliela facevano apparire fondata", e che, in definitiva, l'imputato non avesse *piena consapevolezza* dell'innocenza della persona che stava incolpando.

In caso di esposizione di fatti veri nei quali il denunciante ravvisi erroneamente i requisiti di un reato la giurisprudenza esclude la stessa oggettività del reato di calunnia (Cass., sez. III, 24 novembre 1967, Romito, in *CED Cass*., rv. 106633). Qui, invece, la pronuncia assolutoria si fonda sulla carenza dell'elemento soggettivo. È possibile che il giudicante sia pervenuto a questo risultato considerando che il fatto-reato oggetto dell'incolpazione comprendesse anche l'intento previsto dall'art. 323 c.p. (favorire o danneggiare taluno) e che, rispetto a questo elemento della fattispecie, la veridicità dell'incolpazione non fosse reale ma solo putativa.

In definitiva, trova qui applicazione il consolidato orientamento giurisprudenziale che, pur annoverando la calunnia fra i reati a dolo generico (Cass., sez. VI, 24 maggio 2004, Prandelli, in *CED Cass*., rv. 229271), e anzi specificando che, dal punto di vista dell'elemento soggettivo, la calunnia non si differenzia dalla diffamazione (Cass., sez. V, 5 novembre 2004, Tartaglione, in *CED Cass*., rv. 231283), richiede, ai fini del giudizio di penale responsabilità, che la consapevolezza dell'innocenza dell'incolpato sia provata in modo rigoroso. Di recente, la Suprema Corte ha puntualizzato (con due pronunce assai sinteticamente motivate) che, nella valutazione dell'elemento psicologico del reato di calunnia, non assume alcun rilievo la forma del dolo eventuale (Cass., sez. VI, 7 marzo 2007, Profeta, in *CED Cass*., rv. 237675; Cass., sez. VI, 16 dicembre 2008, Aragona, *ivi*, rv. 242424). Il giudice di legittimità àncora tale convincimento alla lettera dell'art. 368 c.p., e segnatamente all'espressione "sapendolo innocente", che qualifica – in entrambe le pronunce – come *particolarmente pregnante*. In effetti, anche se l'aggettivo usato dal Supremo Collegio ha il sapore della critica letteraria più che dell'interpretazione giuridica, si può convenire che, nella norma in discussione, l'espressa sottolineatura della cognizione dell'innocenza dell'incolpato non può avere altro senso che quello di indirizzare l'interprete nel recinto del dolo diretto, con esclusione del dolo eventuale e – a questo punto – anche del dolo alternativo: sarebbe altrimenti superfluo richiedere al soggetto attivo la cognizione di uno dei requisiti oggettivi della fattispecie, che come tale deve essere "coperto" dal dolo in applicazione di un principio generale.

Certo, esigere il dolo diretto costringe l'accusa a una prova diabolica, laddove l'accusato non abbia riferito fatti che ricadevano nella sua diretta percezione sensoriale e – ancor più – laddove l'incolpazione si traduca nell'attribuzione di un reato quale l'abuso d'ufficio di cui all'art. 323 c.p. È questa una fattispecie caratterizzata da un requisito soggettivo (il dolo "intenzionale") che non solo è, a sua volta, di difficile prova, ma che quasi mai è suscettibile di percezione piana e diretta, sicché risulta difficile postulare – e provare – che il soggetto attivo, al momento di denunciare l'abuso, fosse *certo* dell'assenza di quel requisito.

In simili casi – a meno che l'intento calunnioso non sia confessato dall'imputato, o da lui manifestato fuori dal giudizio e riferito da testimoni attendibili – all'accusa non resta che affidarsi a eventuali elementi presun-

tivi qualificabili come indizi gravi, precisi e concordanti (art. 192, comma 2, c.p.p.). Un elemento indiziario dotato del pregio dell'evidenza immediata e documentale può essere l'indicazione in denuncia di fatti storicamente falsi e tali da poter indurre l'Autorità destinataria della denuncia a supporre, ingannevolmente, la sussistenza in capo all'incolpato del requisito del dolo intenzionale. Attenzione: non si tratta di allegazioni false di per sé integratrici del reato di calunnia (Tizio ha sottratto il bene *x*, Tizio ha ucciso la persona *y*), ma di allegazioni false di mera valenza indiziaria. Per esempio: il magistrato Tizio, per poter assumere quel certo provvedimento, ha voluto assolutamente sostituirsi al collega Caio, in violazione delle tabelle o dei criteri organizzativi dell'ufficio. Oppure: il magistrato mi ha rivolto, prima della decisione, la frase: "Lei con me non la spunterà mai!". Né la violazione delle tabelle né la frase che anticipa il giudizio costituiscono reato di per sé, ma possono essere *sintomi* del reato di abuso d'ufficio. Rappresentare falsamente l'esistenza di quei sintomi può essere a sua volta considerato sintomo di un'accusa faziosa, malevola, calunniosa.

In questi casi, la massima d'esperienza sottesa al ragionamento induttivo è, più o meno: non si aggiungono alla narrazione dettagli falsi rilevanti, se non quando si è consapevoli che una narrazione veridica non raggiungerebbe lo scopo. Non si dipinge un quadro a tinte fosche se non si è consapevoli che i colori naturali non otterrebbero l'effetto sperato. La massima "funziona" – vale a dire: può essere condivisibile – se e in quanto si tenga presente che la denuncia è una narrazione seria e impegnativa e che, quindi, la menzogna del denunciante non può essere sorretta da motivazioni fatue come la menzogna del pescatore che aumenta le dimensioni del pesce.

La sentenza in commento prende in considerazione – peraltro per escluderne la valenza indiziaria, in rapporto a una concreta circostanza di fatto – un elemento sintomatico diverso e più sottile, collocabile all'estremo limite di tenuta del legame inferenziale: non l'indicazione nella denuncia di fatti storicamente *falsi* che inducano a *ritenere sussistente* il requisito soggettivo del reato denunciato, ma l'omessa indicazione di fatti storicamente *veri* che inducano a *escludere la sussistenza* di quel medesimo requisito. Un esempio verosimile – estraneo al caso trattato – può essere questo: il denunciante omette di far presente, pur essendone a conoscenza, che la decisione ritenuta ingiusta è conforme alla prassi e alla giurisprudenza costante del magistrato denunciato. Come si comprende dagli esempi, l'efficacia persuasiva dell'induzione legata all'omessa allegazione di una circostanza vera è inferiore rispetto all'ipotesi di allegazione di una circostanza falsa: nell'interpretare le ragioni di un'omissione, è sempre difficile escludere l'ipotesi di una mera dimenticanza.

Nel nostro caso, l'imputato aveva sottolineato – in tutte le sue denunce – che dal bene era stata realizzata una somma irrisoria, ma aveva omesso di riferire che precedenti aste, nelle quali era stato fissato un prezzo più alto, erano andate deserte. Peraltro il giudicante rileva che gli atti dai quali risultava l'esito delle precedenti aste erano stati allegati a una delle denunce,

e ritiene che ciò escluda l'intento dell'imputato di occultare la circostanza. E se la verità taciuta non era occultabile, allora il silenzio su quella circostanza diventa in radice irrilevante. La massima d'esperienza è: poiché è inutile mentire quando si è certi che la verità verrà a galla, è ragionevole interpretare la menzogna non occultabile come sintomo di imprecisione o di scarsa cautela, non come sintomo di un intento calunnioso.

Anche la prima sentenza perviene all'assoluzione di un soggetto imputato di calunnia per la rilevata carenza dell'elemento soggettivo del reato. Non si tratta di magistrati, ma la *querelle* non è meno spinosa: un graduato dell'Arma dei Carabinieri denuncia il suo comandante – anche qui ascrivendogli una condotta inquadrabile nella fattispecie dell'abuso d'ufficio – per aver corretto, e anzi "rovesciato" nelle conclusioni, una sua relazione al Giudice di Pace su un incidente stradale.

Anche in questo caso, il procedimento penale a carico dell'incolpato si chiude con decreto di archiviazione. Non se ne conosce la motivazione, ma è da presumere che essa si fondi su una ricostruzione dei fatti identica a quella che si ritrova nella sentenza in commento: la supremazia gerarchica consentiva al comandante di redigere in prima persona la relazione al Giudice di Pace, e non gli imponeva né di sentire i verbalizzanti prima di discostarsi dalle loro conclusioni, né di autorizzarli a prendere visione degli atti della procedura.

Il giudicante rileva che la denuncia riporta "il fatto storico" (ossia i fatti come si erano realmente svolti) e che il favoritismo nel quale si sarebbe sostanziato l'abuso d'ufficio emerge da considerazioni personali ("per motivi a me ignoti, il comandante ha favorito in qualche modo il contravventore…"). Anche stavolta la valutazione di veridicità storica del fatto narrato in denuncia si riflette nel giudizio sull'elemento soggettivo del reato: il giudicante ritiene le "considerazioni personali" dell'imputato non condivisibili, ma giustificate dall'apparenza dei fatti. Ritiene giustificata, per l'insolito anche se legittimo comportamento del superiore gerarchico, la sensazione del soggetto che "qualcosa di strano si stesse macchinando". Esclude, di conseguenza, "la piena e incondizionata consapevolezza da parte dell'agente dell'innocenza dell'incolpato".

Da notare il *self restraint* del giudicante nel valutare la legittimità della condotta dell'incolpato: non ci si inoltra nella dinamica dell'incidente stradale, non ci si chiede se fossero giustificate le conclusioni dei graduati intervenuti sul posto o quelle del loro comandante. Un atteggiamento non molto diverso da quello manifestato dall'estensore della seconda sentenza commentata, che non si pronuncia sul merito dei provvedimenti adottati dal giudice della procedura fallimentare. In questo secondo caso siamo fuori dall'ambito "sacrale" dell'esercizio della giurisdizione, ma il giudice chiamato a valutare un'accusa di calunnia considera comunque superfluo un accertamento che produrrebbe un elemento di valutazione di dubbia valenza indiziaria: una volta dimostrato che il comandante aveva ragione, o che aveva ragione il suo sottoposto, come escludere – in assenza di altri elementi sintomatici – la buona fede di chi aveva torto?

Considerate congiuntamente, le due sentenze in commento esprimono un orientamento giurisprudenziale particolarmente rigoroso in tema di prova del dolo nel reato di calunnia, ma anche – di riflesso – in tema di prova dell'abuso d'ufficio.

La seconda s'inserisce nel solco di un atteggiamento consolidato nella giurisprudenza perugina nel decidere sulle denunce contro magistrati e sul *rebound* di denunce per calunnia presentate dagli incolpati: evitare da un lato che la denuncia contro il magistrato inneschi una rivalutazione della legittimità di decisioni assunte nell'esercizio della giurisdizione, così traducendosi in un anomalo strumento di gravame, dall'altro che la sanzione penale si abbatta su chi abbia rivendicato, sia pure in modi impropri, un diritto che ritiene a torto o a ragione calpestato.

La prima pronuncia mostra come il giudice tenda a rifuggire dalla rivalutazione del caso sottoposto al pubblico ufficiale – a *qualsiasi* pubblico ufficiale, non solo al magistrato – accusato di abuso d'ufficio. Questo tanto nel giudizio sulla denuncia quanto nel giudizio "di rimbalzo" sull'eventuale calunnia commessa dal denunciante.

ALESSANDRO G. CANNEVALE

DIRITTO PUBBLICO

CORTE DEI CONTI – Sez. giurisd. Umbria – 8 aprile 2008, n° 87/E.L./08 – *Pres*. PRINCIPATO – *Est*. LONGAVITA – P. R. c. Comune di Terni.

Enti locali – Spese in conto capitale – Spese di investimento – Differenza (art. 119, c. 6, Cost.; art. 3, c. 18, l. 24 dicembre 2003, n. 350).

Enti locali – Spese di manutenzione straordinaria – Spese di manutenzione ordinaria – Differenza (art. 3, c. 18, lett. a, b, l. 24 dicembre 2003, n. 350).

Enti locali – Spese di manutenzione straordinaria – Natura – Spese di investimento – Sussistenza – Finanziamento – Ricorso all'indebitamento – Ammissibilità (art. 3, c. 18, lett. a, b, l. 24 dicembre 2003, n. 350; art. 119, c. 6, Cost.).

Enti locali - Spese di manutenzione ordinaria – Natura – Spese di investimento – Esclusione – Finanziamento – Ricorso all'indebitamento – Esclusione (art. 3, c. 18, lett. a, b, l. 24 dicembre 2003, n. 350; art. 119, c. 6, Cost).

Enti locali – Consiglieri comunali – Deliberazioni assunte in violazione dei limiti all'indebitamento – Sanzione oggettiva e sanzione soggettiva – Relazione (art. 30, c. 15, l. 27 dicembre 2002, n. 289).

Enti locali – Consiglieri comunali – Deliberazioni assunte in violazione dei limiti all'indebitamento – Sanzione oggettiva – Nullità – Sentenza della Corte dei conti – Necessità – Natura – Sentenza dichiarativa (art. 30, c. 15, l. 27 dicembre 2002, n. 289).

Enti locali – Consiglieri comunali – Deliberazioni assunte in violazione dei limiti all'indebitamento – Nullità parziale – Configurabilità (art. 30, c. 15, l. 27 dicembre 2002, n. 289).

Enti locali – Consiglieri comunali – Deliberazioni assunte in violazione dei limiti all'indebitamento – Sanzione soggettiva – Condanna ad una pena pecuniaria – Giurisdizione della Corte dei conti – Sussistenza (art. 30, c. 15, l. 27 dicembre 2002, n. 289).

Enti locali – Consiglieri comunali – Deliberazioni assunte in violazione dei limiti all'indebitamento – Sanzione soggettiva – Condanna ad una pena pecuniaria – Colpa grave – Necessità (art. 30, c. 15, l. 27 dicembre 2002, n. 289).

Nel concetto di spese in conto capitale prevale l'elemento aziendale dell'impiego di risorse finanziarie volte ad acquisire beni a fecondità ripetuta, che partecipano per più esercizi ai processi produttivi ed erogativi degli enti locali; nel concetto di investimento, invece, prevale la visione patrimoniale della spesa, volta alla realizzazione e/o acquisizione di beni non destinati al consumo che, quindi, non solo si prestano ad un uso ripetuto nel tempo, ma costituiscono anche delle vere e proprie dotazioni permanenti a disposizione delle comunità locali. In conclusione, la nozione di investimento acquista un valore diversificato a seconda che emerga a fini classificatori di bilancio, e in questo caso viene in rilievo la nozione tradizionale, omologa a quella di spesa in conto capitale, ovvero a fini di indebitamento ed in questo caso emerge la nozione più rigorosa, quale spesa destinata ad incrementare il patrimonio dell'ente (1).

La nozione di manutenzione straordinaria *corrisponde ai* miglioramenti di rilievo che superano di gran lunga quelli richiesti per conservare in buono stato i beni. *Trattasi degli interventi : a) strutturali sugli edifici e/o sulle opere pubbliche, che b) aggiungono un* quid pluris *alla loro consistenza originaria, così c) da aumentarne stabilmente anche la capacità originaria di soddisfare i bisogni pubblici ai quali sono funzionalizzati, con d) evidenti e significativi riflessi incrementativi del patrimonio. Al contrario, costituiscono* spese di ordinaria manutenzione quelle che non danno luogo a significativi interventi strutturali sull'edifico e/o sull'opera pubblica, *in quanto volti ad assicurare solo la normale funzionalità del bene, del tutto conforme alla iniziale capacità del bene stesso di soddisfare i bisogni pubblici ai quali è stato destinato* (2).

Solo le spese di straordinaria manutenzione possono essere qualificate come spese di investimento e dunque possono essere finanziate tramite il ricorso all'indebitamento (3).

Al di sotto della spesa di straordinaria manutenzione, ogni altra spesa sugli edifici pubblici si configura come spesa diversa da quelle di investimento e dunque non può essere finanziata tramite il ricorso all'indebitamento (4).

Nel caso in cui l'ente locale ricorra all'indebitamento per finanziare spese diverse da quelle di investimento, l'art. 30, c. 15, l. n. 289/2002 prevede due tipi di sanzione: da un lato è prevista una sanzione oggettiva, cioè la nullità degli atti e dei contratti di indebitamento; dall'altro è prevista una sanzione soggettiva, che consiste nella condanna ad una sanzione pecuniaria - pari ad un minimo di cinque e fino ad un massimo di venti volte l'indennità di carica percepita al momento di commissione della violazione - di coloro che hanno assunto la deliberazione che ha dato luogo all'indebitamento stesso. Trattasi, invero, di sanzioni strettamente correlate l'una all'altra, tanto che la sanzione pecuniaria sembra configurarsi quale conseguenza ulteriore rispetto alla nullità degli atti (5).

La nullità di cui all'art. 30, c. 15, l. n. 289/2002, prescinde – per la sua intrinseca natura oggettiva – da ogni indagine sullo stato soggettivo di chi ha posto in essere gli atti stessi, ed opera di diritto; la relativa sentenza della Corte dei conti, che ha sul punto natura dichiarativa, è comunque necessaria, in quanto volta a fissare chiaramente l'ambito oggettivo della nullità, cioè ad individuare esattamente gli atti colpiti da nullità (6).

La nullità di cui all'art. 30, c. 15, l. n. 289/2002 non può essere concepita sempre e comunque come nullità totale, ben potendo consistere anche in una nullità parziale, limitata, cioè, alle sole spese non di investimento sostenute con un indebitamento che ha dato copertura anche a spese di investimento (7).

La sanzione soggettiva prevista dall'art. 30, c. 15, l. n. 289/2002 si configura come una nuova misura punitiva di reazione agli illeciti amministrativi-contabili, la cui concreta applicazione è affidata alla Corte dei conti, quale giudice naturale precostituito per legge, ex art. 25 cost., nelle materie di contabilità pubblica, ex art. 103, comma 2, cost. (8).

Per l'applicazione della sanzione di cui art. 30, comma 15, della l. n°289/2002 la Corte dei conti procede con una regolare sentenza di condanna, emessa a seguito di un altrettanto regolare giudizio di responsabilità, sempre che sussista la colpa grave dei deliberanti (9). *

(*Omissis*). In via pregiudiziale, il Collegio ritiene di dover dichiarare inammissibile l'eccezione di giurisdizione dedotta dall'avv. Cerquetti nella relativa memoria di costituzione in giudizio (v. pag. 2-12) e ribadita in aula, secondo cui:

a) la sanzione prevista dall'art. 30, comma 15, della l. n°289/2002 avrebbe "natura amministrativa";

b) le controversie sull'applicazione della stessa rientrerebbero nel potere cognitorio e decisorio del giudice ordinario e non della Corte dei conti.

Questa Sezione, infatti, ha già avuto modo di esaminare e respingere nel corso del precedente giudizio, instauratosi tra le medesime parti (assistite dai medesimi difensori) e conclusosi con la sent. n°128-EL/2007, un'eccezione del tutto identica.

In tale sentenza, in pratica, si è precisato che la sanzione prevista dall'art. 30, comma 15, della l. n°289/2002 si configura come una "nuova misura punitiva di reazione agli illeciti amministrativi-contabili, la cui concreta applicazione è affidata alla Corte dei conti, quale giudice naturale precostituito per legge, ex art. 25 cost., nelle materie di contabilità pubblica, ex art. 103, comma 2, cost." e che a tanto la medesima Corte procede con una regolare sentenza di condanna, emessa a seguito di un altrettanto regolare giudizio di responsabilità.

La sentenza n°128-EL/2007 non solo è passata in giudicato (come

si dirà nel successivo paragrafo XIV), ma è stata pure confermata dalla sentenza delle Sezioni Riunite di questa Corte n° 12-QM/2007, così che il Collegio non individua alcun motivo per ritornare sulla giurisdizione e la relativa eccezione va, come anticipato, dichiarata inammissibile

XIII) – Del pari va dichiarata inammissibile l'eccezione di costituzionalità dell'art. 30, comma 15, della l. n°289/2002, in quanto manifestamente infondata, dedotta dall'avv. Cerquetti con riferimento agli artt. 3, 24 e 111 Cost. (v. pag. 12-13 della relativa memoria di costituzione in giudizio).

Sostiene in proposito il predetto avvocato che la sanzione di cui al precitato art. 30 dovrebbe essere applicata con le stesse garanzie "del contraddittorio e della partecipazione del cittadino" che si riscontrano nel "giudizio ordinario, previsto d'avanti al giudice civile, in caso di applicazione di una (qualsivoglia altra) sanzione amministrativa", così che le diverse regole processuali che disciplinano il giudizio di responsabilità innanzi alla Corte dei conti, e soprattutto il "carattere segreto e inquisitorio" della relativa fase istruttoria, violerebbero i principi di cui agli artt. 3, 24 e 111 Cost.

Errata nei suoi presupposti, e di conseguenza nelle sue conclusioni, l'eccezione in discorso pone a raffronto realtà disomogenee e non comparabili tra loro: la sanzione di cui all'art. 30, comma 15, della l. n°289/2002, infatti, riguarda i soli amministratori pubblici e si correla alla specifica ipotesi di ricorso all'indebitamento per finanziare spese diverse da quelle di investimento; le sanzioni previste dalla l. n°689/1981, invece, riguardano la generalità dei cittadini e si correlano a fatti del tutto comuni.

La intrinseca diversità delle sanzioni in comparazione giustifica pienamente il diverso procedimento delineato dal legislatore per la loro applicazione (in via amministrativa, quanto alle sanzioni di cui alla l. n°689/198, ed in via giurisdizionale, quanto alla sanzione di cui all'art. 30, comma 15, della l. n°289/2002) ed il conseguente, diverso sistema di garanzie processuali.

Questa Sezione, nella precedente sent. n°128-EL/2007, ha già trattato -seppur indirettamente- tale aspetto, precisando che "l' attribuzione alle Sezioni Regionali della Corte dei conti del potere di accertare la commissione dell'illecito contabile di cui all'art. 30, comma 15, della l. n°289/2002, e di condannare alla relativa sanzione, risponde alla medesima logica di garanzia che ha ispirato il Costituente a preservare, tra gli organi speciali di giurisdizione, la Corte stessa, ex VI^ delle disposizione transitorie e finali alla costituzione, nel contempo assicurando ai suoi componenti adeguate forme di "indipendenza", ex art. 108, comma 2, Cost.". (cfr. sent. n°128-EL/2007 già citata) .

D'altronde, questa Sezione ha anche sottolineato come "la Corte dei conti, quale organo giurisdizionale dotato di specifiche conoscenze

nelle materie di contabilità e di piena autonomia ed indipendenza nei confronti di ogni altro potere, offra -per ciò stesso- ai soggetti sottoposti al suo giudizio, le migliori garanzie di competenza e di serenità di valutazione, conformi ai canoni del giudice terzo ed imparziale, di cui al comma 2, dell'art. 111, Cost., nel testo aggiunto dalla l. cost. n°2/1999" (cfr. ancora la sent. n°128-EL/2007).

Ebbene, il Collegio non può –ora– che ribadire le riferite argomentazioni e dichiarare, in relazione ad esse, manifestamente infondata la dedotta questione di costituzionalità.

XIV) – Parimenti infondata è, poi, l'eccezione di inammissibilità della citazione, per "litispendenza", dedotta sempre dall'avv. Cerquetti.

Secondo il nominato legale, la Procura regionale avrebbe "promosso il presente giudizio quando il giudizio precedente", ossia quello definito con la sentenza n°128-EL/2007, "non era e non è tuttora passato in cosa giudicata, …. così che, qualora una delle parti (del) precedente giudizio volesse proporre impugnazione avverso la citata sentenza (n°128-EL/2007), si verificherebbe la litispendenza disciplinata dall'art. 39, comma 1, c.p.c." e ciò comporterebbe "l'anomalia della pluralità di cause pendenti davanti allo stesso ufficio giudiziario" (v. pag. 14 della relativa memoria di costituzione in giudizio) .

In disparte il carattere del tutto ipotetico dell'eccezione in discorso, che – di per sé – rende l'eccezione stessa inammissibile, il Collegio ritiene che essa comunque muova da una non corretta valutazione dei comportamenti processuali complessivi delle parti, ed in particolare di quello della Procura, che – si badi – ha promosso l'odierno giudizio, nonostante sia stata l'unica "parte soccombente" nel giudizio conclusosi con la ripetuta sentenza n°128-EL/2007.

In realtà, la circostanza che il cennato, nuovo giudizio sia stato promosso dalla Procura quando non erano ancora scaduti i termini per appellare la sent. n°128-EL/2007, significa solo (e molto semplicemente) che la Procura medesima ha accettato la sentenza stessa nella forma dell' "acquiescenza tacita", di cui all'art. art.329 c.p.c., avendo posto in essere "atti incompatibili con la volontà di avvalersi delle impugnazioni" (v., in proposito, tra le tante Cass. Civ. Sez. III^ n°7790/19986 e Cass. civ. Sez. Lav. n°3282/1990).

Di qui l'infondatezza della eccezione di inammissibilità della citazione. Tanto, senza neanche considerare che comunque, secondo quanto fatto presente dal prof. Tarantini e dagli avv. Baleani ed Antonucci, la sentenza n°128-E.L./2007 è stata regolarmente notificata alla Procura il 31/5/2007, e la stessa è perciò passata in giudicato -almeno nei rapporti tra gli assistititi dei predetti legali e la Procura medesima- per l'inutile decorso dei relativi termini di impugnazione (v. pag. 39 della relativa memoria di costituzione in giudizio).

XV) – Così esaurite le pregiudiziali di rito, vanno ora esaminate le pregiudiziali di merito, attinenti alla legittimità costituzionale delle norme dell'art. 30, comma 15, della l. n°289/2002 in sé, ed in "combinato disposto" con le norme dell'art. 3, comma 18, della l. n° 350/2003.

XVa) – I convenuti hanno eccepito l'illegittimità costituzionali delle predette norme in rapporto:

a) alla genericità della formulazione della fattispecie astratta di illecito ivi prevista (v. memoria di costituzione in giudizio del prof. Tarantini e degli avv. Baleani ed Antonucci);

b) alla mancanza di danno in tale illecito (v. pag. 14 della memoria di costituzione dell'avv. Cerquetti)

c) alla necessità di armonizzare la tutela del bene-valore degli equilibri di bilancio, di cui alla "disciplina emanata in attuazione del precetto dettato dall'art. 119, comma 6, Cost., (con) altri rilevanti interessi, parimenti oggetto di tutela costituzionale" (v. memoria di costituzione in giudizio dell'avv. Rampini);

XVb) – Ebbene, iniziando dalla questione di più agevole soluzione, il Collegio ritiene che quella di cui alla precedente lettera b) sia inammissibile.

L'avv. Cerquetti, trascurando le preclusioni del giudicato, di cui alla più volte menzionata sent. n°128-E.L./2007, con l'eccezione in discorso ha sostanzialmente riproposto la medesima questione di costituzionalità che egli stesso aveva già sollevato nel corso del precedente giudizio, ancora sostenendo che l' art. 30, comma 15, della l. n° 289/2002, contrasterebbe con "il principio e le norme di cui alla sent. n° 72/1983 (della) Corte Costituzionale" (v. pag. 14 della memoria di costituzione nell'odierno giudizio).

La Sezione, con la citata sent. n° 128-E.L./2007, ha già chiaramente e definitivamente espresso il proprio avviso in proposito, negando pregio e consistenza alla dedotta questione di costituzionalità, in quanto ha ritenuto del tutto inconferente il richiamo dell'avv. Cerquetti alla sentenza della Corte cost. n° 72/1983, (sulla c.d. "responsabilità formale"), stante – ha precisato la Sezione – la "non omogeneità delle situazioni messe a confronto".

Ciò stante, il Collegio, nel dichiarare –come anticipato – l' inammissibilità dell'eccezione in discorso, si limita a ribadire che:

1) l'ipotesi di responsabilità esaminata nella sentenza della Corte cost. n°72/1983 ha natura "risarcitoria", e non ha nulla a che vedere con l'ipotesi prevista e disciplinata dall'art. 30, comma 15, della l. n° 289/2002, che ha natura "sanzionatoria in senso stretto";

2) tale ipotesi di responsabilità "sanzionatoria" partecipa alla formazione di un nuovo sistema di responsabilità amministrativo-contabile, essenzialmente di tipo "punitivo" e basato su specifiche previsioni

normative, "volte a tipizzare e sanzionare altrettanti specifici illeciti contabili"; responsabilità questa che, come pure ha precisato la Sezione, "si sta venendo ad affiancare a quello tradizionale, basato sulla clausola generale del risarcimento dei danni per inadempimento";

3) le "valutazioni di costituzionalità sul medesimo art. 30, comma 15, perciò devono essere condotte in base ai principi costituzionali relativi al diritto punitivo, complessivamente inteso, e non in base a quelli propri, e in parte diversi, del "diritto risarcitorio".

XVc) Palesemente infondata, invece, si manifesta la questione di costituzionalità di cui alla lettera c) del precedente paragrafo XV, tesa ad una lettura costituzionalmente orientata della "disciplina legislativa emanata in attuazione dell'art.119, comma 6, Cost." .

XVc1) – Secondo l'avv. Rampini, che la questione stessa ha sollevato, la "disciplina emanata in attuazione (dell)'art. 119, comma 6, Cost ….. va letta ed applicata tenendo conto anche di altri interessi rilevanti, parimenti oggetto di tutela costituzionale", oltre quelli – evidentemente – specificamente perseguiti dal citato art. 119 Cost. .

In sostanza, per il nominato difensore "il principio introdotto dalla norma primaria (art. 119, comma 6, Cost.), secondo cui gli enti territoriali possono ricorrere all'indebitamento solo per finanziare spese di investimento, va necessariamente valutato ed armonizzato …. con riguardo alle norme e principi che garantiscono l'esercizio delle funzioni pubbliche, in relazione alla cura di fondamentali interessi della collettività" (v. pag. 10 della relativa memoria di costituzione in giudizio).

In questa ottica, l'avv. Rampini ha richiamato "i principi sul buon andamento e sulla tutela della salute", nonché quelli sulla tutela della famiglia e del diritto allo studio, per affermare che "laddove sussiste la necessità di procedere ad interventi di somma urgenza, in relazione a calamità naturali, per la tutela dell'integrità fisica dei cittadini o dei beni, non è pensabile considerare gli interventi medesimi al di fuori del concetto di investimento, tanto da precluderne l'esecuzione all'ente esponenziale, che è invece tenuto ad eseguirli, nell'ipotesi di carenza negli stanziamenti ordinari" di bilancio. E ciò, ha chiarito il ripetuto legale, anche con riferimento agli interventi volti "a mantenere nella massima efficienza possibile gli immobili destinati all'esercizio di servizi pubblici", come quelli relativi alla "sistemazione e manutenzione di una scuola".

In conclusione, secondo l'avv. Rampini, "la disciplina dettata dall'art. 3, comma 18, della l. n°350/2003 va interpretata nel senso che ricadono nella nozione di investimento tutti gli interventi pubblici che si pongono al di fuori della spesa corrente, con ciò intendendo solo i cespiti di spesa che si ripetono in ogni esercizio finanziario"; diversamente ragionando – ha soggiunto – "la disciplina anzidetta risulterebbe incostituzionale, quanto meno per violazione dei principi sanciti dagli artt. 31, 32, 34 e

97 Cost." (v. pagg. 11-12 della relativa memoria di costituzione in giudizio).

XVc2) – Corretta nelle sue premesse essenziali, ossia nella parte in cui evidenzia la necessità di armonizzare "il principio introdotto dall'art. 119, comma 6, Cost. ….. con (le) norme e (i) principi che garantiscono l'esercizio delle funzioni pubbliche, in relazione alla cura di fondamentali interessi della collettività", la tesi dell'avv. Rampini tuttavia finisce, nelle sue conclusioni, per svuotare il concetto stesso di "investimento", ex art. 119, comma 6, Cost., riducendolo ad un "cespite di spesa che (non) si ripete in ogni esercizio finanziario".

Una simile nozione di "investimento", desunta in via residuale e negativa (quale spesa, appunto, che "non si ripete in ogni esercizio finanziario"), sembra evocare la vecchia distinzione delle spese pubbliche in "ordinarie o di parte ordinaria" e "straordinarie o di parte straordinaria", eliminata dall'art. 3 della l. n°62/1964, e consente di ricomprendere in essa anche le "ordinarie spese" di consumo – o, se si preferisce, di "manutenzione ordinaria" – che si verificano con periodicità costante, ma superiore all'anno; spese che tuttavia sono prive di quell'effetto incrementativo di redditività e/o di ricchezza che è proprio dell' "investimento", nella sua più intima dimensione logico– economica.

XVc3) – La verità è che, al di là delle ipotesi di "calamità naturali", a cui ha pure fatto riferimento l'avv. Rampini ed in presenza delle quali è effettivamente necessario intervenire con mezzi – anche finanziari e di spesa – del tutto eccezionali, il normale esercizio delle funzioni pubbliche, "in relazione alla cura di fondamentali interessi della collettività" considerati dal predetto avvocato, è assicurato proprio dal "principio di sana gestione" che impone –anzitutto – di provvedere alle spese ordinarie con entrate anch'esse ordinarie .

In questa ottica, è evidente come sia proprio il principio di "sana gestione" a rappresentare il giusto punto di "armonizzazione" della "disciplina emanata in attuazione dell'art.119, comma 6, Cost." con gli "altri interessi (pubblici), parimenti oggetto di tutela costituzionale", affidati nella loro cura e concreta realizzazione agli enti locali.

D'altronde, come questa Sezione ha già avuto modo di precisare, le disposizioni dell'art. 30, comma 15, della l. n°289/2002 mirano a tutelare gli "equilibri di bilancio", che potrebbero essere compromessi dal ricorso indiscriminato all'indebitamento, quale bene-valore essenziale per il regolare espletamento dei compiti propri dell'ente territoriale, a benefico appunto della collettività locale amministrata.

Trattasi, come pure ha sottolineato la Sezione, di un bene-valore che non è fine a se stesso, ma è teleologicamente rivolto, quale "bene–mezzo", alla salvaguardia di "beni fine ulteriori" quali, in disparte la già menzionata "sana gestione", il "rispetto del Patto di stabilità interno, in vista

del conseguimento degli obiettivi posti dal Patto di stabilità e crescita", e la salvaguardia in concreto dell' "alternanza e della pari opportunità amministrativa", che potrebbe essere compromessa dalla "destinazione anticipata di risorse aggiuntive, ottenute con il ricorso al mercato, a spese di semplice funzionamento" (v. pag.44-45 della sent.128-EL/2007).

XVc4) – Nel tratteggiato contesto, è del tutto palese la manifesta infondatezza della questione di costituzionalità dedotta dall'avv. Rampini, così come è altrettanto palese la necessità di non svilire il peso che l'art. 119, comma 6, Cost. riserva alla nozione di "investimento", ponendolo al di sotto della fondamentale funzione che esso riveste nell'arginare il ricorso all' "indebitamento", per la salvaguardia degli equilibri di bilancio e dei "beni fine" ai quali esso è ontologicamente destinato.

XVd) – Palesemente infondata, infine, è anche la prima questione di costituzionalità, ossia quella di cui alla lettera a) del precedente paragrafo XV), sostanzialmente volta a censurare la genericità della formulazione dell'art. 30, comma 15, della l. n°289/2002.

XVd1) – Secondo il prof. Tarantini e gli avv. Baleani ed Antonucci, che tale questione hanno sollevato, le ipotesi di responsabilità sanzionatoria devono essere "fortemente tipizzate", in adesione ai parametri di stretta legalità fissati dall'art. 25 Cost., secondo i principi affermati in proposito dalle Sezioni Riunite di questa Corte con la sent. n°12-QM/2007.

Al contrario, ritengono i predetti legali che "la nozione di indebitamento e (ancor più) quella di spese di investimento, (di cui) al citato art. 30, non sono determinate a priori e la relativa concretizzazione è collegata ad una scelta di carattere politico", tant'è che "lo stesso legislatore statale ha cercato di specificare in modo analitico le tipologie delle spese di investimento, con la l. n°350/2003, (ma) il risultato non è sufficiente a garantire il rispetto del richiamato principio di legalità, in quanto non ci troviamo di fronte a categorie o istituti di sicura individuazione, ma a regole di concretizzazione connotate di una qualche discrezionalità politica, come evidenziato nella sent. n°425/2004 della Corte Costituzionale".

Di qui, ad avviso dei ridetti legali, l'illegittimità costituzionale dell'art. 30, comma 15, della l. n°289/2002, per "violazione dell'art. 25 Cost., con riferimento alla mancanza di tipicità, tassatività, determinatezza e specificità della fattispecie cui il legislatore ha inteso riferirsi" (v. pagg. 9-11 della relativa memoria di costituzione in giudizio).

XVd2) – Nel respingere l'eccezione in discorso, stante – come anticipato – la sua manifesta infondatezza, il Collegio ritiene opportuno evidenziare anzitutto che le valutazioni di costituzionalità sulle sanzioni pecuniarie per gli illeciti amministrativi (ivi comprendendo anche quelli tributari e contabili) vanno condotte in base ai principi di cui all'art. 23 Cost. e non già in base ai -più rigorosi- principi di cui all'art. 25, comma

2, Cost., riferendosi questi ultimi alle sole sanzioni penali, secondo il consolidato orientamento della Giurisprudenza in proposito (v., tra le tante, Corte Cost. n°250/1992, nonché Cass. Civ. Sez. I^ n°16498/2003, Id. n°17602/2003 e n° n°12367/1999).

Quand'anche, però, si volesse valutare l'ipotesi di illecito prevista dall'art. 30, comma 15 della l. n°289/2002, in base ai parametri di cui all'art. 25 Cost., tale ipotesi risulterebbe comunque immune da vizi.

Giova, al riguardo, considerare che i canoni della "tipicità, specificità e determinatezza", relativi al principio di "stretta legalità" (ex precitato art. 25), fanno riferimento al grado di chiarezza che il legislatore realizza nella formulazione della fattispecie astratta di illecito, contro l'eventuale arbitrio interpretativo del giudice : in claris non fit interpretatio (cfr., in proposito, Corte cost. n°96/1981).

In questa ottica, vengono in rilievo anche le espressioni linguistiche e la terminologia tecnica che il legislatore stesso usa nel redigere le norme di condotta, in relazione alle quali la migliore dottrina ha ritenuto incompatibili con i principi in discorso solo i termini "vaghi", o comunque talmente generici da creare incertezza sulla condotta vietata, ma non anche i c.d. "termini elastici"; i termini, cioè, che esprimono, con riferimento ad un specifico elemento della fattispecie, opzioni valutative comunque rientranti in un ben delimitato ambito di discrezionalità.

Secondo la dottrina in riferimento, invero, i principi della "tassatività, specificità e determinatezza" devono ritenersi salvaguardati in tutti i casi in cui la formulazione della norma raggiunga un livello di chiarezza tale da consentire al giudice di individuare, ad interpretazione compiuta, il tipo di fatto disciplinato, mentre devono ritenersi violati quando la norma non consente l'individuazione di tale fatto, nonostante il massimo sforzo interpretativo.

La giurisprudenza costituzionale, dal canto suo, sostanzialmente concorda.

Si è così chiarito che "la verifica del rispetto del principio di determinatezza impone che ad essa si proceda non già isolando un singolo elemento descrittivo dell'illecito, ma considerando questo nel raccordo con gli altri dati costitutivi della fattispecie ed altresì nell'ambito della disciplina in cui si inserisce", atteso che – si è soggiunto – "non può essere imposto al legislatore il medesimo coefficiente di specificazione in ogni singolo elemento dell'illecito, né può essere escluso il ricorso ad espressioni indicative di comuni esperienze, se la descrizione complessiva del fatto consente al giudice un'operazione ermeneutica non esorbitante dall'ordinario compito interpretativo" (v., testualmente, Corte Cost. n°34/1995 e, in termini, Id. n°31/1995).

La Corte Costituzionale anzi, riscontrata la sufficiente determinatezza e specificità dell'ipotesi astratta di illecito, ritiene del tutto ovvio

rimettere la soluzione di "eventuali dubbi interpretativi" alla successiva "elaborazione giurisprudenziale che, utilizzando i comuni canoni ermeneutici, potrà precisare le formule normative, dando ad esse un contorno più netto" (cfr. Corte Cost. n°364/1996).

XVd3) – Ebbene, a fronte dei riferiti principi giurisprudenziali di salvaguardia dei canoni della "tassatività, determinatezza e specificità" (ex art. 25, comma 2, Cost.), appare davvero arduo sostenere che l'ipotesi astratta di illecito prevista dall'art. 30, comma 15, della l. n°289/2002 non sia sufficientemente chiara, neanche dopo l'intervento normativo di cui all'art. 3, commi 16-19, della l. n°350/2003, "in quanto –si è sostenuto– non ci si trova di fronte a categorie di sicura individuazione, …. ma a regole di concretizzazione connotate da una qualche discrezionalità politica, come evidenziato dalla Corte Cost. nella sent. n°425/2004" (v. pag. 10 della memoria di costituzione in giudizio del prof. Tarantini e degli avv. Baleani ed Antonucci).

Con la citata sent. n°425/2004, in effetti, la Corte Costituzionale ha evidenziato che la nozione di indebitamento e di spese di investimento di cui all'art. 119 Cost. non poteva essere determinata "in modo univoco sulla base della sola disposizione costituzionale", trattandosi "di nozioni che si fondano su principi della scienza economica (e) che possono dare spazio a regole di concretizzazione connotate da una qualche discrezionalità politica", ma anche ha individuato proprio nelle norme dell'art. 3, commi 16-19, della l. n°350/2003, le "regole che concretizzano ed attuano il vincolo di cui al precitato art. 119 Cost.".

In tal senso, la Corte Costituzionale ha anche riconosciuto la competenza esclusiva dello Stato nel fissare le cennate "regole", dovendosi escludere –ha pure precisato– che "ogni Regione faccia in proprio le scelte di concretizzazione delle nozione di indebitamento e di investimento, ai fini predetti".

Da una corretta, pacata e serena lettura della sentenza della Corte Cost.. n°425/2004, dunque, emerge in maniera del tutto evidente che la nozione di indebitamento e di spese di investimento, di cui agli artt. 119 Cost. e 30, comma 15, della l. n°289/2002, non poteva essere determinata "in modo univoco" prima dell'entrata in vigore dell'art. 3, commi 16-19, della l. n°350/2003, avendo bisogno di apposite "regole di concretizzazione", ma dopo l'entrata in vigore di tale articolo la nozione stessa è giunta ad un grado di determinazione del tutto compatibile con il sistema.

È peraltro evidente che la soluzione di eventuali, residui dubbi interpretativi, conformi alla dinamica evolutive delle idee e della dialettica giuridica, non può che essere rimessa alla "elaborazione giurisprudenziale che, utilizzando i comuni canoni ermeneutici, potrà precisare le formule normative, dando ad esse un contorno più netto" (ex Corte Cost. n°364/1996 citata poc'anzi).

XVd4) – Le considerazioni che precedono, peraltro, se portano a respingere la dedotta eccezione di costituzionalità, per il periodo successivo all'entrata in vigore dell'art. 3, commi 16-19, della l. n°350/2003, inducono invece ad escludere in radice ogni possibile responsabilità dei convenuti, relativamente alla deliberazione consiliare n°111/2003, in quanto adottata (il 14/7/2003) prima dell'entrata in vigore del citato art. 3 (1/1/2004); giusta i rilievi formulati in proposito da tutti i difensori dei convenuti.

In ogni caso, non sussisterebbe la colpa grave.

Né varrebbe richiamare, per una diversa conclusione che vada in appoggio alla richiesta di condanna della Procura anche per la deliberazione in discorso (v., da ultimo, pag. 11 della nota d'udienza depositata in aula dal PM), la circolare della Cassa Depositi e Prestiti n°1253del 29/7/2003; trattasi, invero, di circolare diramata anch'essa dopo l'adozione della delibera consiliare n°111/2003 e che comunque non ha il valore di esprimere regole di concretizzazioni di scelte di politica economica tali da vincolare le autonomie locali.

XVI) – Esaurito l'esame delle varie questioni pregiudiziali di rito e di merito, il Collegio si dà ora carico di puntualizzare la nozione di "investimento", ex art. 119, comma 6, Cost. ed art. 30, comma 15, della l. n° 289/2002, quale enucleabile dall'art. 3, comma 18, della l. n°350/2003; tanto, nella consapevolezza che la soluzione dell'odierna controversia passa unicamente dai contenuti da dare a tale nozione, non essendo in discussione nessun altro elemento della fattispecie astratta di illecito prevista dal precitato art. 30, comma 15 .

Nell'ottica, peraltro, di limitare l'analisi ai soli profili rilevanti, il Collegio ritiene di soffermarsi solo sulle forme di "investimento" elencate nelle prime tre lettere dell'art. 3, comma 18, della l. n° 350/2003, alle quali soltanto si riferiscono le spese in contestazione.

XVII) – Così delimitato il campo di indagine, deve dirsi che il valore ermeneutico preponderante nella ricostruzione interpretativa della nozione di "investimento", ex art. 30, comma 15, della l. n° 289/2002, si individua proprio nell'intima correlazione che l'incipit dell'art. 3, comma 18, della l. n° 350/2003, pone tra le spese ivi elencate e l'art. 119, comma 6, Cost.

In sostanza, l'art. 3, comma 18, della l. n°350/2003, con lo stabilire che le relative disposizioni valgono "ai fini di cui all'art. 119, sesto comma, della Costituzione", chiaramente delimitata il suo ambito di intervento, orientandolo esclusivamente alla salvaguardia dei beni-valori che si pongono alla base della predetta norma costituzionale e, quindi, alla determinazione della fattispecie astratta di illecito amministrativo-contabile previsto dall'art. 30, comma 15, della l. n° 289/2002.

D'altro canto, è anche evidente che l'art. 3, comma 18, della l. n°

350/2003 non ha avuto di mira, almeno in via primaria, la risoluzione delle problematiche classificatorie di bilancio, conseguenti alle modifiche introdotte dal già menzionato art. 3 della l. n° 62/1964, quali recepite – per il bilancio dello Stato – dall'art. 6 della l. n° 468/1978 ed estese ai bilanci degli enti locali dalle norme di coordinamento, stabilite dal DPR n° 421/1979, presso cui hanno poi continuato sempre ad operare, ex art. 7 del D.L. vo. n° 77/1995 ed art. 165, comma 5, del D.L.vo n° 267/2000 - TUEL.

L'art. 3 della l. n°62/1964, invero, nel sostituire la classificazione delle spese "ordinarie o di parte ordinaria" e "straordinarie o di parte straordinaria" con quella di spese "correnti o di funzionamento e mantenimento" – da un lato – ed "in conto capitale o di investimento" – dall'altro –, ha creato qualche problema applicativo in ordine alla riferibilità in concreto di alcuni interventi all'una o all'altra categoria, in relazione ai più ampi margini di discrezionalità valutativa aperti dalle nuove norme di classifica.

Ebbene, le disposizioni dell'art. 3, comma 18, della l. n° 350/2003, non si raccordano alle norme classificatorie di bilancio di cui all'art. 165 d.l.vo n° 267/2000 – TUEL, ma a quelle sugli "Investimenti", di cui al Titolo IV, Parte II^ (artt. 199 e ss.) del medesimo TUEL .

La dottrina che si è occupata dei rapporti che intercorrono tra la nozione normativa di "Investimenti" e quella di "spese in conto capitale", ha giustamente evidenziato come quest'ultime costituiscano una categoria di ampiezza maggiore rispetto ai primi.

Nel concetto di spese in conto capitale infatti, si è precisato, prevale l'elemento aziendale dell'impiego di risorse finanziarie volte ad acquisire "beni a fecondità ripetuta, che partecipano per più esercizi ai processi produttivi ed erogativi degli enti locali".

Nel concetto di investimenti, invece, prevale la visione patrimoniale della spesa, volta alla "realizzazione e/o acquisizione di beni non destinati al consumo" che, quindi, non solo si prestano ad un uso ripetuto nel tempo, ma costituiscono anche delle vere e proprie "dotazioni permanenti a disposizione delle comunità locali".

Il Collegio non può non convenire sul preminente rilievo patrimoniale – rispetto a quello aziendale – del concetto di "investimento", ex art. 119 Cost., tenuto anche conto della collocazione sistematica della norma, specificamente inserita nel comma 6 del citato art. 119, relativo – appunto – al "patrimonio degli enti locali", come giustamente evidenziato dalla Procura.

D'altronde, come rilevato ancora una volta correttamente dalla Procura, la stessa Corte Costituzionale, nel risolvere i dubbi di legittimità costituzionali sull'art. 3, commi 16-20, della l. n° 350/2003, si è attenuta anch'essa ad una concezione essenzialmente patrimoniale di

investimento, seppur rapportato all'intero settore pubblico e non allo specifico patrimonio dell'ente erogatore della spesa. In tal senso ha ritenuto non irragionevole "la scelta di escludere dalla nozione di spese di investimento le erogazioni a favore di privati", atteso che le stesse, "ancorché possano concorrere a promuovere lo sviluppo del sistema economico nazionale, non concorrono ad accrescere il patrimonio pubblico – appunto – nel suo complesso".

È, peraltro, evidente che l'affermata prevalenza del carattere patrimoniale del concetto di investimento, ex art. 119, comma 6, Cost., ha un valore di ordine generale ed una sua pratica utilità a fini eminentemente interpretativi, per la soluzione dei "casi dubbi" che dovessero emergere nella riconducibilità di uno specifico intervento ad una delle ipotesi elencate all'art. 3, comma 18, della l. n° 350/2006.

È però da considerare che in tale elenco sono presenti anche forme di investimenti che si rifanno ad una concezione aziendalistica dell'investimento stesso, attinente all' "utilizzo pluriennale" del bene, come quelle concernenti gli acquisti di "beni mobili" (ex lettera c del citato art. 3) e/o gli acquisti di "beni immateriali" (ex lettera d del medesimo art. 3).

Va da sé che per tali casi il criterio "patrimoniale" cede, anche a fini interpretativi, a quello "aziendale".

In conclusione, la nozione di "investimento" acquista un valore diversificato a seconda che emerga a fini classificatori di bilancio, e in questo caso viene in rilievo la nozione tradizionale, omologa a quella di spesa "in conto capitale", ovvero a fini di "indebitamento", ex art. 30, comma 15, della l. n° 289/2002, ed in questo caso emerge la nozione più rigorosa, quale spesa destinata ad incrementare il patrimonio dell'ente, come sopra precisato.

XVIII) – Venendo, ora, all'esame dei singoli interventi, si ricorda che, per l'art. 3, comma 18, della n°350/2003, "costituiscono investimenti, ai fini dell'art. 119, sesto comma della Costituzione":

a) "l'acquisto, la costruzione, la ristrutturazione e la manutenzione straordinaria di beni immobili, costituiti da fabbricati sia residenziali che non residenziali";

b) "la costruzione, la demolizione, la ristrutturazione, il recupero e la manutenzione straordinaria di opere ed impianti";

c) "l'acquisto di impianti, macchinari, attrezzature tecnico-scientifiche, mezzi di trasporto ed altri beni mobili ad utilizzo pluriennale".

XVIIIa) – Bene, venendo agli "investimenti" di cui alla lettera a) è evidente – in base alle relative disposizioni – che essi sono solo quelli che si riferiscono agli "edifici".

Nel contesto della citata lettera a), invero, il concetto di "investimento" si delinea come una sequela logica che parte dall' "acquisto" o dalla

"costruzione" dell'edifico, passa dalla "ristrutturazione" dello stesso e si conclude nella sua "manutenzione straordinaria".

Per tale via, le spese di "acquisto" e/o di "costruzione" dell' edificio e quelle di "straordinaria manutenzione" dell'edifico stesso si pongono, rispettivamente, come il limite superiore ed il limite inferiore del concetto di "investimento", ex art. 119, comma 6, Cost. : al di sotto della spesa di "straordinaria manutenzione", ogni altra spesa sugli edifici pubblici si configura come "spesa diversa da quelle di investimento", ex art. 30, comma 15, della l. n° 289/2002.

XVIIIb) – Quanto agli interventi di cui alla successiva lettera b), invece, è evidente che essi si riferiscono solo alle "opere pubbliche", come evidenziano le relative disposizioni che sostanzialmente ripetono, in maniera quasi pedissequa, la nozione di "lavori pubblici", ex art. 2, comma 1, della l. n°109/1994: "si intendono per lavori pubblici ….. le attività di costruzione, demolizione, recupero, ristrutturazione, restauro e manutenzione di opere ed impianti".

Da notare che l'art. 3, comma 18, lettera b) della l. n° 350/2003, a differenza dell'art. 2 appena citato (che parla di "manutenzione" tout court), qualifica la "manutenzione", annoverandola tra gli "investimenti" solo in quanto "manutenzione straordinaria".

Anche per gli interventi in discorso, dunque, la nozione di "investimento" si presenta come un sequela logica che parte dalla "costruzione" o "demolizione" dell'opera pubblica, passa dalla sua "ristrutturazione" o "recupero" e si conclude nella "manutenzione straordinaria" dell'opera stessa.

Anche per essi, inoltre, le spese di "manutenzione straordinaria" costituisce il limite minimo di "investimento", al di sotto del quale ogni altra spesa costituisce "spesa diversa da quella di investimento", ex art. 30, comma 15, della l. n° 289/2002.

XVIIIc) – Quanto, infine, alla lettera c) dell'art. 3, comma 18, della l. n°350/2003, è pure qui evidente che essa si riferisce ai soli "beni mobili", dato il tenore letterale delle relative disposizioni.

Per tali beni, tuttavia, il concetto di investimento è alquanto semplice e lineare, risolvendosi nelle sole spese di acquisto dei beni ivi espressamente elencati (impianti, macchinari, attrezzature tecnico scientifiche e mezzi di trasporto), ai quali si aggiungono, a mo' di norma di chiusura, tutti "gli altri beni mobili ad utilizzo pluriennale".

Al di fuori delle spese di acquisto dei cennati beni mobili, perciò, ogni altra spesa costituisce "spesa diversa da quella di investimento", ex art. 30, comma 15, della l. n° 289/2002.

XIX) – Peraltro, mentre le nozioni di "acquisto" e di "costruzione" di un edificio, ex lettera a) dell'art. 3, comma 18, della l. n° 350/2003, si presentano di agevole comprensione, riferendosi all'acquisizione a titolo

– rispettivamente – derivativo ed originario dell'immobile, in quanto realizzato ex novo dall'ente pubblico, una diversa attenzione richiedono le nozioni di "ristrutturazione" e di "manutenzione straordinaria".

Analogamente, quanto agli interventi di cui alla successiva lettera b), mentre le nozioni di "costruzione" e "demolizione" si presentano anch'essi di agevole comprensione, riferendosi – rispettivamente – alla realizzazione ex novo dell'opera ed alla sua distruzione, una diversa attenzione richiedono la nozione di "ristrutturazione" e di "recupero", oltre che di "manutenzione straordinaria".

XX) – Ebbene, quanto alla nozione di "ristrutturazione", essa può – ratione materiae – essere tratta dall'art. 3 lettera d) del Testo Unico delle Disposizioni Legislative e Regolamentari in Materia Edilizia, approvato con il DPR 380/2001, in ragione anche delle sue implicazioni tecniche.

Per tal via, costituiscono interventi di "ristrutturazione" quelli "rivolti a trasformare gli organismi edilizi mediante un insieme sistematico di opere che possono portare ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente".

Trattasi, invero, di nozione che, per le sue intrinseche caratteristiche salienti, costituite: 1) dalla pluralità e 2) "sistematicità" dei lavori 3) volti a realizzare "un organismo in tutto o in parte diverso" da quello precedente, può valere anche per l'omologa figura di "ristrutturazione" di "opera pubblica", ex lettera b dell'art. 3, comma 18, della l. n° 350/2003), ed è perciò da ritenere applicabile anche ad essa.

XXI) – Quanto, invece, alla nozione di "recupero", rinvenibile solo nella lettera b) dell'art. 3, comma 18, della l. n° 350/2003, soccorre – ratione materiae – la lettera m) dell'art. 2 del DPR n° 554/1999, che sostanzialmente identifica il "recupero" con il "restauro".

Per tal via, gli interventi di recupero di un'opera pubblica sono costituiti dalla "esecuzione di una serie organica di operazioni specialistiche ed amministrative indirizzate al recupero (appunto) delle caratteristiche di funzionalità e di efficienza della (medesima) opera", evidentemente perse in modo radicale.

In sostanza, il "recupero", in quanto richiede: 1) una "serie organica" 2) di "operazioni specialistiche ed amministrative" 3) specificamente indirizzate a ridare all'opera pubblica "le caratteristiche di funzionalità ed efficienza" perdute, si colloca nella sequela del concetto di investimento di cui alla lettera b) dell'art. 3, comma 18, della l. n°350/2003, in un posto immediatamente successivo alla "costruzione" dell'opera stessa, accanto alla "ristrutturazione" e prima della "manutenzione straordinaria",

XXII) – Venendo, da ultimo, alla nozione di "manutenzione straordinaria", presente sia nella lettera a) che nella lettera b) dell'art. 3, comma 18, della l. n° 350/2003, bisogna ammettere che essa non può essere

chiarita in base alle norme del diritto interno, non individuandosi – in questo ambito – disposizioni che aiutino ad enucleare tale nozione, con tutta la certezza che la materia impone.

XXIIa) – Del tutto assente nella legge sui lavori pubblici, che si riferisce – come detto – semplicemente alla "manutenzione" tout court (ex art. 2 della l. n°109/1994), le disposizioni dell'art. 3 del DPR n°380/2001, forniscono una nozione di "manutenzione straordinaria" sostanzialmente volta ad operare "un controllo dell'attività edilizia dei privati, in relazione al titolo amministrativo (concessione edilizia, o altro) occorrente per l'esecuzione dei relativi lavori, ma non certo per stabilire l'importanza qualitativa e quantitativa dell'investimento a fini giuscontabili", come giustamente osservato dal prof. Tarantini e dagli avv. Baleani ed Antonucci (v. pag. 10 della relativa memoria di costituzione in giudizio) e come, d'altronde, emerge anche dalla giurisprudenza amministrativa in proposito (v., tra le più recenti, Cons. Sta. Sez. IV n°1388/2007, nonché TAR Palermo Sez. III^ n°913/2007 e TAR Napoli Sez. IV n°1623/2007).

Analogamente, nel diritto privato, la nozione di "manutenzione straordinaria" si rinviene in varie norme del codice civile ed assume connotazioni e significati diversi, in relazione agli specifici interessi di volta in volta perseguiti, anche se in genere rileva (in contrapposto alla "manutenzione ordinaria") ai fini del riparto delle spese per mantenere in buono stato un bene, tra i soggetti del relativo rapporto giuridico (v. artt. 1004, 1005, 1576, 2153 cc,).

Neanche le nozioni civilistiche di "straordinaria/ordinaria manutenzione", perciò, soccorrono ai fini gius-contabili di che trattasi.

XXIIb) – Alcuni dei difensori dei convenuti, hanno dato particolare risalto alla nozione di "straordinaria manutenzione" presente nel "Glossario" dei codici SIOPE (Sistema Informativo delle Operazioni degli Enti Pubblici), ex art. 28 della l. n°289/2002, nel testo varato dal DM 18/2/2005, ricordando come – in base al cennato Glossario – la "straordinaria manutenzione" sia quella "diretta a ripristinare o aumentare il valore originario del bene", mentre l'"ordinaria manutenzione" è quella diretta "a mantenere in efficienza e buono stato il bene" (v. pag. 15 della memoria di costituzione in giudizio del prof. Tarantini e degli avv. Baleani ed Antonucci, nonché pag. 22 della memoria di costituzione in giudizio dell'avv. Rampini).

Alla stregua delle nozioni che emergono dal Glossario dei codici SIOPE, pertanto, si sostiene la piena correttezza dell' "imputazione in bilancio delle (contestate) spese" (v. ancora pag. 15 della memoria di costituzione in giudizio del prof. Tarantini e degli avv. Baleani ed Antonucci).

XXIIc) – Altri difensori, invece, hanno posto l'accento sul carattere

della "straordinarietà" della spesa (recte: della "ripetitività" o meno della spesa), più che sul contenuto intrinseco della spesa stessa, per distinguere la manutenzione "straordinaria" da quella "ordinaria", ed hanno chiarito che "laddove il legislatore ha previsto la manutenzione straordinaria tra gli investimenti ha inteso riferirsi non già alle caratteristiche oggettive e sostanziali, bensì al carattere straordinario degli interventi stessi, nel senso che (trattasi) di opere da eseguire una volta tanto e non con carattere di ripetitività annuale, (quanto) alla loro iscrizione in bilancio" (v. pag. 23-24 memoria di costituzione in giudizio dell'avv. Rampini).

XXIId) – La Procura, a sua volta, è giunta alla "conclusione (che) la manutenzione ordinaria (assicura) il semplice mantenimento dell'esistente, (o meglio) della funzionalità esistente, mentre (la) manutenzione straordinaria (implica) interventi che portano innovazioni rispetto all'esistente: accrescono –cioè– la vita utile, (oppure) aggiungono funzionalità, (o) comportano benefici futuri nuovi" (v. pagg. 27-28 della relativa nota d'udienza).

La Procura –come chiarito in aula dal PM– ha maturato la riferita conclusione in base ai "Principi Contabili Internazionali" – International Accounting Standards (c.d. I.A.S) ed International Financial Reporting Standards (c.d. I.F.R.S.), ai quali si pure è riferito il Reg. CE n° 1606/2002 in data 19/7/2002.

In particolare, la Procura si è soffermata sullo IAS 16 (approvato con Reg. CE n° 1725/2003 in data 29/9/2003), alla stregua del quale –ha precisato – vanno considerati "costi" e non "investimenti" le spese di "riparazione di immobili, impianti e macchinari sostenute per reintegrare o mantenere i benefici economici futuri che l'impresa può attendersi sulla base della stima originaria delle prestazioni del bene" (v. pag. 25 della nota d'udienza depositata in aula dal PM).

La Procura ha inoltre richiamato i "Principi Contabili Internazionali per il Settore Pubblico"- International Pubblic Sector Accounting Standards Board (IPSAS), soffermandosi sull'IPSAS 17, punti 33 e 34, in rapporto ai quali – ha puntualizzato– "un costo successivo per immobili, impianti e macchinari può essere rilevato come attività (ossia come investimento) solo quando migliora le condizioni del bene rispetto alle prestazioni originariamente accertate" (v. pag. 26 della nota d'udienza).

Ha, infine richiamato i "Principi contabili per Le immobilizzazioni materiali-16 del Consiglio Nazionale dei Dottori commercialisti e del Consiglio Nazionale dei Ragionieri, modificati dall'OIC, in relazione alla riforma del diritto societario" (v. pag. 27 della più volte menzionata memoria di udienza).

XXIIe) – Il Collegio, dal canto suo, nel sottolineare che lo sforzo ermeneutico di pervenire ad una concezione unitaria di "manutenzione

straordinaria" è rivolto specificamente alla piena e corretta applicazione dell'art. 119, comma 6, Cost. e non già alla verifica della correttezza dell' "imputazione in bilancio delle (contestate) spese" (alla quale sembra che siano invece rivolte le maggiori attenzioni dei difensori dei convenuti), non può che ribadire l'insufficienza del diritto interno a sostenere un simile impegno.

D'altro canto, anche il richiamo operato dai difensori dei convenuti ai codici SIOPE, pone l'esigenza di ricostruire la nozione di "investimento", ex precitato art. 119 Cost., in base al diritto comunitario, al quale del resto si è apertamente rivolta la Procura.

Si ricorda, a tal proposito, che i codici SIOPE sono stati adottati proprio "al fine di consentire il monitoraggio dei conti pubblici e verificarne la rispondenza alle condizioni dell'art. 104 del Trattato istitutivo della Comunità Europea e delle norme conseguenti" (V. comma 1, art. 1 del citato D.M. 18/2/2005, emesso ai sensi dell'art. 28 della l. n° 289/2002)

Anche la nozione di investimento elaborata nella Circolare della Cassa Depositi e Prestiti n° 1253/2003, inoltre, si è ispirata al diritto comunitario; o meglio, si è ispirata alle omologhe nozioni di investimento "contenute nel Sistema Europeo dei Conti Nazionali e Regionali nella Comunità, ex Reg. CE n° 2223 del 25/6/1996, quali nozioni rilevanti – si è chiarito– ai fini dell' applicazione delle fonti comunitarie in materia di disavanzi pubblici". Per tal via la circolale in parola ha definito le spese di investimento come: "le spesa in conto capitale a fronte delle quali si registra un incremento patrimoniale nel bilancio dell'ente che le sostiene".

La stesso Giudice delle Leggi, infine, nel dichiarare la legittimità costituzionale dell'art. 3, commi16-19, della l. n° 350/2003, ha evidenziato come le "scelte di politica economica e finanziaria", che si pongono alla base dell'elenco degli "investimenti" fissato dal comma 18 dell'articolo in riferimento, siano state "effettuate in stretta correlazione con i vincoli di carattere sopranazionale cui anche l'Italia è assoggettata in forza dei Trattati Europei e dei criteri politico-economici adottati dagli organi dell'Unione Europea nel controllare l'osservanza di tali vincoli" (cfr. sent, n° 425/2004).

Il Collegio, nel ricorso pressoché obbligato al diritto comunitario, ritiene che le norme da considerare per enucleare la nozione di "manutenzione straordinaria", ex lettere a) e b) dell'art. 3, comma 18, della l. n°350/2003, siano proprio quelle del Sistema Europeo di Conto, di cui all'allegato A) del Reg. CE n° 2223/96 (c.d. "SEC 95"), alle quali ha fatto riferimento la circolare della Cassa Depositi e Prestiti n° 1253/2003.

Nell'esaminare tali norme, vengono anzitutto in rilievo quelle di cui alla lettera f, del punto 3.107 del predetto allegato A), le quali pongono tra "i casi limiti" di investimenti fissi "i miglioramenti apportati ai

beni usati che non si possono configurare come attività di riparazione e manutenzione ordinaria".

Sul versante opposto, invece, vengono in rilievo le disposizioni del successivo punto 3.108 che, nell'elencare gli interventi che non costituiscono investimenti, espressamente menzionano al n° 2, lettera a) anche le "riparazioni e le manutenzione ordinaria", quali "operazioni incluse nei consumi intermedi".

In realtà, nel contesto del "SEC 95", la nozione di manutenzione straordinaria, come nozione contrapposta a quella di manutenzione ordinaria, si trae proprio dall'analisi delle voci elencate nei "consumi intermedi" (v. punti 3.69 e ss.del ridetto allegato A).

E così, mentre la normale manutenzione ordinaria e la riparazione di beni utilizzati nella produzione" di altri beni e/o servizi pubblici rientrano nei consumi intermedi (ex n° 2, lettera e del punto 3.70 del ripetuto all. A), i "miglioramenti di rilievo, che superano di gran lunga quelli richiesti per conservare in buono stato i beni, (come) ad esempio: (il) rinnovo, (le) ricostruzioni o (gli) ampliamenti", vengono esclusi dai consumi intermedi per essere inseriti tra gli "investimenti" (v. n° 3, lettera a), punto 3.71 del più volte menzionato allegato A).

Per tal via, la nozione di "**manutenzione straordinaria**", ex lettere a) e b) dell'art. 3, comma 18, della l, n° 350/2003, sostanzialmente coincide con quella prospettata dalla Procura e finisce per corrispondere ai "miglioramenti di rilievo che superano di gran lunga quelli richiesti per conservare in buono stato i beni" (ex n° 3, lettera a), punto 3.71 del dell'allegato A – SEC 95).

Trattasi, insomma, degli interventi: a) strutturali sugli edifici e/o sulle opere pubbliche, che b) aggiungono un quid pluris alla loro consistenza originaria, così c) da aumentarne stabilmente anche la capacità originaria di soddisfare i bisogni pubblici ai quali sono funzionalizzati, con d) evidenti e significativi riflessi incrementativi del patrimonio, come del resto si evince – sotto quest'ultimo aspetto – anche dalle norme che, a fini contabili, impongono di inserire nel conto del patrimonio anche il valore aggiunto dalle "manutenzioni straordinarie" (v. art. 230, comma 4, TUEL).

Al contrario, costituiscono spese di "**ordinaria manutenzione**" quelle che non danno luogo a significativi interventi strutturali sull'edifico e/o sull'opera pubblica, in quanto volti ad assicurare solo la normale funzionalità del bene, del tutto conforme alla iniziale capacità del bene stesso di soddisfare i bisogni pubblici ai quali è stato destinato.

E' appena il caso di rilevare che i profili patrimoniali della riferita nozione di "manutenzione straordinaria", in relazione anche agli imprescindibili interventi strutturali sul bene che connotano la nozione stessa, chiudono coerentemente, ed in conformità all'art.119, comma 6, Cost.,

la sequela logica nella quale si compendia il concetto di "investimento" di cui alle lettere a) e b) dell'art. 3, comma 18, della l. n°350/2003 (v. precedenti paragrafi XVIII e XIX).

Simili profili, inoltre danno un più chiaro senso anche alle espressioni usate nel Glossario dei codici SIOPE ed alle espressioni che si rinvengono al punto 115 del Principio Contabile n° 3/2002, elaborato dall'Osservatorio sulla Finanza e la Contabilità degli Enti Locali, ex art. 154 TUEL, pure menzionato dalle parti.

In tal senso, la nozione di "manutenzione straordinaria" rinvenibile nel citato Principio Contabile n° 3 – quale intervento che "accresce la vita utile del bene o che ne incrementa la capacità produttiva o la sicurezza" – esprime un giudizio relativo di valore, da riferire alla "vita utile" e/o alla "capacità produttiva o di sicurezza" **originaria** del bene, ed implica perciò un quid pluris di rilievo rispetto ad essa, realizzabile – secondo l'id quod plerumque accidit – mediante un intervento strutturale sul bene, che ne determini un incremento anche patrimoniale.

Ancora più chiaramente la nozione di manutenzione straordinaria offerta dal Glossario dei codici SIOPE, come "manutenzione diretta a ripristinare o aumentare il **valore originario**" del bene, esprime il suddetto giudizio di valore sull'incremento delle capacità originarie di soddisfare i bisogni pubblici al quale il bene è funzionalizzato, ed implica anche essa un consistente intervento strutturale sul bene, che ne elevi anche il valore patrimoniale. E ciò è ancor più evidente se si raffronta la riferita nozione di manutenzione straordinaria con quella di manutenzione ordinaria, data dal medesimo Glossario, quale manutenzione volta semplicemente a "mantenere in efficienza e buono stato il bene", ovviamente senza alcun incremento del relativo valore patrimoniale.

XXIII) – Così individuata la nozione di "investimento" nelle sue molteplici forme, ex art. 3, comma 18, lettere a), b) e c), della l. n°350/2008, il Collegio passa ora ad esaminare i singoli interventi che sono stati finanziati con le emissioni obbligazionarie di cui alle censurate deliberazioni, al fine di stabilire se gli stessi possano essere ricondotti o meno alla predetta nozione.

L'esame sarà ovviamente limitato, secondo quanto precisato al precedente paragrafo XVd4), alle sole deliberazioni consiliari n° 88 del 20/12/2004 e n° 240 del 3/10/2005, in quanto la deliberazione n° 111 del 14/7/2003, è stata adottata prima dell'entrata in vigore dell'art. 3 della l. n° 350/2003, che ha dato concretizzazione alla nozione di "investimento", ex art. 30, comma 15, della l. n° 289/2002.

In via del tutto generale, peraltro, il Collegio rileva che le menzionate delibere consiliari n° 88/2004 e n° 240/2005 hanno dato copertura ad interventi già approvati da delibere giuntali anteriori (tutte menzionate

in un apposito elenco allegato alle delibere consiliare stesse), anche se l'intervento, in alcuni casi, e stato realizzato dopo.

Ovviamente, la destinazione delle risorse reperite mediante i B.O.C. agli interventi elencati nelle relative delibere di emissione è avvenuta nel presupposto che detti interventi fossero tutti degli "investimenti", anche se alcuni di essi già allora presentavano i caratteri di una spesa diversa, ex art. 30, comma 15, della l. n° 289/2002 (come si dirà fra poco), mentre altri erano "nell'ombra", essendosi espressi meglio come spese diverse da quelle di investimento nel corso dell'esecuzione del relativo intervento.

Con riferimento a quest'ultime, in particolare, è opportuno evidenziare come la realizzazione dell'obiettivo di non destinare entrate da "indebitamento a spese diverse da quelle di investimento", perseguito dall'art. 30, comma 15, della l. n° 289/2002, passi necessariamente dalla programmazione rigorosa, attenta ed avveduta degli intereventi da eseguire, che valga a ridurre – se non proprio ad eliminare – gli spazi di manovra sulla spesa che si possono verificare nella fase di esecuzione degli interventi stessi, in relazione ad una loro pianificazione – progettazione appXXXXmativa, come quella che caratterizza i lavori "in economia" e "a cottimo" (v. pagg. 33 e ss. della memoria depositata in aula dalla Procura), nonché i c.d. "appalti aperti", ex art. 154 del DPR n°554/1999, di cui si dirà fra poco. Tanto, in linea anche con le disposizioni degli art. 200 e ss. del TUEL e – relativamente ai B.O.C. – dell'art. 1, comm. 1, lettera b) del DM n°420/1996, che impongono un'adeguata "programmazione (e progettazione) degli investimenti".

Nel tratteggiato contesto, è evidente che la lesione della fondamentale regola di stretta correlazione delle entrate da indebitamento alle spese di investimento, di cui all'art. 119, comma 6, Cost., può trovare le sue premesse etiologioche anche in una delibera consiliare di ricorso all'indebitamento che non abbia valutato con tutta la puntualità che la materia impone il livello di programmazione e progettazione dell' intervento da realizzare con le risorse reperite mediante l'indebitamento stesso.

In altri termini, l'illecito di cui all'art. 30, comma 15, della l. n° 289/2002, può realizzarsi sia con una deliberazione che apertamente faccia ricorso all'indebitamento per finanziare spese diverse da quelle di investimento e sia – com'è più realistico – con una deliberazione che faccia ricorso all'indebitamento per finanziare un intervento di cui non si conoscano appieno i precisi contorni; in tale ultima ipotesi, il Consiglio comunale viene a perdere il dominio finalistico delle risorse destinate all'intervento stesso, dando così origine a forme di spesa che, alla prova dei fatti, non costituiscono investimenti.

È peraltro evidente che una simile evenienza può meglio verificarsi proprio nei casi – come in quello all'esame – di emissione obbligaziona-

rie, i cui "introiti – come giustamente rilevato dalla Procura – entrano immediatamente fra le disponibilità liquide dell'ente, in attesa del loro successivo utilizzo, a differenza dei rapporti di finanziamento, ad esempio, con la Cassa Depositi e Prestiti, che eroga le risorse in base alla presentazione dei documenti attestanti lo stato d'avanzamento dei lavori" (cfr. pag. 30 della citazione).

Del resto, a riprova di ciò, nella vicenda all'esame del Collegio, si registra anche uno "storno" dei fondi destinati all'intervento di cui alla delibera giuntale n° 319/2004 (presente anch'essa nell'elenco allegato alla delibera consiliare n° 88/2004) a favore del diverso intervento di cui alla successiva delibera giuntale n° 125/2005, la quale – a sua volta – ha previsto una nuova copertura del primo dei menzionati interventi mediante la nuova emissione B.O.C. 2005 (v. pag. 41-43 della citazione e conformi indicazioni in proposito nella relazione ispettiva IGF del 30/11/2006, pagg. 32-34).

XXIV) – Venendo all'esame dei singoli interventi ai quali si riferisce la delibera consiliare n° 88/2004, il Collegio ritiene di seguire l'ordine che agli interventi stessi ha dato parte attrice, ex pagg. 35-59 della citazione.

XXIVa) – Vengono in rilievo, anzitutto, gli interventi di cui alle delibere giuntali n° 252, n°253, n° 254 e n° 255, adottate tutte il 20/5/2004 ed avente tutte ad oggetto: "Interventi manutentivi di risanamento conservativo delle strade, marciapiedi, canalizzazioni acque meteoriche, pavimentazioni pregiate, arredo urbano ed opere connesse", situate in una vasta area del territorio comunale, suddivisa, ai fini dell'intervento, in "zona A), B), C), e D)", per un valore complessivo pari ad € 2.200.000,00, di cui: € 500.000,00 per l'intervento relativo alla Zona A); € 600.000,00, per l'intervento relativo alla Zona B); € 600.000,00 per l'intervento relativo alla Zona C); € 600.000,00 per l'intervento relativo alla Zona D) .

La Procura ha raggruppato gli interventi in questione sotto la medesima lettera a) ed ha evidenziato che, "a tenore delle Delibere risulti chiaramente come gli interventi individuati in modo così generico rappresentino attività manutentiva ordinaria, finalizzata soltanto al mantenimento dei beni nella loro ordinaria condizione d'utilizzo e fruibilità" (v, pagg. 35-37 della citazione).

Sul versante opposto, le difese dei convenuti (che hanno versato in atti anche gli elaborati tecnici dei quattro interventi) hanno evidenziato come il "Comune abbia attuato un vasto programma di interventi che ha comportato anche un vero e proprio risanamento conservativo che è stato realizzato mediante opere di rifacimento ex novo dei tracciati stradali" che ha anche comportato "un aumento di valore" ed un "più elevato grado di funzionalità e sicurezza" (v. pagg. 39-42 della memoria

dell'avv. Rampini del 19/3/2008). Si è, insomma, trattato – a detta delle difese – di un complesso sistema di "costruzioni, demolizioni, ristrutturazioni, recuperi, manutenzione straordinaria di opere e di impianti, mediante lavori di carattere preventivo e curativo" (v. pagg. 21-23 della memoria del prof. Tarantini e degli avv. Baleani ed Antonucci).

Il Collegio, dal canto suo, ritiene che le opere ed i lavori di cui alle menzionate delibere giuntali possano essere sussunti nella nozione di straordinaria manutenzione, ex precedente paragrafo XXIIIe).

Tanto, tenuto conto del carattere sostanzialmente unitario delle attività svolte, che in tal senso hanno dato luogo ad un complessivo intervento, idealmente unico, seppur diviso in quattro aree di zona e che ha radicalmente interessato le strade ivi ricomprese, pervenendo non solo alla "sistemazione di alcuni tratti di strade bianche", ma anche alla "parziale bonifica del sottofondo stradale", e ad "interventi strutturali sulle opere d'arte presenti sulle strade" (v. documentazione in atti).

In sostanza, può convenirsi con chi sostiene che: "delle vecchie porzioni di strade sono rimaste solo i tracciati, giacché le opere complessivamente eseguite (per) rimozione e ricostruzioni, hanno determinato, non solo la realizzazione di nuove strade, ma altresì la posa in opere di tutti quegli elementi, prima inesistenti, necessari al fine di garantire la necessaria sicurezza" (v. pag. 40 della memoria dell'avv. Rampini del 19/3/2008).

XXIVb) – A diversa conclusione deve pervenirsi quanto all'intervento di cui alla delibera giuntale n° 250 del 20/5/2004, ex lettera b), pag. 37 della citazione, avente ad oggetto: Risanamenti conservativi, adeguamenti e miglioramento della sicurezza della circolazione con sostituzione ed installazione di sistema di ritenuta laterale", per un complessivo importo di € 250.000,00.

Nella sostanza, l'intervento in questione si risolve nella "installazione o sostituzione di elementi laterali di ritenuta delle strade", da realizzare in concreto "sulla base di progetti esecutivi eseguiti di volta in volta, in funzione della scelta della tipologia di elementi omologati e comunque conformi alle normative attinenti alla specifica materia" (v. punto 3 della relativa delibera in atti).

Ora, al di là delle pur condivisibili critiche mosse da parte attrice alla formula operativa di specificare meglio l'intervento mediante una "successiva progettazione esecutiva, con un tecnica simile agli appalti aperti" (v. pag. 39-40 della citazione), resta il fatto che la spesa in questione non supera la soglia della "ordinaria manutenzione", non assicurando alcun intervento strutturale sul bene pubblico (strade), che ne incrementi il valore patrimoniale e ne aumenti significativamente la originaria capacità di soddisfazione dei bisogni.

Né può ritenersi che l'intervento in questione sia anch'esso da

ricomprendere nella complessiva forma unitaria di intervento di cui alla precedente paragrafo (come lascerebbero intendere le difese dei convenuti), visto che, al di là della data di adozione (20/5/2004), la delibera giuntale n°250 non presenta alcun collegamento con le delibere giuntali nn. 252, 253, 254 e 255, al di là di installare "elementi laterali di ritenuta" sulle strade .

XXIVc) – Analogamente l'intervento di cui alla delibera giuntale n°319 del 10/6/2004, ex lettera c), pag. 41 della citazione, non integra gli estremi di nessun "investimento", ex art. 3. comma 18, lettere b) della l. n° 350/2003.

Trattasi, in realtà, di "lavori urgenti di istallazione di reti di separazione tra curva Ovest e la tribuna A dello Stadio Liberati", per l'importo di € 75.000,00, che non superano la soglia dell'ordinaria manutenzione, in quanto, lungi dal risolversi in un intervento strutturale di rilievo sullo stadio, danno luogo semplicemente ad un "miglioramento" (v. in tal senso anche pag. 41 della citazione) che assicura la normale fruibilità del bene, nella sua consistenza originaria, accrescendone solo in chiave meramente funzionale i livelli di sicurezza, in linea anch'essa con la nomale fruibilità del bene stesso.

Le spese per tale intervento, pur necessario, non possono perciò essere sostenute facendo ricorso a forme di "indebitamento".

Peraltro, come emerso dalla istruttoria della Procura, le risorse destinate all'intervento in discorso sono state "stornate" per finanziare "lavori urgenti di pavimentazione del ballatoio di accesso alla gradinata di 1° livello della curva EST" del medesimo Stadio, ex delibera giuntale n°125/2005, con l'impegno (assunto in tale ultima delibera) di rifinanziare i lavori di istallazione delle reti con l'emissione di nuovi B.O.C. nel bilancio 2005 (v. pagg. 33-34 della relazione ispettiva IGF del 30/11/2006 in atti).

Ora in disparte le critiche che giustamente la Procura ha mosso quanto alla presenza – nella vicenda che ne occupa – di amplissimi spazi di manovra nella utilizzazione delle somme destinate alla realizzazione degli interventi finanziati con i B.O.C., in relazione ad una non propriamente rigorosa programmazione e progettazione degli stessi (v. pagg. 41-43 della citazione), resta il fatto che anche il nuovo intervento al quale sono stati destinati i fondi della delibera giuntale n° 319/2004, costituito dalla pavimentazione del ballatoio di accesso alla gradinata di 1° livello della curva EST dello Stadio (ex delibera giuntale n° 125/2005), non rappresenta certo un "investimento".

In effetti, il rifacimento della pavimentazione di uno stadio, contrariamente a quanto sostenuto in proposito dai difensori dei convenuti (v, in particolare pag. 47 della memoria dell'avv. Rampini), rientra nella ordinaria manutenzione, in quanto volta a ricostituire un bene di "consu-

mo intermedio" nella produzione del servizio pubblico al quale lo stadio stesso attende, senza aumentare le capacità originarie di tale impianto sportivo; giusta le norme di cui al "SEC 95", alla stregua del quale leggere –come anticipato – i "codici SIOPE", specificamente invocati per tale intervento dalle difese dei convenuti (v. pag. 25 della memoria del prof. Tarantini e degli avv. Baleani ed Antonucci).

XXIVd) – Più articolata trattazione merita la delibera giuntale n° 289 del 3/6/2004, di approvazione di un "Appalto aperto di manutenzione straordinaria del patrimonio scolastico e uffici pubblici, esercizio 2004" per l'importo di € 800.000,00, ex lettera d), pag. 43 della citazione.

La delibera in questione si inserisce in una sorta di prassi, esistente presso il Comune di Terni, volta a "consentire, da alcuni anni, l'esecuzione di interventi di manutenzione straordinaria, adeguamento e piccole modifiche del patrimonio comunale, non inseriti singolarmente nel Programma Triennale delle Opere Pubbliche", per i quali "i Tecnici competenti (redigono) il progetto definitivo dell'Appalto aperto, …… (le cui) modalità di esecuzione sono descritte nello Schema di contratto e Capitolato Speciale di Appalto che, non essendo conosciute a priori le opere da eseguire, costituisce l'unico elaborato progettuale necessario e sufficiente a definire il quadro di riferimento tecnico-normativo per lo svolgimento dei lavori che, di volta in volta, verranno ordinati all'Appaltatore fornendo, in quella sede, i relativi elaborati esecutivi" (v. premesse della delibera n° 289/2004).

In realtà, come chiaramente precisa l'art. 154, comma 2, del DPR n° 554/1994 (oggi refluito nell'art. 59 del d.l.vo n° 163/2006, che si riferisce però agli "Accordi Quadro") i contratti aperti sono caratterizzati dal fatto che "la prestazione è pattuita con riferimento ad un determinato arco di tempo, per interventi non predeterminati nel numero, ma resi necessari secondo le necessità della stazione appaltante".

Ora, le caratteristiche di un simile rapporto contrattuale ontologicamente contrastano con il concetto di "investimento", ex art. 18, lettera a) della l. n°350/2003 (seppur nella dimensione minima della "straordinaria manutenzione", ex precedente paragrafo XXIIId), che presuppone una esatta predeterminazione – programmata e pianificata – dei lavori da compiere, in relazione anche alla necessita di misurare altrettanto esattamente il fabbisogno finanziario occorrente. E ciò soprattutto allorquando, come nella vicenda che ne occupa, le risorse vengono reperite facendo ricorso all'indebitamento, con il conseguente, accessorio dovere aggiuntivo di non destinare le risorse stesse a "spese diverse da quelle di investimento", ex art. 30, comma 15, della l. n°289/2002.

In realtà, alcuni dei difensori dei convenuti parlando degli "appalti aperti" che in concreto rilevano nella vicenda che ne occupa, hanno posto l'accento sul modo in cui le somme destinate agli stessi "sono state

impiegate" (v. pag. 29 e pagg. 43-45 della memoria dell'Avv. Rampini), sottolineando che le opere in concreto eseguite "sono destinate a determinare la realizzazione di immobili aventi caratteristiche strutturali di finiture e di inserimento ambientale affatto diverse da quelle pregresse, …. suscettibili di realizzare una trasformazione significativa del patrimonio" (v. ancora memoria dell'avv. Rampini, pag. 45).

Ora, però, la mancata predeterminazione degli interventi da svolgere nei "contratti aperti", e di conseguenza l'assenza di un chiaro vincolo finalistico tra gli stessi, quanto all'obiettivo da perseguire e realizzare, segna senz'altro il discrimine tra gli "appalti" in discorso e la "ristrutturazione", ex art. 3, comma 18, lettera a) della l. n°350/2003, alla quale sembrerebbe riferirsi l'anzidetta difesa.

La ristrutturazione, infatti, implica anch'essa una pluralità di lavori, come evidenziato nel precedente paragrafo XXI), ma i lavori stessi sono specificamente rivolti alla formazione di "un organismo in tutto o in parte diverso" dal precedente, secondo un ben delineato sistema progettuale.

Nel caso degli "appalti aperti", invece, manca un progetto, "non essendo conosciute a priori le opere da eseguire" (v. premessa della delibera n°289/2004 in riferimento), e ciò impone di considerare gli interventi in cui esso si articola "ciascuno in maniera autonoma", così che nessuno di essi può essere "contestualizzato" in un intervento più ampio (v. pag. 32 della memoria d'udienza depositata in aula dal P.M.).

D'altronde, dall'istruttoria della Procura è anche emerso che una parte degli interventi dell' "appalto aperto" di cui alla menzionata delibera giuntale n°289/2004 si sono risolte in spese che non hanno nulla a che vedere con gli "investimenti": spese "minute" per interventi occasionali di fabbri, vetrai, falegnami, ecc., nonché spese per "consulenze, incarichi professionali e, addirittura, (per) la traduzione di un testo per i campionati di canottaggio, effettuata dal British Institute" (v. pag. 37 della relazione ispettiva IGF del 30/11/2006).

Alcuni dei difensori hanno criticato la Procura che, nel censurare simili spese, sarebbe incorsa – a detta loro – in "un evidente strabismo, sovrapponendo incongruamente l'attività programmatoria e deliberativa del Consiglio con le cadenze di utilizzo delle risorse economiche, da parte di altri soggetti" (v. pag. 27 della memoria del prof. Tarantini e degli avv. Baleani ed Antonucci).

Per tal via, però si ribalta la linea difensiva di cui si è parlato finora, volta a sottolineare l'esigenza di pervenire all'accertamento di come "siano state impiegate le somme destinate all'appalto aperto" (v. pag. 30 della memoria dell'avv. Rampini del 19/3/2008), e si ricade nuovamente nella intrinseca inidoneità, già in astratto, dell' "appalto aperto" (ex art. 154 del DPR n°554/1999) di costituire un modulo operativo concreto di

realizzazione degli "investimenti", immediatamente evidenziata dal Collegio, in relazione alla mancanza di un'adeguata conoscenza – in un simile "appalto" – delle opere da eseguire.

Insomma, il Consiglio comunale, nel destinare agli "appalti aperti" somme da indebitamento, perde il dominio finalistico della spesa, o meglio – a dirlo con la Procura – "delibera al buio", non sapendo come saranno spese in concreto le somme destinate ad un siffatto "appalto" (v. pag. 32 della memoria d'udienza).

Una simile conclusione, ovviamente, non significa che l'Ente non possa utilizzare "contratti aperti", magari per realizzare una maggiore economicità e funzionalità nelle prestazioni d'acquisire, ma soloche simili contratti non possono trovare copertura con risorse da indebitamento, ex art. 30, comma 15, della l. n°289/2002.

XXIVe) – Passando all'intervento di cui alla delibera giuntale n°145/2004, ex lettera e), pag. 46 della citazione, relativo all'Acquisto di materiale di arredo e strumentazione per ammodernamento e completamento degli Uffici della Polizia Municipale, per € 50.400,00, il Collegio ritiene che l'intervento stesso possa essere sussunto nella nozione di "investimento", di cui all'art. 3, comma 18, lettera c), della l. n°350/2003; giusta le considerazioni espresse in proposito dai difensori dei convenuti.

Tanto, considerando anche il carattere unitario e complessivo dell'acquisto (v. in tal senso, pag. 49 della memoria dell'avv. Rampini), in rapporto al quale restano assorbiti in esso anche beni che singolarmente presi certamente si configurano come di "facile consumo" (v. pag. 46 della citazione e conformi richiami a pagg. 34-35 della nota d'udienza della Procura).

XXIVf) – Quanto all'intervento di cui alla delibera giuntale n° 217/2004, ex lettera f), pag. 47 della citazione, deve dirsi che sostanzialmente con tale delibera è stato ratificato il Provvedimento adottato in stato di somma urgenza (il 5/12/2004), consistente in interventi non programmabili in materia di sicurezza per adeguamento funzionale della Strada del Gioglio e strada di Pietrara in seguito alle ultime intense precipitazioni piovose", per l'importo di € 61.000,00.

La Procura censura tale spesa assumendo che "il finanziamento dei lavori di somma urgenza tramite B.O.C. non (è) conforme alla disciplina relativa all'emissione obbligazionaria, dato che in questa ipotesi non si può parlare per definizione di investimento, poiché si tratta di interventi rapidi, eseguiti in via straordinaria, derogando alle normali procedure amministrativo-contabili e finalizzati al ripristino delle normali condizioni di funzionamento di un bene o di un servizio" (v. ag. 48 della citazione).

Sul versante opposto, le difese dei convenuti evidenziano il carattere necessitato degli interventi di somma urgenza, che costituiscono – si è

precisato – dei veri e propri "atti dovuti", ai quali si collega una spesa straordinaria, "non ripetibile" e che perciò non può essere considerata di parte corrente (v. pagg. 50 e ss. della memoria dell'avv. Rampini), e si critica la linea della Procura, che mira a "valutare la portata dell'investimento (in base) al parametro temporale dell'intervento e della procedura seguita", mentre "la ricostruzione di un bene pubblico certamente non si trasforma in manutenzione ordinaria solo perché seguita in tempi rapidi ed in via di urgenza" (v. pagg. 28-29 della memoria del prof. Tarantini e degli avv. Baleani ed Antonucci).

Il Collegio, dal canto suo, pur non contestando la natura "necessitata" degli interventi in parola, esclude –insieme con la Procura – che l'indebitamento, sul piano della regolarità formale del rispetto della procedura di spesa, possa – di norma – legittimamente dare copertura agli oneri relativi a tali interventi, in relazione alle disposizioni che impongono una rapida "regolarizzazione dell'ordinazione fatta a terzi" (v. art. 191, comma 3, TUEL, richiamato da ultimo da parte attrice alle pagg. 28-31 della memoria di udienza). Ciò non di meno, per quanto più propriamente attiene alla sanzione di cui all'art. 30, comma 15, della l. n°289/2004, il Collegio condivide l'orientamento delle difese dei convenuti, per le quali bisogna dare rilievo esclusivamente all'intrinseca consistenza dell'intervento realizzato e verificare se la relativa spesa costituisca o meno un "investimento": ricorrendo tale ipotesi, è da escludere la condanna alla cennata sanzione, ferma tuttavia restando l'eventuale azione risarcitoria per possibili danni eziologicamente riconducibili alla (probabile) irregolare procedura di spesa seguita nella realizzare l'intervento di "somma urgenza".

Ora, con specifico riferimento all'intervento di cui alla delibera n°217/2004, è da rilevare come lo stesso si sia sostanzialmente risolto nel "ristabilire le (normali) condizioni funzionali di efficienza e funzionalità" delle strade Gioglio e Pietrara (v. "verbale dello stato d'urgenza" del 5/12/2004 in atti), senza dar luogo ad un qualche intervento strutturale di rilievo, che abbia sensibilmente e stabilmente incrementato la funzionalità originaria delle strade stesse.

Di qui l'impossibilità di ricondurre l'intervento in discorso alla nozione di "investimento"

XXIVg) – A diversa conclusione deve pervenirsi quanto all' intervento di cui alla delibera giuntale n° 237/2004, ex lettera g), pag. 49 della citazione, attinente ai lavori di "Somma urgenza per la sistemazione della strada di S. Onofrio, volti ad evitare il ripetersi dei danni ad alcune abitazioni poste a valle", per € 98.243,62.

La Procura richiama, in proposito, le considerazioni espresse per la precedente deliberazione giuntale n°217/2004, per sostenere che anche in questo caso si è in presenza di "interventi urgenti di manutenzione ordinaria" (v. pag. 49-50 della citazione).

Dalla documentazione allegata dalle difese dei convenuti, e segnatamente dal "Verbale di Somma Urgenza", redatto il 27/10/2004, risulta invece chiaramente che l'intervento in questione è consistito nel creare la "fognatura di smaltimento acque meteoriche, in corrispondenza del «bottino dell'acqua»", nonché una "ulteriore fognatura di raccolta e smaltimento di acque bianche", con ulteriori opere conseguenti, quali la "nuova pavimentazione della strada, otto attraversamenti stradali" ecc.

Trattasi, con ogni evidenza, della "costruzione" ex novo di un' opera pubblica, seppur di modeste dimensioni e, come tale, rapportabile all'art. 30, comma 18, lettera b) della l. n°350/2003.

XXIVh) – Analogamente va considerata "spesa di investimento", quella sostenuta per l'intervento di "Adeguamento alle norme di prevenzioni incendi, abbattimento barriere architettoniche e riparazione danni sisma della Scuola Elementare Campitello", di cui alla deliberazione giuntale n° 219/2004, per € 350.000,00.

La Procura esclude che l'intervento in discorso sia un "investimento", in quanto –ha precisato – "la maggior parte dei lavori finanziati rappresentano l'adempimento di obblighi legislativi posti a tutela di pubblici interessi, quali quelli della pubblica incolumità e del perseguimento della pari opportunità in favore di soggetti diversamente abili" (v. pag. 50 della citazione). E ciò ben diversamente dalle valutazioni di cui alla relazione ispettiva IGF del 30/11/2006, che riconoscono alle opere in parola di aver sensibilmente "migliorato la capacità (originaria) del bene pubblico" (v. pag. 50 della cennata relazione).

Il Collegio, dal canto suo , ritiene che, ai fini della verifica di una spesa come "investimento" o meno, non rilevi il motivo che ha occasionato la spesa stessa, quanto piuttosto la consistenza delle opere con essa realizzata.

Da questo punto di vista, è innegabile che l'intervento al quale si riferisce la delibera giuntale n° 219/2004 ha comportato un sensibile e stabile incremento delle capacità originarie della Scuola Campitello di soddisfare i bisogni degli studenti, sia per le migliori condizioni di fruibilità dei servizi scolastici offerti ai diversamente abili e sia per il più elevato livello di sicurezza realizzato contro possibili incendi. Trattasi, oltretutto, di interventi che hanno comportato modifiche strutturali all'edifico, non assorbite –come consumi intermedi – nella produzione del servizio pubblico, e che perciò hanno elevato il valore patrimoniale del bene, quale "manutenzione straordinaria" dell'edifico stesso, ex art. 3, comma 18, lettera a), della l. n° 350/2003.

XXIVi) – Anche l'intervento di cui alla delibera giuntale n°93/2004, concernente "Lavori di ripristino ed eliminazione pericolo per circolazione stradale nel tratto dl muro in via Ippocrate-Strada di Valenzana",

per € 42.034,73, ex lettera i), pag. 51-52 della citazione, rientrano nella nozione di "investimento".

I lavori in questione, nella sostanza, sono consistiti in un "ampliamento della sede stradale" che ha aumentato stabilmente, mediante interventi strutturali (demolizione del muro preesistente e ricostruzione di un nuovo muro in posizione arretrata), il valore patrimoniale del bene e le capacità originarie del bene stesso di soddisfare i bisogni pubblici.

XXIVj) A diversa conclusione deve pervenirsi quanto all'intervento di cui alla delibera giuntale n°164/2004, trattandosi di lavori di semplice "Adeguamento conservativo delle infrastrutture stradali, gravemente compromesse in seguito ai nubifragi del mese di settembre 2004", per € 25.000,00, ex lettera j), pag. 53 della citazione.

Le difese dei convenuti hanno ritenuto di poter ricondurre anche l'intervento in questione nella nozione di "investimento", in quanto "intervento unico, non ripetibile e quindi di carattere straordinario", quasi a voler valorizzare la vecchia distinzione delle spese in "ordinarie" e "straordinarie", ex art. 3 della l. n°62/1964 (v. pag. 53 della memoria dell'avv. Rampini del 19/3/2008).

In realtà, la circostanza che l'intervento in parola si limiti a conservare il bene nel suo normale uso, ripristinandone la funzionalità originaria, compromessa da eventi temporaleschi, impone – con ogni evidenza – di ricondurre l'intervento stesso all'"ordinaria manutenzione" e dunque nella spesa "corrente", secondo le comuni regole contabili, da sempre seguite nella Pubblica Amministrazione.

XXIVk1) – Rientra, invece, nella nozione di "investimento" l'intervento di cui alla delibera giuntale n°240/2004, relativo a "Lavori integrativi di ristrutturazione e adeguamento della porzione del piano terra dell'immobile com. le sito in via del Mandorlo, ex Villa Nicolanti, destinato a nuova sede della 4^ Circoscrizione", per € 30.613,97, ex lettera K1), pag.54 della citazione.

Parte attrice dedica poche annotazioni a questo intervento, a differenza della relazione ispettiva IGF del 30/11/2006, che tuttavia si sofferma principalmente sui profili della regolarità formale della procedura di spesa seguita (v. pagg. 54-57 di detta relazione ispettiva).

Simili rilievi, però, non rivestono – come detto – grande importanza ai fini che ne occupa, rispetto ai quali, invece,assume maggior interesse la considerazione che i lavori in questione non costituiscono degli interventi autonomi, ma si inseriscono nel quadro dell'intervento di "ristrutturazione ed adeguamento della porzione di piano terra della ex Villa Nicolanti, destinato a nuova sede della IV^ Circoscrizione", di cui alla delibera giuntale n°6000/2002.

Ciò stante, è evidente che tali lavori partecipano della stessa natura della predetta ristrutturazione, così da rientrare in essa e, quindi, nelle previsioni dell'art. 3, comma 18, lettera a) della l. n°350/2003.

XXIVk2) – Quanto ai lavori di cui alla deliberazione giuntale n°71/2004, concernente "Interventi imprevedibili ed urgenti necessari alla eliminazione di pericoli incombenti sulla ex S.S. 79 Ternana", ex lettera K2), pag. 54, per € 14.857,92, risulta del tutto evidente che si tratta di ordinaria manutenzione.

In realtà, dal "Verbale dello stato d'urgenza" del 25/8/2004 in atti, emerge che i lavori in questione sono consistiti nella "fresatura del conglomerato bituminoso esistente …….. e successiva stesura di (un nuovo) conglomerato bituminoso". Trattasi, di una normalissima attività conservativa della originaria capacità della strada di soddisfare i bisogni ai quali la stessa è destinata, realizzata con un intervento che non incrementa il patrimonio dell'ente, in quanto si consuma con la fruizione della strada da parte dell'utenza.

XXIVk3) – Analogamente va considerata ordinaria manutenzione l'intervento di cui alla deliberazione giuntale n°70/2004, avente ad oggetto lavori di "Miglioramento conservativo della strada di accesso al cimitero Civico di Porzano", per € 15.993,60, ex lettera K3), pag. 55 della citazione.

In realtà, i miglioramenti arrecati dall'intervento, mediante la realizzazione di un "muretto in pietra che consente il sostegno della controcurva" (v. "verbale stato di urgenza" del 2/9/2004 in atti), ai quali hanno fatto riferimento le difese dei convenuti (v. pagg. 54-55 della memoria dell'avv. Rampini), presentano caratteri di tale marginalità, rispetto alla preminente conservazione della funzionalità originaria della strada, da non andare oltre la soglia, appunto, dell'ordinaria manutenzione.

XXIVk4) – Del pari rientrano nell'ordinaria manutenzione i lavori di riasfaltatura del tratto stradale "Romita" interessato dal deposito di polveri provenienti dal vicino insediamento siderurgico della ThyssenKrupp, indicati nella deliberazione giuntale n°26/2004 come: "Interventi di ingerenza straordinaria, necessari al ripristino degli impedimenti alla circolazione su strada della Romita a causa del deposito delle polveri dall'insediamento siderurgico limitrofo alla località di Pisciano", ex lettera K4), pagg. 55-57 della citazione, per € 81.2000,00.

Le difese dei convenuti hanno sostenuto trattarsi di un'opera di sostanziale rifacimento della sede stradale" (v. pag. 55 della memoria dell'avv. Rampini del 19/3/2008).

Nel "Verbale dello Stato di Urgenza" del 30/7/2004 (in atti), viceversa, si legge che i lavori da eseguire consistono nella "asportazione dei depositi e successivo rifacimento del manto bituminoso", con la precisazione che il "problema potrebbe verificarsi nuovamente se non vengono limitate le emissioni delle polvere".

Trattasi, con ogni evidenza di un intervento di ordinaria manutenzione, volto a conservare la funzionalità originaria del bene, utilizzando

prodotti di consumo intermedio nella soddisfazione dei bisogni pubblici ai quali il bene stesso attende.

XXIVl) – Venendo, infine, all'ultimo degli interventi di cui alla delibera consiliare n°88/2004, ossia all'intervento oggetto della deliberazione giuntale n°13/2004, ex lettera l) , pag. 57-58 della citazione, deve dirsi che, in realtà, esso consiste semplicemente nella "regolarizzazione amministrativa di provvedimenti di somma urgenza attivati nel bilancio 2003 e 2004 in seguito ad imprevedibilità di fatti e circostanze che hanno reso necessaria l'esecuzione di lavori di cui all'art. 88, comma 1, del DPR n°554/1999 con il sistema dei lavori in economia", per € 276.260,00.

In sostanza, con i B.O.C. di cui alla menzionata deliberazione consiliare n° 88 del 20 dicembre 2004, si è data copertura finanziaria ai seguenti lavori di somma urgenza:

a) interventi imprevedibili ed urgenti necessari al ripristino della canalizzazione di acque meteoriche, ex "Verbale Stato di Urgenza" del 10/12/2003, per € 49.060,00;

b) interventi di somma urgenza finalizzati ad eliminare pericoli per la pubblica e privata incolumità a seguito di nevicata eccezionale verificatasi il 29/1/2004, "compreso lo spazzamento della neve", ex "Verbale di Somma Urgenza" del 3/2/2004, per € 67.200,00;

c) interventi imprevedibili ed urgenti necessari al "ripristino in sicurezza del cavalcaferrovia di via Piemonte", ex "Verbale dello Stato di Urgenza" del 12/2/2004, per € 160.000,00.

Ora, in disparte le considerazioni critiche della Procura sulla possibilità di dare copertura a lavori di "somma urgenza" di fine 2003 – inizio 2004 con emissioni obbligazionarie del dicembre 2004, resta comunque il fatto che gli interventi in questione integrano gli estremi dell'ordinaria manutenzione. Ciò che è palese, in base alle comune regole contabili da sempre seguite nella P. A., con riferimento agli interventi per eliminare i disagi della pioggia e/o della nevicata, ma che è da ripetere anche per i lavori di "ripristino della sicurezza del cavalcaferrovia", in base alla nozione di "investimento", di cui alla presente sentenza.

I lavori in questione, infatti, si sono concretizzati in una semplice "asportazione delle parti dissestate", alla quale è seguito "il ripristino (delle originarie) condizioni di efficienza e funzionalità" (v. relativo verbale dello stato di urgenza del 12/2/2004).

XXV) – Alla stregua delle considerazioni che precedono, dunque, il Collegio ritiene che, relativamente alla deliberazione consiliare n°88/2004, non possono essere considerate "spese di investimento", ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 30, comma 15, della l. n° 289/2004, quelle di cui alle deliberazioni giuntali: 1) n°250/2004, 2) n°319/2004, 3) n° 289/2004, 4) n° 217/2004, 5) n° 164/2004, 6) n° 71/2004, 7) n° 70/2004, 8) n° 26/2004 e 9) n° 13/2004.

XXVI) – Passando, ora, all'esame dei singoli interventi ai quali si riferisce la deliberazione consiliare n°240/2005, censurati dalla Procura, il Collegio ritiene che nessuno di essi rientri nella nozione di "investimento", ex art. 3, comma 18, lettere a), b) e c) della l. n° 350/20030.

XXVIa) – Venendo anzitutto all'intervento di cui alla deliberazione giuntale n° 214/2005, relativa alla "manutenzione straordinaria ed al risanamento conservativo di marciapiedi e sedi stradali dissestati dagli apparati radicali delle piante", per € 100.000,00, ex lettera a), pag. 60 della citazione, deve dirsi che dalla documentazione in atti (v. la cennata deliberazione giuntale e relative Determinazioni Dirigenziale di affidamento dei lavori) risulta che l'intervento in questione è consistito nella "demolizione dei cigli e marciapiedi", per la "rimozione delle ceppaia degli alberi", con conseguente reimpianto di nuovi alberi e rifacimento dei marciapiedi e dell'asfalto".

Si è trattato, con ogni evidenza, di una serie di spese di "ordinaria manutenzione" (come giustamente osservato dalla Procura), tese al ripristino del normale uso del bene, che non ha creato alcun "valore aggiunto" alla consistenza originaria del bene stesso, contrariamente a quanto affermato dalle difese dei convenuti (v. pag. 32 della memoria del prof. Tarantini e degli avv. Baleani ed Antonucci) .

In realtà, le predette difese non contestano l'intrinseca consistenza dell'intervento, ma si limitano solo ad una diversa qualificazione gius-contabile dello stesso, rispetto a quella della Procura, attenendosi a parametri alquanto diversi da quelli comunitari, ai quali – come detto – occorre fare riferimento (v. pag. 60 della memoria dell'avv. Rampini del 19/3/2008).

XXVIb) – Analogamente non costituiscono spese di investimento quelle di cui alla deliberazione giuntale n°213/2005, relativa ad "Interventi in economia non prevedibili in materia di sicurezza, finalizzati alla manutenzione straordinaria ed adeguamento delle infrastrutture e degli arredi dei parchi e giardini", ex lettera b), pag. 62 della citazione, per € 240.000,00. Dalla documentazione attinente ai lavori che sono stati realizzati, invero, emerge chiaramente che gli stessi costituiscono forme manutentive destinate ad assicurare l'ordinaria fruibilità dei parchi pubblici, conforme alla loro destinazione originaria.

D'altronde, dalla cennata documentazione (e segnatamente dalle le varie determinazioni dirigenziali di affidamento "in economia" dei lavori in discorso), risulta anche trattarsi di una serie di interventi autonomi, "polverizzati", con una spesa reale, alla data della citazione, di soli "31.073,15" (v. pag. 63 della citazione stessa).

XXVIc) – Non costituiscono investimenti neanche gli interventi di cui alle deliberazioni giuntali n°200/2005, n° 253/2005, n° 262/2003, n° 263/2005e n° 259/2005, ex lettere c1), c2), c3), c4) e c5), pagg. 63-66 della citazione, concernenti , rispettivamente:

c1) “lavori in economia ….(per) interventi relativi alla sicurezza stradale nella zona B e C” .

Tali lavori si risolvono : nella (1) “manutenzione o riparazione di opere od impianti, quando l’esigenza è rapportata ad eventi imprevedibili”, nonché nella (2) “manutenzione di opere ed impianti in genere” ed in (3) “interventi non programmabili in materia di sicurezza” (v. le premesse della deliberazione n° 200/2005);

c2) “interventi strategici in materia di sicurezza, igiene e sanità pubblica , attinenti alla attività di gestione del patrimonio stradale e pertinenze- Zona Est”.

Tali interventi, anche qui, si risolvono , come per quelli della delibera precedente: nella (1) “manutenzione o riparazione di opere od impianti, quando l’esigenza è rapportata ad eventi imprevedibili”, nonché nella (2) “manutenzione di opere ed impianti in genere” ed in (3) “interventi non programmabili in materia di sicurezza” (v. le premesse della deliberazione n°253/2005);

c3) “lavori in economia …. che interessano pertinenze stradali, complementi ed arredo”, concernenti anch’essi: (1) la “manutenzione o riparazione di opere od impianti, quando l’esigenza è rapportata ad eventi imprevedibili”, nonché (2) la “manutenzione di opere ed impianti in genere” e (3) gli “interventi non programmabili in materia di sicurezza” (v. le premesse della deliberazione n°262/2003);

c4) “lavori di risanamento conservativo della pavimentazione stradale e pertinenze”, consistenti anch’essi, come tutti quelli di cui alle precedenti tre deliberazioni giuntali: nella (1) “manutenzione o riparazione di opere od impianti, quando l’esigenza è rapportata ad eventi imprevedibili”, nonché nella (2) “manutenzione di opere ed impianti in genere” e (3) in “interventi non programmabili in materia di sicurezza”;

c5) “lavori in economia sul Patrimonio Immobiliare di competenza Circoscrizionale ….. (con) revoca della delib.giuntale n°251/2004”, consistenti, in pratica, in una serie di interventi di manutenzione di vario genere, tesi alla “messa in sicurezza degli immobili …. per rimuovere situazioni di pericolo per la pubblica e privata incolumità e riconferire la <u>normale</u> funzione della struttura” (v. premesse della deliberazione n°259/2005); giusta le osservazioni di parte attrice in proposito (v. pag. 65 della citazione).

XXVId) – Quanto alla deliberazione n° 186/2005, concernente un “Intervento di Restauro delle cinta muraria di Collescipoli- tratto Sud-Est”, € 100.000,00, ex lettera d), pag. 66 della citazione, deve dirsi che al di là del nomen (“restauro”), che potrebbe anche accostare l’intervento in questione al “recupero”, di cui alla lettera b) del comma 18 della l. n° 350/2003, la documentazione dimostra trattasi di una forma di ordinaria manutenzione.

Come rilevato dalla stessa difesa dei convenuti, argomentando dalla "relazione tecnica allegata alla delibera in questione", i lavori relativi a tale intervento sono consistiti nella "asportazione delle vegetazioni infestanti e (nell'asportazione) degli elementi estranei, presenti negli interstizi degli elementi murari, trattamento erbicida, scarnitura, spazzolatura e pulizia generale degli elementi murari", ecc. (v. pag. 34 della memoria del prof. Tarantini e degli avv. Baleani ed Antonucci)

Trattasi, con ogni evidenza, di lavori ben diversi dalla "serie organica di operazioni specialistiche ed amministrative specificamente indirizzate a ridare all'opera pubblica le caratteristiche di funzionalità ed efficienza perse", nel quale si sostanzia la nozione di "recupero", ex comma 18 dell'art. 3 della l. n°350/2003 (v. precedente paragrafo XXII).

L'intervento in discorso, in realtà, non superano la soglia della ordinaria manutenzione e, come correttamente osservato dalla Procura, si inserisce nel quadro generale della convenzione stipulata tra il Comune di Terni e la Scuola Edile della Provincia di Terni per "l' esecuzione di opere di manutenzione ordinaria, finalizzata al restauro dei complessi immobiliari di proprietà del comune". Trattasi, oltretutto di convenzione che è pure menzionata nelle premesse della deliberazione giuntale n° 186/2005.

XXVIe) – Del pari, costituiscono forme di ordinaria manutenzione gli interventi di cui alle varie deliberazioni giuntali raggruppate dalla Procura sotto alla lettera e), pagg. 66-70 della citazione, che è bene esaminare separatamente.

XXVIe1-2) – Venendo anzitutto alle deliberazioni giuntali n°280 e n°281/2005, deve dirsi che le stesse attengono a "lavori di pavimentazione dei ballatoi di accesso –rispettivamente – alla gradinata del 1° livello della curva Nord" (€ 80.000, 00) ed "alle gradinate del 2° livello dello stadio" (€ 110.000,00).

Per essi valgono le stesse considerazioni già espresse nel precedente paragrafo XXVc), relative agli analoghi lavori di "pavimentazione del ballatoio di accesso alla gradinata del 1° livello della curva EST", alle quali – per evidenti ragioni di economia – si rinvia.

XXVIe3-4) – Quanto alle deliberazioni giuntali n°304/2005 e n°330/2005, invece, deve dirsi che esse sostanzialmente danno copertura finanziaria a "provvedimenti di somma urgenza in dipendenza degli avversi eventi metereologici di dicembre 2004 e gennaio 2005", per € 110.000,00 (prima deliberazione) e "del mese di febbraio-marzo", per € 120.000,00 (seconda deliberazione).

I lavori sono consistiti nella "effettuazione di tutti gli interventi necessari per ristabilire le condizioni funzionali di efficienza e funzionalità delle strutture stradali compromesse ed eliminazione dei fattori di rischio idrogeologico" (prima deliberazione), ex "Verbale dello Stato

di Urgenza" del 3/1/2005 (allegato alla deliberazione stessa), ed in interventi di identico tenore, volti al "ripristino delle normali condizioni di efficienza e fluidità delle strade in dipendenza degli avversi eventi climatici" (seconda deliberazione), ex "Verbale dello Stato di Urgenza" del 7/3/2005 (allegato alla deliberazione stessa).

Trattasi, anche qui con ogni evidenza, di una spesa di ordinaria manutenzione, destinata a mantenere il bene nella sua normale funzionalità originaria, come chiarito nei precedenti paragrafi XXVf) e XXVl), lettera b).

XXVIe5) – Analogamente, la deliberazione giuntale n°325/ 2005 dà copertura ad un "provvedimento di somma urgenza per lavori necessari al ripristino della funzionalità del parcheggio pubblico di via Vittorio Lafieri" (€ 100.000,00).

Trattasi, anche qui, di lavori di "ordinaria manutenzione", proprio perché si limitano a "ristabilire le condizioni funzionali di (normale) efficienza" del bene (v. Verbale di Somma urgenza, redatto l'1/6/2005).

XXVIe6) – Quanto alla deliberazione giuntale n° 302/2005, invece, deve dirsi che essa dà copertura ad una "eccedenza della spesa relativa agli interventi di somma urgenza per adeguamento funzionale della strada del Gioglio e di Pietrara" (€ 25.000,00) di cui alla precedente deliberazione giuntale n°217/2004; essa, in sostanza, rappresenta una "coda di spesa" rispetto a tale ultima delibera.

Per la delibera in questione, perciò, valgono le stesse considerazioni negative già esposte per la deliberazione n°217/2004 al precedente paragrafo XXVf), al quale si rinvia .

XXVIe7) – Quanto alla deliberazione giuntale n° 309/2005, deve dirsi che con la stessa è stata data copertura ad un intervento di urgenza per la "eliminazione di pericolo al collettore di scarico acque nere in via Guglielmi", per € 19.000,00.

I lavori, come risulta nel "Verbale dello stato d'Urgenza", redatto dal tecnico comunale il 18/1/2005, sono consistiti "nella rimozione dei materiali di ostruzione, nella sistemazione della tubazione di sfioro del pozzetto e nella protezione dello stesso da infiltrazioni d'acqua".

Trattasi, al di là delle affermazioni -ovviamente "di parte" – dei difensori dei convenuti, volte a qualificare anche tale modestissimo intervento come "investimento", di un caso del tutto evidente di manutenzione ordinaria, secondo le regole contabili da sempre seguite nella P.A. .

XXVIf) – Passando, infine, alle ultime due deliberazioni giuntali n° 347/2005 e n° 345/2005, raggruppate dalla Procura sotto la stessa lettera f), pagg.70-71 della citazione, si rileva che esse attengono a due "appalti aperti", relativi –rispettivamente– ai "lavori di manutenzione degli immobili sede di attività istituzionali, esercizio 2005" (€ 323.460,00)

ed ai "lavori di manutenzione degli immobili per l'infanzia, le attività culturali, ricreative e sportive, esercizio 2005" (€ 238.270,00).

Come giustamente osservato da parte attrice, gli "appalti" in questione sono deliberati con una certa sistematicità nell'ambito del Comune di Terni, ed assumono le caratteristiche, anche per la loro regolarità, proprie della "manutenzione ordinaria" (v. pag. 71 della citazione).

Valgono per essi le stesse considerazioni già espresse per l' "appalto aperto" di cui alla deliberazione giuntale n°289/2004, ex precedente paragrafo XXVd), alle quali per brevità si rinvia.

XXVII) Alla stregua delle considerazioni che precedono, dunque, il Collegio ritiene che, relativamente alla deliberazione consiliare n°240/2005, tutte le deliberazioni giuntale considerate dalla Procura non diano luogo a "spese di investimento".

Trattasi, è bene elencarle, delle seguenti deliberazioni di giunta: 1) n° 214/2005, 2) n° 213/2005, 3) n° 200/2005, 4) n° 253/2005, 5) n° 262/2005, 6) 263/2005, 7) 259/2005, 8) n° 186/2005, 9) n° 280/2005, 10) n° 281/2005, 11) n° 304/2005, 12) n° 330/2005, 13) n° 325/2005, n° 14) n°302/2005, n° 15) 309/2005, n° 16) n° 347/2005 e 17) n° 345/2005.

XXVIII) – Passando, ora, all'applicazione delle sanzioni di cui all'art. 30, comma 15, della l. n°289/2002, il Collegio ritiene che, nel caso, vadano applicate entrambe le due sanzioni previste da tale articolo, e cioè: sia la sanzione oggettiva, relativa alla nullità degli "atti e contratti" di indebitamento, sia quella soggettiva, relativa alla condanna ad una "pena pecuniaria" di coloro che "hanno assunto la deliberazione" che ha dato luogo all'indebitamento stesso.

Secondo la giurisprudenza di questa Corte, trattasi, invero, di "sanzioni strettamente correlate l'una all'altra, tanto che la sanzione pecuniaria sembra configurarsi quale conseguenza ulteriore rispetto alla nullità degli atti" (v. Sez. Giur. Reg. Lazio sent. n°3001/2005).

XXIX) – Peraltro, la sanzione sugli atti, prescinde – per la sua intrinseca natura oggettiva – da ogni indagine sullo stato soggettivo di chi ha posto in essere gli atti stessi, ed "opera di diritto", così che potrebbe apparire finanche superflua una pronuncia di questa Corte in proposito.

Sennonché, le sentenze di questa Corte (che ovviamente hanno natura meramente dichiarativa), sono comunque necessarie, in quanto volte a fissare chiaramente l'ambito oggettivo della nullità, o – se si preferisce – ad individuare esattamente gli atti colpiti da nullità. E ciò ha un valore del tutto particolare proprio nei casi –come in quello all'esame – in cui uno stesso "indebitamento" ha dato copertura a più spese, di cui alcune soltanto costituiscono "spese diverse da quelle di investimento", così che solo per esse opera la nullità dei relativi atti.

La "nullità" di cui all'art. 30, comma 15, della l. n°289/2002, ritiene

il Collegio, non può essere concepita sempre e comunque come "nullità totale", ben potendo consistere anche in una "nullità parziale"; limitata, cioè, alle sole spese non di investimento sostenute con un indebitamento che ha dato copertura anche a spese di investimento. Tanto, in base ad una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 30, comma 15, della l. n°289/2003, che tenga conto dei principi di "adeguatezza" e "congruità" della sanzione, per i quali deve sempre sussistere un ragionevole rapporto di "proporzionalità" tra la sanzione stessa ed il "benevalore presidiato dalla norma" (ex Corte Cost. n°16/1991, n°84/1997, n°247/1997 e n°68/1998).

In questa ottica perciò, nel caso, il Collegio ritiene di dover pervenire ad una declaratoria di nullità parziale della deliberazione consiliare n° 88/2004 (e conseguenti atti negoziali), limitata alle seguenti deliberazioni giuntali : 1) n° 250/2004, 2) n° 319/2004, 3) n° 289/2004, 4) n° 217/2004, 5) n° 164/2004, 6) n°71/2004, 7) n° 70/ 2004, 8) n°26/2004 e 9) n° 13/2004 e n° 240/2005 (ex precedente paragrafo XXVI).

Analogamente, per la deliberazione consiliare n° 240/2005 (e conseguenti atti negoziali) il Collegio ritiene di dover dichiarare la nullità parziale della stessa, limitata alle seguenti deliberazioni giuntali: 1) n° 214/2005, 2) n° 213/2005, 3) n° 200/2005, 4) n° 253/2005, 5) n° 262/2005, 6) 263/2005, 7) 259/2005, 8) n° 186/2005, 9) n° 280/2005, 10) n° 281/2005, 11) n° 304/2005, 12) n° 330/2005, 13) n° 325/2005, n°14) n° 302/2005, n° 15) 309/2005, n°16) n° 347/2005 e 17) n° 345/ 2005 (ex precedente paragrafo XXVIII).

È appena il caso di rilevare che la "nullità" in questione opera solo per i rapporti che non siano già integralmente esauriti e per i quali, quindi, non sia più possibile eliminare tutti gli effetti ormai irretrattabilmente prodotti: *factum infectum fieri nequit*.

XXX) – Quanto, invece, alla sanzione di tipo "soggettivo", concernente la condanna ad un "pena pecuniaria" dei consiglieri comunali che hanno partecipato all'adozione delle menzionate deliberazioni n°88/2004 e/o n°240/2005, si ricorda che la stessa deve essere stabilita in una misura che va da "un minimo di cinque (ad) un massimo di venti volte l'indennità di carica percepita al momento di commissione della violazione", ex art. 30, comma 15, della l. n°289/2002, sempreché sussista la colpa grave dei deliberanti, ex sent. n°128/2007 di questa Sezione e sent. n° 12-QM/2007SS.RR.

XXXa) – Ebbene, quanto alla colpa, parte attrice – nell'atto introduttivo della causa – sembra mettere ancora in discussione che le disposizioni del precitato art. 30, comma 15, richiedano la colpa grave, quale elemento psicologico necessario per il perfezionarsi dell'illecito di cui all'articolo stesso.

In realtà, nell'atto introduttivo della causa, la Procura ha ancora

richiamato la sent. n° 3001/2005 della Sezione Giurisdizionale Regione Lazio di questa Corte, per sostenere che la colpa è "insita nella mera partecipazione con voto favorevole alla delibera che ha deciso l'indebitamento" (v. pag. 74 della citazione) e che essa "viene in rilievo (come) colpa tout court" (v. pag. 76 della citazione), ed è perciò riscontrabile – nel caso di specie – in tutti gli interventi elencati nelle censurate deliberazioni consiliari.

XXXb) – Sul versante opposto, i difensori dei convenuti hanno richiamato la sent. n°12-QM/2007 delle Sezioni Riunite, che – hanno precisato – ha sostanzialmente confermato la sent. n°128-EL/2007 di questa Sezione, seppur con un iter argomentativo in parte diverso.

Hanno inoltre eccepito il passaggio in giudicato, "per mancata impugnazione", della precitata sentenza n° 128-EL/2007 (v. pag. 67-68 dell'avv. Rampini e pagg. 38 e ss. della memoria del prof. Tarantini e degli avv. Baleani ed Antonucci), così che "il Requirente non può rimettere in discussione (il decisum della ripetuta) sentenza n°128-EL/2007".

Hanno, infine, chiesto che siano applicati "criteri e regole, (della sentenza stessa), senz'altro fondamentali – hanno puntualizzato – per stabilire la presenza dell'elemento psicologico", ed in particolare hanno chiesto che siano applicati i criteri che fanno leva su possibili "errori di identificazione delle spese da finanziare", in relazione anche a possibili "errori di diritto che si riflettono sul fatto sanzionato, ex art. 47 c.p., (dovuti) al prolificare di norme non sempre consonanti sulla natura della specifica spesa da finanziare, come ad esempio quella relativa alla manutenzione di opere ed impianti (v. pagg. 39-41 della memoria del prof. Tarantini e degli avv. Baleani ed Antonucci).

Alla stregua di quanto affermato nella più volte menzionata sentenza n° 128/2007, secondo i difensori dei convenuti, per gli interventi di cui alle censurate deliberazioni consiliari "andrebbe comunque esclusa la responsabilità dei convenuti (medesimi), per mancanza di colpa grave, quand'anche si (volesse) ritenere che gli interventi (stessi) non siano riconducibili in tutto o in parte a spese di investimento", atteso che "le spese in questione, così come configurate dalle delibere giuntali di riferimento, ... (lasciavano) ampi spazi per errori di identificazione e per errori di diritto sul tipo di interventi da effettuare o effettuati in via di urgenza e sottoposti al Consiglio per ratifica" (v. pag. 42 della memoria del prof. Tarantini e avv. Baleani ed Antonucci, nonché – in senso conforme – memoria dell'avv. Rampini) .

XXXc) – Il Collegio, dal canto suo, ritiene che dopo la sent. n° 128-EL/2007 non possa nuovamente essere discusso – innanzi a questa Sezione – il problema del grado della colpa, rilevante ai fini della commissione dell'illecito previsto dall'art. 30, comma 15, della l. n° 289/2002.

Vale, al riguardo, quanto già stabilito in detta sentenza, pure passata in giudicato.

Trattasi, oltretutto, di sentenza che ha anche ricevuto l'avallo delle Sezioni Riunite, seppur con argomentazioni in parte diverse, che qui tuttavia non rilevano, in quanto tese a dare applicazione generalizzata al principio della colpa grave nelle forme di responsabilità amministrativo-contabile di tipo "sanzionatorio" in senso stretto, simmetrica a quella delle analoghe figure di responsabilità di tipo "risarcitorio", ex art. 1, comma 1, della l. n°20/2004, nel testo sostituito dall'art. 3 della l. n°543/1996.

Ribadita la necessità della colpa grave, quale coefficiente psicologico necessario per il concreto realizzarsi dell'illecito di cui all'art. 30, comma 15, della l. n°289/2002, deve anche ribadirsi che essa, nella sua più intima essenza, corrisponde allo sforzo di diligenza minimo – o addirittura inesistente – nell'evitare che risorse da indebitamento siano destinate a "spese diverse da quelle di investimento" (ex paragrafo XIIIb della sent, n°128-EL/2007) .

Ebbene, una simile colpa manca per la stragrande maggioranza degli interventi elencati nelle deliberazioni consiliari n°88/2004 e n° 240/2005, come giustamente osservato dai difensori dei convenuti.

D'altronde, pur condividendo le critiche di parte attrice alla condotta dei convenuti di "deliberare al buio" le spese di "investimento", relativamente agli "appalti aperti", e/o ai "lavori in economia", ecc. (v. precedente paragrafo XIV), resta comunque il fatto che, nella stragrande maggioranza degli interventi in questione, ogni miglior sforzo valutativo sarebbe rimasto improduttivo di effetti, stante l'assenza di una chiara nozione di "manutenzione straordinaria", ex art. 3, comma 18 della l. n°350/2003, ai quali sembrano ispirarsi gli interventi stessi.

Ciò non di meno, però, sono individuabili alcuni interventi, tra i tanti elencati nelle censurate deliberazioni consiliari, che non potevano in alcun modo essere ritenuti "investimento", né alla data di adozione delle predette, censurate deliberazione, né prima, in quanto assolutamente lontani dal concetto stesso di "investimento" enucleabile dalle norme classificatorie di contabilità pubblica, seguite pacificamente da sempre da tutte le Amministrazioni.

Tanto è da dire, in via esemplificativa e con riferimento alla delibera consiliare n°88/2004, per gli interventi di cui alla deliberazione giuntale n°13/2004, relativa alla "regolarizzazione amministrativa di lavori di somma urgenza" attinenti (due di essi) al ripristino della normale viabilità, compromessa da piogge e/o nevicate, che hanno comportato la destinazione di risorse da indebitamento al pagamento – addirittura – dello "spazzamento della neve" (v. precedente paragrafo XXVl). E la stessa cosa è da ripetere, sempre in via esemplificativa e con riferimento

– questa volta – alla deliberazione consiliare n° 240/ 2005, anche per gli interventi di cui alla deliberazione giuntale n° 330/2005, relativa anch'essa alla regolarizzazione amministrativo-contabile di lavori di "somma urgenza" per il "ripristino delle normali condizioni di efficienza e fluidità delle strade in dipendenza degli avversi eventi climatici" (v. precedente paragrafo XXVIIe5), ovvero per la deliberazione giuntale n° 309/2005, relativa all'ordinaria manutenzione di un "collettore di scarico acque nere in via Guglielmi" (v. precedente paragrafo XXVIIe7).

Peraltro, la circostanza che gli interventi di "somma urgenza" di cui alle predette delibere giuntali n° 13/2004 e n° 330/2005 fossero stati realizzati da tempo, rispetto alla data di adozione delle delibere consiliari che hanno dato copertura alle relative spese con B.O.C., porta anche ad escludere che in concreto, nel caso di specie, possa dirsi davvero operante l'"esimente dello stato di necessità", invocata dalla difesa dei convenuti (v. pag. 43 della memoria del prof. Tarantini e degli avv. Baleani ed Antonucci).

Né varrebbe obiettare, per escludere la colpa grave, il fatto che gli interventi immediatamente percepibili come "spese diverse da quelle di investimento" hanno un peso del tutto marginale, per numero e consistenza, nel contesto delle deliberazioni consiliari n° 88/2004 e n° 240/2005.

Il rispetto del precetto costituzionale di cui all'art. 119, comma 6, Cost., in realtà passa dalla integrale "sterilizzare" delle delibere di indebitamento da ogni possibile destinazione – seppur minima – delle relative risorse ad interventi diversi da quelli di investimento.

Sul piano dell'accertamento della responsabilità sanzionatoria di cui all'art. 30, comma 15, della l. n° 289/2002, le condotte deliberative di indebitamento vanno valutate tenendo conto dell'intervento di spesa al quale sono destinate le risorse dell'indebitamento stesso, così che in presenza, come nel caso di specie, di un'unica delibera di indebitamento che destini le relative risorse ad una pluralità di interventi, le valutazioni sulla colpa grave devono essere condotte facendo specifico riferimento a ciascuno di tali interventi, e non alla delibera complessiva, unitariamente intesa.

XXXI) – Così accertata la sussistenza della colpa grave nei confronti dei convenuti che hanno partecipato all'adozione delle deliberazioni consiliari n°88/2004 e n°240/2005, il Collegio passa ora a determinare l'entità della relativa sanzione.

XXXIa) – La Procura ha chiesto una sanzione pari a venti volte "l'indennità di funzione effettivamente percepita da ciascun componente del Consiglio comunale nel mese in cui è stata approvata la delibera di emissione dei B.O.C. alla quale ha (partecipato) con voto favorevole, sommando i relativi importi, in caso di presenza e voto favorevole a più

di una seduta" (v. pag. 78 della citazione). Tanto, "in considerazione –ha chiarito la Procura– del carattere reiterato delle condotte illecite, dell'ammontare complessivo dell'indebitamento (e) del palese contrasto con regole fondamentali degli equilibri della finanza pubblica locale , (nonché) con la c.d. golden rule e con le norme di rango costituzionale" (v. ancora pag. 78 della citazione).

In particolare, relativamente all' "indennità" su cui applicare il cennato coefficiente moltiplicativo della sanzione, parte attrice ha precisato di aver preso in considerazione "il gettone di presenza mensile, di cui all'art. 23 della l. n°265/1999 ed al DM 119/2000 (v. ancora un volta pag. 78 della citazione).

XXXIb) – Dal canto loro, le difese dei convenuti hanno contestato la commisurazione della sanzione operata dalla Procura, sia con riferimento alla base moltiplicativa, che al coefficiente massimo di moltiplicazione.

Hanno osservato in proposito, relativamente alla prima (base moltiplicativa), che non sussistendo per i consiglieri comunali alcuna indennità di carica, ex art. 30, comma 15, della l. n°289/2002, "la sanzione (nei loro confronti) non potrebbe che essere parametrata al solo gettone di presenza percepito al momento di commissione della violazione, cioè al momento di emanazione della delibera oggetto di contestazione" (v. pag. 44 della memoria del prof. Tarantini e degli avv. Baleani ed Antonucci, nonché, in senso conforme, pagg. 75-76 della memoria dell'avv. Rampini).

Quanto al coefficiente di moltiplicazione, invece, hanno fatto presente come, nel caso, "sussistano obiettivi elementi che inducono a ritenere applicabile la misura minima della sanzione, (pari) a cinque volte l'indennità di carica" (v. pagg. 74-75 della memoria dell'Avv. Rampini), conforme ai "basilari criteri di proporzionalità e congruità" ai quali si ispirano i "principi generali di cui all'art. 11 della l. n° 689/1981 (v. pag. 44 della memoria del prof. Tarantini e degli avv. Baleani ed Antonucci).

Più in particolare, poi, per quanto attiene alla posizione del Sindaco e del Presidente del Consiglio Comunale, il difensore dei medesimi ha fatto rilevare come la Procura abbia determinato la sanzione nei loro confronti prendendo a base di calcolo "l'indennità mensile di carica" effettivamente fruita dai suoi assistiti, di importo notevolmente superiore al gettone di presenza spettante ai consiglieri che, insieme con loro, hanno adottato le contestate deliberazioni.

Una siffatta diversa parametrazione della sanzione, ad avviso del difensore del Sindaco e del Presidente del Consiglio comunale, avv. Rampini, "pone serie perplessità sulla legittimità costituzionale dell'art. 30, comma 15, della l. n° 289/2002, sotto il profilo della disparità di trattamento", nel duplice senso:

a) di "aver previsto l'applicazione della sanzione solo per coloro che percepiscono l'indennità di carica e non anche per coloro che hanno titolo al solo gettone di presenza per la partecipazione ad ogni seduta";

b) di "avere previsto un regime sanzionatorio notevolmente più grave per alcune figure, quali il Sindaco ed il Presidente del Consiglio comunale, che ai fini della condotta rilevante per l'applicazione della sanzione (votazione della delibera), si trovano in posizione perfettamente identica ai restanti consiglieri" (v. pagg. 77-78 della memoria dell'avv. Rampini).

Per superare simili incongruenze, il predetto difensore ha prospettato una "lettura della norma in senso costituzionale" per la quale l' "indennità mensile di carica deve essere divisa per trenta", ossia deve essere rapportata a base giornaliera, e su di essa va poi va applicato il coefficiente moltiplicativo, per "il giorno (di partecipazione) alla seduta consiliare (in cui è stata adottata) la delibera contestata" (v. ancora pag. 78 della memoria dell'avv. Rampini).

XXXIc) – Il Collegio ritiene che le tesi delle parti contengano, ognuna di esse una parte di verità, e per tale parte soltanto meritano di essere condivise.

XXXIc1) – Venendo anzitutto ai dubbi di costituzionalità prospettati dal difensore del Sindaco e del Presidente del Consiglio comunale, avv. Rampini, si ritiene che quelli di cui alla lettera a) del precedente paragrafo XXXIIb) siano palesemente infondati.

È da escludere, infatti che l'art. 30, comma 15, della l. n° 289/2002, con l'individuare la base di calcolo della sanzione ivi prevista nella "indennità di carica" abbia inteso riferirsi solo alla "indennità di funzione", di cui all'art. 23, comma 1, della l. n° 265/1999, lasciando fuori dalla sanzione tutti i casi di percezione del solo gettone di presenza.

Una simile lettura, se fosse corretta, sarebbe effettivamente irrazionale, in rapporto agli obiettivi perseguiti dal citato art. 30, comma 15, prima ancora che per gli innegabili riflessi sperequativi che comporta tra coloro che hanno adottato la delibera di indebitamento.

Essa, però, non è corretta, e va perciò disattesa, in quanto non conforme ai canoni ermeneutici della "interpretazione letterale" delle norme (v. art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale) e ancor più a quelli della interpretazione teleologica, che si informano alle "intenzioni del legislatore" (v. ancora art. 12 delle predette disposizioni), le quali resterebbero patentemente frustrate –come detto poc'anzi – dalla lettura proposta dall'avv. Rampini.

In realtà, come già evidenziato dalla giurisprudenza, le disposizioni dell'art. 30, comma 15, della l. n° 289/2002 -refluite nell'art. 82 TUEL - "si riferiscono ad enti territoriali eterogenei, aventi ordinamenti di settore sensibilmente diversi" tra loro, ed è per questa ragione che esse hanno

preso a base di calcolo della sanzione l' "indennità di carica" e non già l' "indennità di funzione", come erroneamente mostra di ritenere l'avv. Rampini (v. Sezione Giur. Corte conti Reg. Sicilia n°3198/2006).

Ebbene, sotto l'ampia dizione: "indennità di carica", che figura nell'art. 30, comma 15 della l. n°289/2002, vanno collocate sia l' "indennità di funzione" del sindaco, ex art. 23, comma 1, della l. n° 265/1999 e sia il "gettone di presenza" dei consiglieri comunali, ex precitato art. 23, comma 3, con l'ulteriore sub-distinzione di quest' ultimo a seconda che sia fruito su base giornaliera, in relazione alla specifica seduta alla quale si partecipa, ovvero forfetariamente su base mensile, come "indennità di funzione" dei consiglieri comunali, sempre che "gli statuti ed i regolamenti comunali prevedano una simile possibilità, ex ripetuto art. 23, comma 5; possibilità venuta meno, dall'1/1/2008, per effetto di quanto disposto dall'art. 25, 2° comma, della l. n° 244/2007 (finanziaria 2008).

Peraltro, l'importo complessivo dei gettoni (a base mensile), ovvero dell'indennità da corrispondere ai Consiglieri comunali "non potrà comunque superare la misura di un terzo dell'indennità massima prevista per il sindaco", ex art. 23, comma 3, più volte richiamato; misura oggi ridotta ad "un quarto" dal medesimo art. 25, 2° comma, della citata l. n° 244/2007, a decorrere ovviamente dall'1/1/2008.

In effetti, come chiarito dalla giurisprudenza, l'individuazione della "indennità da prendere a base di calcolo della sanzione, (comporta) una operazione di contestualizzazione della prescrizione normativa alle peculiarità (proprie) dell'ente presso il quale opera il responsabile dell'illecito", volta a capire come "in concreto viene remunerato l'ufficio ricoperto" dal medesimo (v. ancora Sez. Giur. Reg. Sicilia n° 3198/2006).

XXXIc2) – Peraltro, nell'avvertita esigenza di pervenire ad una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 30, comma 15, della l. n° 289/2002 che sia tale anche dal lato dell'ente che ha subito indebitamenti per spese non di investimento, non può accettarsi l'idea – prospettata dalle difese dei convenuti – secondo cui l' "indennità di carica" da prendere a base di calcolo della sanzione è costituita dal gettone di presenza percepito per il giorno in cui è stata adottata la deliberazione di indebitamento.

Ovvi criteri di ragionevolezza, conformi ai noti canoni di "adeguatezza" e "congruità" della sanzione" (v. precedente paragrafo XXX), pure richiamati – per i loro assistiti – dai difensori dei convenuti, inducono invece ad assumere a base di calcolo della sanzione il coacervo complessivo dei gettoni di presenza percepiti in un mese, in relazione all'altissimo rilievo sociale, economico, giuridico e politico dei beni-valori presidiati dall'art. 30, comma 15, della l. n° 289/2002, la cui tutela sarebbe ampiamente frustrata da una sanzione che venisse parametrata ad un solo gettone di presenza.

Del tutto corretta, pertanto, si manifesta la linea ragionativa della Procura che, nel determinare la sanzione dei consiglieri comunali ha considerato il coacervo complessivo dei gettoni di presenza percepiti in un mese, secondo le attestazioni di cui alla nota del dirigente amministrativo del Comune di Terni prot. n°1777405 del 30/10/2006 in atti (v. all. n°5 dell'ultima pag. della nota deposito atti n°1 della Procura).

XXXIc3) – Venendo, ora, ai dubbi di costituzionalità di cui alla lettera b) del precedente paragrafo XXXI), relativi al più sfavorevole sistema sanzionatorio al quale vanno incontro il Sindaco ed il Presidente del Consiglio comunale, rispetto a quello dei consiglieri, dovuto al fatto che i primi (e non anche i secondi) fruiscono della "indennità di funzione", il Collegio non può non ammettere che il sistema stesso presenta qualche asimmetria, da correggere –anche qui– con una lettura costituzionalmente orientata della norma.

Una simile necessità, tuttavia, va contemperata anch'essa con l'esigenza di non sminuire l'effettività della sanzione; e ciò anche per una salvaguardia in concreto della funzione di deterrenza della responsabilità amministrativo-contabile (ex Corte Cost. sent. n°371/1998), espressa meglio da una sistema di tipo sanzionatorio, che non risarcitorio(ex paragrafo XIe della sent. n°128-EL/2007 di questa Sezione).

Da questo punto di vista, il Collegio non può che prendere le distanze dalla tesi dell'avv. Rampini, volta a ricondurre su base giornaliera l' "indennità di funzione" del Sindaco e del Presidente del Consiglio comunale, per calcolare poi su di essa la sanzione relativa ai medesimi.

Il criterio prospettato dall'avv. Rampini, a ben vedere, produce – nei suoi risultati ultimi – gli stessi effetti distorsivi ai quali dà luogo il criterio del gettone di presenza legato alla specifica adozione delle censurate delibere consiliari, già criticato e scartato dal Collegio.

A ben vedere, il punto normativo di equilibrio tra le rispettive, contrapposte ed entrambe tutelabili esigenze di "congruità" della sanzione, che lega la posizione dei convenuti – da un lato – e quella dell'ente che subisce l'indebitamento –dall'altro – va individuato nella disposizione che limita la percezione dei gettoni di presenza a base mensile in un "importo pari ad un terzo dell'indennità massima prevista per il sindaco", ex art. 23, comma 3, della l. n°265/1999, oggi ridotta "ad un quarto" – come detto – dall'art. 2, comma 25, della l. n°244/2007.

La norma, in "filigrana", lascia trasparire quale sia il vero peso "retributivo" della partecipazione del Sindaco alle sedute deliberative del Consiglio, in rapporto alle funzioni complessive del medesimo, costituito da "un terzo" (oggi un quarto) della sua indennità, così che non sarebbe ragionevole andare oltre tale limite per determinare l'importo della sanzione in argomento.

Per tal via, mentre restano fermi per i consiglieri gli importi inferiori,

per gettoni di presenza percepiti nell'arco di un mese, invece le indennità di funzione del Sindaco e del Presidente del Consiglio comunale vanno ridotte alla misura corrispondente ad "un terzo della indennità (propria) del sindaco".

In atri termini, l' "indennità di carica percepita", a cui fa riferimento l'art. 30, comma 15, della l. n°289/2002, va intesa:

a) per i consiglieri, come il complessivo coacervo dei gettoni di presenza a base mensile, che non potrà mai superare la misura di un terzo dell'indennità di funzione del Sindaco (ora ridotta ad un quarto, come chiarito in precedenza);

b) per il Sindaco e per il Presidente del Consiglio comunale, il diverso maggior compenso previsto per i medesimi, il cui importo comunque non potrà mai superare – ai fini in discorso – il limite di un terzo della predetta indennità, ex art. 23, comma 3, della l. n° 265/1999 (ora ridotta ad un quarto, come detto poc'anzi).

XXXIc4) – Da ultimo, il Collegio ritiene di dover pienamente aderire alla richiesta dei difensori dei convenuti di fissare nella misura minima il coefficiente di moltiplicazione della base di calcolo della sanzione, in relazione alla modesta consistenza – per numero ed importi – dei casi di destinazione con colpa grave di risorse da indebitamento a spese non di investimento. E ciò, in base ai criteri stabiliti dall'art. 11 della l. n°689/1981, pure invocati dalle difese dei convenuti (v. pag. 44 della memoria del prof. Tarantini e degli avv. Baleani ed Antonucci), che il Collegio ritiene applicabili anche agli illeciti amministrativo-contabili, secondo le disposizioni del successivo art. 12 della medesima l. n°689/1981.

La circostanza, poi, che nella vicenda all'esame del Collegio siano state adottate due distinte delibere di indebitamento (escludendo la deliberazione n°111/2003 che, come detto al precedente paragrafo XVd4, resta fuori da ogni possibile sanzione), e quindi due distinte condotte illecite, rende inapplicabile il c.d. "cumulo giuridico" delle sanzioni, di cui all'art. 8, della l. n°689/1981 (estensibile anch'esso agli illeciti amministrativo-contabile, in base al precitato art. 12 della l. n°689/1981), e comporta, invece, l'applicazione del "cumulo materiale" delle sanzioni stesse.

XXXIc5) – Va da sé che il computo in concreto di tali sanzione deve avvenire:

a) per i consiglieri comunali, in base all'entità dei gettoni di presenza percepiti nel mese di adozione di ciascuno delle due delibere in riferimento da ogni singolo consigliere, quale attestate nella ricordata nota del comune di Terni n° 177405 del 30/10/2006, refluite nella tabella riportata in calce all'atto di citazione, non contestate dai difensori dei convenuti;

b) per il Presidente del Consiglio comunale, in base all'indennità di funzione percepita dal medesimo in ciascuno dei due mesi di riferimento, ridotta tuttavia alla misura corrispondente ad "un terzo della indennità del Sindaco". Per il Presidente del Consiglio comunale, dunque, non trova applicazione - nel caso - la più favorevole misura di "un quarto della indennità del Sindaco", fissata dall'art. 2, comma 25, della l. n°244/2007, in quanto, secondo il pacifico orientamento della giurisprudenza: "in materia di illeciti amministrativi (tra cui quelli contabili), l' adozione dei principi di legalità, irretroattività ed il divieto di applicazione analogica, comporta l'assoggettamento del comportamento considerato, alla legge del tempo del suo verificarsi, con conseguente inapplicabilità della disciplina posteriore più favorevole, senza che possano trovare applicazione gli opposti principi di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 2 c.p., attesa la differenza qualitativa tra le situazioni considerate" (cfr., testualmente, Cass. civ. Sez. III^ n°6249/1999 e, tra le tante altre, Cass. Civ. Sez. I^ n°414/2005 e Id. n°1117/1995). (*Omissis*).

**Per la rilevanza che riveste si ritiene opportuno pubblicare il testo della sentenza rinviando al prossimo numero la sua annotazione*

T.A.R. UMBRIA - 20 maggio 2008, n. 189 - *Pres*. Lignani - *Est*. Ungari - Comune Nocera Umbra (avv. Velatta) c. Regione Umbria (avv.ti Manuali - Ianotti) e nei confronti di Comune di Gualdo Tadino (avv. Matteucci) e di omissis (avv.ti Codacci Pisanelli - Gobbi - Festa) con l'intervento *ad adiuvandum* di omissis (avv. Grilli) e di omissis (avv. Angeli).

Acque minerali e termali – Disciplina giuridica – Codice dell'ambiente – È applicabile (d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152).

Acque minerali e termali – Concessione per lo sfruttamento – Disciplina giuridica – Codice dell'ambiente – È applicabile (Artt. 97 e 121, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152).

Acque minerali e termali – Concessione per lo sfruttamento – Interesse pubblico allo sfruttamento – Sussiste – Interesse pubblico alla tutela dell'ambiente – Sussiste.

La normativa concernente lo sfruttamento delle acque minerali (Regio Decreto 29 luglio 1927, n. 1443; Legge Regionale 11 Novembre 1987, n. 48) non preclude l'applicazione della normativa in materia di tutela e gestione delle risorse idriche, oggi dettata dal Decreto Legislativo 3 aprile 2006, n. 152 (1).

Ai sensi del combinato disposto degli artt. 97 e 121 del Decreto Legislativo 3 aprile 2006, n. 152, le concessioni di sfruttamento di acque minerali devono essere rilasciate tenuto conto delle esigenze di approvvigionamento e distribuzione delle acque potabili e delle previsioni del Piano di tutela di cui all'articolo 121 (2).

Nell'emanazione delle concessioni per lo sfruttamento di acque minerali, oltre all'interesse pubblico allo sfruttamento economico qualificato dalla normativa nazionale di cui al Regio Decreto 29 luglio 1927, n. 1443 e dalla Legge Regionale 11 Novembre 1987, n. 48, l'amministrazione è tenuta a valutare anche gli altri interessi pubblici di rilievo costituzionale prioritario (alla tutela dell'ambiente ed in particolare delle risorse idriche disponibili per la collettività, ma anche della tutela del paesaggio) necessariamente coinvolti dal prelievo ad uso commerciale (3).

FATTO e DIRITTO

(Omissis). Occorre a questo punto esaminare le censure indicate ai punti 5.4. e 7.4., sostanzialmente incentrate sulla omessa considerazione dell'incidenza del prelievo idrico sulle componenti ambientali.

Le parti resistenti sostengono la non applicabilità dei parametri a tal fine invocati dal Comune ricorrente: "Linee Guida transitorie" del Piano degli interventi urgenti e necessari ad affrontare la crisi idrica - Primo Stralcio" approvato -sulla base dell'O.P.C.M. n. 3230/2002- con O.P.G.R. n. 126 in data 26 novembre 2002; "criteri di valutazione" fissati dalla direttiva di cui alla deliberazione della G.R. n. 6306 in data 25 novembre 1998.

La tesi presuppone che la disciplina delle acque minerali rimanga estranea a quella delle (altre) acque pubbliche per rientrare in quella delle miniere.

Tale settorialità e specificità, già sancita dall'articolo 1, comma 4, della legge 36/1994, sarebbe stata confermata dal d.lgs. 152/2006, l'articolo 144, comma 5, del quale stabilisce che le acque minerali e termali e per uso geotermico sono disciplinate da norme specifiche, nel rispetto del riparto di competenze costituzionalmente determinato.

Il Collegio non condivide questa impostazione.

Infatti, la normativa concernente lo sfruttamento delle acque minerali (R.D. 1443/1927, l.r. 48/1987) non preclude l'applicazione della normativa in materia di tutela e gestione delle risorse idriche, oggi dettata dal d.lgs. 152/2006.

Il raccordo tra le normative si ritrova all'articolo 97 del predetto d.lgs. 152/2006, secondo cui le concessioni di utilizzazione delle acque minerali naturali e delle acque di sorgente sono rilasciate tenuto conto delle esigenze di approvvigionamento e distribuzione delle acque potabili e delle previsioni del Piano di tutela di cui all'articolo 121. Vale a dire, del Piano di tutela delle acque, che deve individuare, soprattutto, gli obbiettivi di qualità ambientale per ogni corpo idrico, sia superficiale che sotterraneo, e le conseguenti misure di tutela qualitative e quantitative, tra loro integrate e coordinate per bacino idrografico.

Può affermarsi dunque, in via di principio, che anche le concessioni di sfruttamento di acque minerali devono essere subordinate al Piano di Tutela.

Vero è che nella Regione dell'Umbria il predetto Piano, nonostante l'Intesa istituzionale in tema di Tutela delle acque e gestione integrata delle risorse idriche sottoscritta con il Governo in data 1 marzo 2004, non è stato ancora definito.

Peraltro, non ne deriva l'impossibilità attuale di valutare la sostenibilità ambientale della concessione di acque minerali in esame, al fine di conseguire gli obiettivi che l'articolo 121 direttamente assegna al Piano, vale a dire: garanzia del minimo deflusso vitale del corpo idrico interessato dal prelievo (nel caso in esame, il Rio Fergia), della capacità di ravvenamento della falda, dell'equilibrio del bilancio idrico del bacino o sottobacino (il n. 4, del Topino-Maroggia) di riferimento.

Infatti, a colmare la lacuna derivante dalla mancata definizione del Piano di Tutela intervengono i criteri di valutazione dettati dalle direttive di cui alla deliberazione della G.R. n. 6036/1998, applicative della l.r. 47/1987.

Tra questi - oltre alla valutazione delle "condizioni geologiche ed idrogeologiche degli acquiferi" (1.1.) e degli "interessi preminenti in ordine alle esigenze di caratere pubblico, in particolare con riferimento alle esigenze di approvvigionamento idropotabile" (1.2.), cui si riferivano le censure sopra esaminate - anche quella della "compatibilità degli interventi proposti rispetto ai siti interessati" (1.5.).

Ora, tale compatibilità non può che essere una compatibilità di carattere ambientale.

Non si vuole certo qui sostenere la necessità che venga svolta una vera e propria valutazione di impatto ambientale (che la legge, riguardo alle opere comportanti attingimenti di acqua, richiede, peraltro nell'allegato B, soltanto per gli acquedotti di lunghezza eccedente i 20 chilometri).

Ma soltanto che, ai fini della concessione di sfruttamento, occorre considerare anche l'incidenza del prelievo idrico sulle componenti ambientali.

Può aggiungersi che le stesse Linee Guida transitorie per la ricerca ed utilizzo di acque sotterranee, contenute nel Piano approvato con O.P.G.R. n. 126/2002, prevedono che l'utilizzatore della risorsa idrica accerti l'incidenza del prelievo sulla "conservazione degli ecosistemi sugli eventuali corsi d'acqua a valle" (pag. 39), mediante la "verifica dell'impatto della captazione prevista sull'ecosistema fluvio-torrentizio" (verifica, questa, da condursi nell'ambito del c.d. "studio idrogeologico preliminare" di cui al punto 2.8.) e l'individuazione del deflusso minimo vitale; vale a dire, della portata minima del corso d'acqua necessaria "per garantire la salvaguardia delle caratteristiche del corpo idrico e delle acque nonché per mantenere le biocenosi tipiche delle condizioni naturali locali".

Del resto, in sede di rilascio alla società OMISSIS del permesso di ricerca, vennero impartite prescrizioni che facevano riferimento proprio al Piano straordinario predetto (cfr. punto 4, lettera a), del deliberato della determinazione n. 1900/2003).

Dagli atti acquisiti al giudizio non risulta che siano stati effettuati tali accertamenti e verifiche.

La rilevanza sostanziale di quella che deve ritenersi una vistosa omissione appare evidente se si considera che i corsi d'acqua di rilevanza locale, per espressa previsione del P.T.C.P., vengono tutelati anche in quanto svolgono l'essenziale funzione di "corridoio ecologico".

L'omissione inficia la concessione impugnata.

11.6. Quanto alla violazione del Piano regionale degli acquedotti, sembra sufficiente osservare che la riserva della sorgente Boschetto a favore del Comune di Nocera Umbra (cfr. pag. 760 del Piano) è limitata a 20 l/s, misura che resta rispettata anche a seguito della concessione in esame.

Peraltro, la difesa della Regione sottolinea come il sistema dei vincoli (riserve), così come disciplinato dalla l.r. 5/2006, non impedisca il rilascio delle concessioni, ma le sottoponga ad un procedimento di revisione da parte delle province , con possibilità di limitazioni temporali e/o riduzioni quantitative per esigenze di uso idropotabile (articoli 7 e 8).

11.7. Ai sensi dell'articolo 10, comma 1, della l.r. 48/1987, la concessione è rilasciata "previo accertamento che il richiedente abbia la capacità tecnico-economica in relazione al programma dei lavori e al loro prevedibile sviluppo". Secondo la direttiva n. 6306/1998, ai fini del rilascio occorre tener conto "degli impegni assunti dal richiedente nonché delle capacità tecnico economiche dello stesso".

Ora, il requisito in esame risulta effettivamente valutato sulla base di una supposizione: quella secondo la quale deve ritenersi che OMISSIS S.r.l. abbia la capacità tecnico-economica per realizzare quanto previsto dal Programma generale dei lavori anche in relazione al fatto che si potrà

avvalere dell'esperienza maturata e dei risultati raggiunti da OMISSIS S.p.a. appartenente allo stesso gruppo imprenditoriale ...".

Tale assunto, però, non risulta assistito da adeguato fondamento giuridico.

La stessa Regione, nelle sue difese, si limita a sottolineare che è la Banca di Roma ad aver attestato la capacità economica della concessionaria, e che OMISSIS è controllata da una holding multinazionale "di grande solidità finanziaria".

Ora, è un fatto che OMISSIS, secondo quanto risulta dagli atti, non possedeva in proprio una adeguata solidità economica ed esperienza, avendo un capitale sociale di poco superiore a 50.000 Euro ed essendo stata costituita proprio per la gestione della concessione di sfruttamento in questione.

Può darsi che l'appartenenza al medesimo gruppo economico di due società che operano nello stesso settore consenta di fare affidamento sulle chance imprenditoriali dell'una, per trarne rassicurazione sulle prospettive dell'altra. Ma ciò presuppone che il collegamento tra i due distinti soggetti venga valutato in concreto, sulla base di un piano industriale che evidenzi gli impegni aziendali, così da rendere probabile che verranno mantenuti nel tempo comportamenti sinergici, e non concorrenziali (non va dimenticato che OMISSIS ed OMISSIS risultano titolari di due marchi di acque minerali che si rivolgono al medesimo mercato, pur nelle prevedibili differenziazioni della campagna pubblicitaria).

Nulla di tutto ciò è rinvenibile nell'istruttoria sottesa i provvedimenti impugnati.

La verità è che l'idoneità soggettiva di OMISSIS è stata apprezzata mediante un riferimento diretto a *Omissis*, senza ulteriori distinzioni o approfondimenti.

Ma tale approssimazione, ad avviso del Collegio, inficia la concessione impugnata.

11.8. Anche l'accertamento della rilevanza degli investimenti e dell'intervento sull'economia locale e regionale, appare viziato.

Le prospettazioni delle parti resistenti enfatizzano l'interesse pubblico che l'ordinamento, e segnatamente la l.r. 48/1987, attribuiscono allo sfruttamento delle acque minerali; e sottendono che la disciplina speciale del settore costituirebbe il riferimento esclusivo per le decisioni concernenti lo sfruttamento delle acque minerali.

La difesa della Regione giunge a sostenere che la censura sull'inadeguatezza degli investimenti proposti dall'aspirante concessionario "si risolve in una denuncia di carattere politico-sociale sui profitti che le società concessionarie di acque minerali realizzano in sede commerciale".

Il Collegio al contrario ritiene che, al di là dell'enfasi (o forse della

passione civile) con cui le problematiche vengono affrontate nel ricorso, la questione abbia una effettiva valenza giuridica.

La rilevanza accordata al programma di investimenti, dall'articolo 8, comma 2, della l.r. 48/1987 e dalla direttiva n. 6306/1998, assume anche il significato di collegare la rilevanza commerciale della risorsa idrica come acqua minerale con le altre utilizzazioni cui la medesima risorsa idrica, componente fondamentale degli ecosistemi, deve essere destinata sulla base dei principi costituzionali e delle relative disposizioni legislative.

In questa prospettiva, l'accertamento in questione viene richiesto dalla legge per "compensare" la sottrazione della risorsa idrica a quella che sarebbe la sua destinazione naturale, vale a dire all'alimentazione del reticolo idrografico della zona con le diverse utilizzazioni consentite.

Non può negarsi che, di regola, prelevare un acqua minerale impoverisce l'ambiente della zona interessata.

Si tratta quindi di stabilire, da un lato, se detta sottrazione sia compatibile con le esigenze di tutela ambientale e con il mantenimento degli usi della risorsa idrica che rivestono carattere prioritario rispetto allo sfruttamento commerciale (a cominciare da quello idropotabile diretto). Dall'altro se, accertata detta compatibilità (che equivale alla possibilità di estrazione dell'acqua minerale), vi sia anche un'adeguata convenienza, per la collettività locale e per quella regionale, a consentire quella che, comunque (anche se compatibile) rimane una sottrazione di risorse.

Se è vero, come è già stato precisato, che lo sfruttamento di quel bene del patrimonio indisponibile che è costituito dalle falde acquifere minerali viene qualificato di "interesse pubblico" dalla normativa nazionale di cui al R.D. 1443/1927 e dalla l.r. 48/1987 (cfr. TAR Umbria, 12 settembre 2007, n. 673), è anche evidente che occorre tener conto degli altri interessi pubblici di rilievo costituzionale prioritario - alla tutela dell'ambiente ed in particolare delle risorse idriche disponibili per la collettività, ma anche della tutela del paesaggio - necessariamente coinvolti dal prelievo ad uso commerciale.

Ora, nel caso in questione, le censure sollevate dal Comune di Nocera Umbra evidenziano come gran parte degli investimenti proposti non abbiano una ricaduta diretta ed apprezzabile sull'economia locale.

Dette censure, nella misura in cui ridimensionano drasticamente la valenza degli investimenti proposti (cfr. supra, punto 7.5.) non hanno trovato confutazione in giudizio. Pertanto, gli interventi apprezzabili si riducono di molto, rimanendo sostanzialmente limitati alla realizzazione delle opere, che costituisce una percentuale limitata del valore del programma di investimenti considerato nel provvedimento (ed alla quale, peraltro, nulla assicura che partecipino imprese e manodopera locale).

Ora, può darsi che l'indotto generato dalla realizzazione delle opere

e la creazione dei posti di lavoro (è questa, in definitiva, come riconosce la stessa difesa della Regione - cfr. pag. 30 della memoria in data 23 ottobre 2007, la vera ricaduta economica per la collettività dell'iniziativa imprenditoriale legata alla concessione) giustifichino la sottrazione di una portata idrica altrimenti destinata ad alimentare il corso del fiume Topino (sullo stato del quale è stata depositata eloquente documentazione fotografica) e derivatamente il Tevere.

Ma ogni valutazione al riguardo avrebbe dovuto discendere da una ponderazione degli interessi contrapposti che prendesse in considerazione la loro reale consistenza.

Ciò che, per quanto esposto, non sembra essere avvenuto. *(Omissis).*

(1-3) Brevi note sul regime giuridico delle acque minerali.

1. Con la sentenza in epigrafe il Tar dell'Umbria, chiamato a pronunciarsi in ordine alla legittimità di una concessione rilasciata dalla Regione per lo sfruttamento delle acque minerali in favore di una nota società operante nel settore, ha superato l'ottica monodimensionale in origine attribuita dalla giurisprudenza alla legge mineraria [(1)] e, rifiutando la tesi che concepiva il rapporto tra la disciplina concernente l'utilizzazione delle acque minerali e quella dettata dal d.lgs. n. 152/2006 in termini di rigida separazione, ha operato una *reductio ad unitatem* della normativa in *subiecta materia*,

---

[(1)] Per una approfondita descrizione del regime giuridico delle acque minerali, cfr. Amorosino, *Le acque più "pregiate": i regimi amministrativi delle acque minerali e termali*, in Atti del XVI Congresso Italo-Spagnolo dei professori di Diritto Amministrativo, Saragozza 23-25 ottobre 2008, 42 ss.; Formica, *Acque minerali e termali: evoluzione normativa*, in *www.giustamm.it.* Sul tema, si segnala inoltre, Simoncelli, *Le acque minerali ed il nuovo diritto minerario*, in *Foro it.*, 1930, I, 477 ss.; Papaldo, *Acque minerali e stabilimenti termali (voce)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 450 ss.; Morbidelli, *Miniere e cave (voce)*, in *Guida aut. loc.*, Roma, 1978, 351 ss.; Manzin, *Imprenditorialità privata e intervento pubblico nella disciplina delle acque minerali*, in *Liuc Papers*, n. 38, *Serie Impresa e Istituzioni*, 1997; Calà, *Evoluzione della legislazione sulle acque minerali*, in *Boll. Chim. Igien.*, 2004, 277 ss.; Temporelli-Mantelli, *Acque potabili minerali e naturali: le nuove disposizioni di legge in riferimento ai parametri chimici*, in *L'acqua*, 2004, 53 ss. Per le acque pubbliche, cfr. Pacelli, *Le acque pubbliche*, Padova, 1934, 15 ss.; Pernigotti, *Acque pubbliche (Parte generale)*, in *Enc. dir.*, I, 1958, Milano, 401 ss.; Iannotta, *Acque pubbliche*, in *Dig. disc. pubbl.*, I, Torino, 1987, 51 ss.; Lugaresi, *Le acque pubbliche. Profili dominicali, di tutela e di gestione*, Milano, 1995; Palazzolo, *Acque pubbliche (voce)*, in *Enc. dir.*, IV agg., Milano, 2000, 34 ss.; Id., *Il regime delle acque pubbliche*, in *Rass. giur. en. el.*, 2000, 289 ss.; Berti, *Problemi attuali della disciplina del demanio idrico*, in *Jus*, 2001, 259 ss.; Bartolini, *Le acque tra beni pubblici e pubblici servizi*, in *www.giustamm.it*

osservando come il R.D. 1443/1927 e la l.r. 48/1987 non precludano affatto l'applicazione della normativa "ambientale" in materia di tutela e gestione delle risorse idriche.

La pronunzia in esame merita, pertanto, di essere segnalata, in quanto contiene innovativi principi che costituiscono la comprovata espressione della ormai diffusa consapevolezza volta ad evidenziare la necessità di assicurare una adeguata protezione dell'acqua [(2)], risorsa considerata di estrema importanza tanto da essere stata definita «come un diritto fondamentale ed inviolabile dell'uomo…assoluto, inalienabile, irrinunciabile, imprescrittibile, incomprimibile» [(3)].

Tale decisione, inoltre, suscita un particolare interesse per una ulteriore ragione: ponendosi in linea con la ormai indiscutibile esigenza di preservare tale risorsa naturale della sua evidente limitatezza, essa risulta altresì conforme all'innovativa concezione dell'ambiente fatta propria dalla maggioritaria giurisprudenza del nostro tempo, la quale definisce quest'ultimo come un bene giuridico materiale e complesso, sul cui oggetto possono insistere differenti interessi giuridicamente rilevanti, ciascuno dei quali, però, secondo specifici e peculiari aspetti [(4)].

Ciò premesso, pare ora possibile circoscrivere l'ambito della riflessione che in questa sede proveremo ad operare.

Nelle pagine che seguono, dopo aver evidenziato le specifiche ragioni che, a nostro avviso, permettono di esprimere un giudizio positivo in ordine alla posizione assunta dal Collegio adito nella decisione in esame, proveremo ad operare qualche ulteriore considerazione di carattere più generale, onde chiarire se – ed in quali termini – sia possibile ammettere la compatibilità tra lo sfruttamento ai fini commerciali di una risorsa naturale e le esigenze volte a salvaguardare quest'ultima, concepita quale componente essenziale dell'ambiente e, in quanto tale, quale «bene primario della vita dell'uomo» [(5)].

[(2)] In termini generali il problema è affrontato da Sandri, *L'acqua: una risorsa strategica?*, in *Riv. giur. ambiente*, 2003, 1 ss.

[(3)] Così, Bartolini, *Le acque tra beni pubblici e pubblici servizi*, cit.

[(4)] Corte cost., 14 novembre 2007, n. 378, in *www.cortecostituzionale.it*; Id., 18 aprile 2008, n. 105, *ivi*; Id, 27 giugno 2008, n. 232, *ivi*; Id., 23 gennaio 2009, n. 12, *ivi*. Sulla definizione di ambiente, tra i numerosi contributi, cfr. Caravita, *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2005, III ed., 13 ss.; Lombardi, *I profili giuridici della nozione di ambiente: aspetti problematici*, in *Foro amm – TAR*, 2002, 764 ss.; Mantini, *Per una nozione costituzionalmente rilevante di ambiente*, in *Riv. giur. ambiente*, 2006, 207 ss.; Porena, *L'ambiente come "materia" nella recente giurisprudenza costituzionale: "solidificazione" del valore ed ulteriore "giro di vite" sulla competenza regionale*, in *www.federalismi.it*, 2009; Rossi, *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2008, 11 ss. Superato, ma sempre degno di particolare attenzione è il saggio di Giannini, *«Ambiente»: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1973, 15 ss.

[(5)] Così l'acqua viene definita da Corte cost., 10-19 luglio 1996, n. 259, in *www.cortecostituzionale.it*

2. La disamina della decisione in esame non può che prendere le mosse dalle condivisibili argomentazioni con le quali il Tar dell'Umbria ha risolto la specifica vicenda sottoposta alla sua attenzione.

Al fine di comprendere appieno le ragioni che ci inducono a giudicare positivamente la posizione adottata dal giudice amministrativo umbro, pare opportuno premettere una breve descrizione della cornice normativa e giurisprudenziale di riferimento entro cui la pronunzia in epigrafe si viene a collocare.

In proposito, occorre pertanto ricordare come, fino ad un recente passato, la giurisprudenza amministrativa fosse solita assegnare alla disciplina concernente la ricerca e la coltivazione delle acque minerali un valore strettamente settoriale: sulla scorta del dato offerto dalla legislazione, infatti, questa aveva affermato il principio secondo cui ogni attività estrattiva avrebbe dovuto essere considerata di interesse pubblico, in quanto l'essenziale finalità perseguita con la sua realizzazione sarebbe consistita nel perseguimento di un razionale sfruttamento delle risorse presenti in natura [(6)].

Ad avviso di tale filone giurisprudenziale, le sostanze minerarie (cui, come è noto, sono assimilate le acque minerali e termali ai sensi dell'art. 2, co. 3, lett. *e)* del R.D. 1443/1927), dovevano quindi essere considerate esclusivamente in "termini economici", ossia come beni presi in considerazione dall'ordinamento giuridico solo in ragione del profilo economico loro proprio, in quanto assoggettate ad una specifica disciplina volta ad assicurare la compatibilità tra il loro sfruttamento e l'interesse generale connesso a quest'ultimo.

L'emanazione del provvedimento di concessione mineraria, di conseguenza, per il giudice amministrativo doveva essere sottoposta alla sola valutazione operata, da parte dell'amministrazione competente, in ordine al profilo dell'interesse pubblico alla produzione e doveva essere incentrata, pertanto, sulla mera verifica della capacità tecnico organizzativa del soggetto richiedente la concessione circa la possibilità di soddisfare, nel modo migliore possibile, il pubblico interesse correlato all'utilizzazione commerciale delle risorse predette.

Tale impostazione, però, già negli anni '50 si presentava poco coerente con il quadro normativo di riferimento. Con l'emanazione dell'art. 5 del d.p.r. 28 giugno 1955, n. 620, infatti, il legislatore, riconoscendo agli enti locali interessati la possibilità di presentare osservazioni in occasione del procedimento di rilascio della concessione per la coltivazione dei giacimenti delle acque minerali, aveva già evidenziato come in *subiecta materia* fossero coinvolti interessi pubblici eterogenei, cui avrebbe dovuto essere assicurata una adeguata protezione [(7)].

[(6)] Sul punto, cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 6 febbraio 1981, n. 22; Id., Sez. VI, 27 ottobre 1988, n. 1176.

[(7] In senso conforme, cfr. Cons. Stato, Sez. V, 27 febbraio 2001, n. 1063, in *www.giustizia-amministrativa.it*

Ciò nonostante, dall'esame dei repertori emerge come solo di recente siffatta impostazione sia stata messa in discussione dalla giurisprudenza amministrativa.

In particolare, negli ultimi anni si è andata diffondendo la differente concezione secondo cui l'interesse pubblico allo sfruttamento delle miniere (e, pertanto, l'interesse pubblico allo sfruttamento economico delle acque minerali) non può affatto essere ritenuto preminente rispetto all'emersione di altri interessi pubblici, in quanto, la gestione di tali risorse deve essere invece improntata ad un necessario contemperamento tra la necessità di tutela (ambientale) e le esigenze di valorizzazione economica [8].

Le miniere (e, per quel che qui interessa, le acque minerali), in altri termini, a parere del giudice amministrativo non dovrebbero essere considerate solo per il profilo patrimoniale loro proprio, in quanto presenterebbero un ulteriore aspetto, correlato ad interessi pubblici di valore primario, tale da permettere di attribuire a queste ultime una natura ancipite: da un lato, quella di *beni giuridici patrimoniali*, in riferimento alla evidente funzione economico-produttiva che li caratterizza; dall'altro, quella di *beni giuridici ambientali*, in riferimento alla c.d. multifunzionalità ambientale.

Ebbene, seppure i distinti concetti di multifunzionalità ambientale e di funzione economico-produttiva siano il frutto di una elaborazione operata dalla Consulta solo di recente [9], non v'è dubbio del fatto che il superamento della previgente impostazione monodimensionale presenti evidenti analogie con l'innovativo approccio della scienza giuridica al "problema ambientale", avendo il giudice amministrativo abbandonato la precedente posizione, mediante una progressiva valorizzazione dell'aspetto (*rectius*, dell'interesse) ambientalistico, a discapito di quello di carattere prettamente "economico".

E così, convenendo sull'esistenza di una pluralità di interessi pubblici eterogenei, la giurisprudenza amministrativa ha iniziato a reputare illegittime le concessioni minerarie emanate sulla base di un'istruttoria volta a verificare la sola preminenza dell'interesse minerario ed adottate, oltretutto, nonostante il pregiudizio recato nei confronti degli altri interessi ambientali concorrenti con quest'ultimo.

In proposito, meritano di essere segnalate due significative pronunzie della Sesta Sezione del Consiglio di Stato, rispettivamente del 2003 [10] e del 2006 [11].

In tali decisioni i giudici di Palazzo Spada, chiamati peraltro a definire

---

[8] In tal senso, cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 4 ottobre 2005, n. 5294, in *www.giustizia-amministrativa.it*

[9] Tali espressioni sono riprese da Corte cost., 18 aprile 2008, n. 105, in *www.cortecostituzionale.it*

[10] Cons. Stato, Sez. VI, 18 aprile 2003, n. 2085, in *www.giustizia-amministrativa.it*

[11] Cons. Stato, Sez. VI, 11 aprile 2006, n. 2001, in *www.giustizia-amministrativa.it*

lo specifico rapporto intercorrente tra gli intessi economici (*rectius*, minerari) perseguiti mediante l'emanazione delle c.d. concessioni minerarie e gli interessi ambientali salvaguardati dalla disciplina generale in materia di gestione e di tutela delle risorse idriche, hanno risolto tale *vexata quaestio* in termini particolarmente innovativi, collegando (*rectius*, armonizzando) il pubblico interesse allo sfruttamento commerciale delle miniere (e quindi altresì delle acque minerali) all'esigenza di rispettare i principi generali in materia di tutela qualitativa e quantitativa delle acque, concepite come componenti essenziali del bene giuridico ambiente.

Nello specifico, muovendo dall'esame del panorama normativo nazionale e comunitario, dopo aver evidenziato come l'acqua, intesa come risorsa [(12)], abbia assunto nella più recente legislazione la dimensione di *bene primario della vita dell'uomo* che deve essere salvaguardato (sia in modo da fronteggiare i notevoli rischi che potrebbero conseguire in ragione della natura scarsa della risorsa, sia al fine di assicurare la sua preservazione in funzione prospettica della tutela delle esigenze delle generazioni future), il Consiglio di Stato ha costruito il rapporto tra l'interesse alla coltivazione delle miniere e quello ambientale alla tutela delle acque in termini di sovraordinazione del secondo al primo, facendo salva, purtuttavia, la possibilità di operare una armonizzazione mediante il contemperamento della tutela dei beni comuni con la possibilità di procedere ad una loro valorizzazione economica.

In tali pronunzie, in sostanza, i giudici di Palazzo Spada, da un lato, hanno rifiutato la prevalenza delle ragioni economiche su quelle ambientali; dall'altro, hanno evitato di cadere nell'eccesso opposto e, pur riconoscendo alle risorse idriche, intese come componenti essenziali del bene giuridico ambiente, un valore intrinseco e primario, hanno escluso la possibilità di postularne l'inviolabilità, evidenziando come, in una società complessa ed in continua evoluzione qual è la nostra, sussista una pluralità di valori, i quali, sebbene talvolta possano apparire configgenti, non devono essere totalmente sacrificati. Prima che uno di questi valori possa essere travolto, è infatti opportuno raggiungere un equilibrio concreto ed idoneo a consentire la realizzazione di un ulteriore interesse pubblico parimenti rilevante [(13)].

[(12)] L'acqua come risorsa «non è un bene che possa formare oggetto di dominio, ma un apprezzamento concettuale unitario di un insieme qualificato ed indeterminato di cose, che singolarmente possono formare oggetto di un interesse collettivo, e, quindi pubblico» (Palazzolo, *Acque pubbliche (voce)*, cit., 41). Tale qualificazione «inerisce alla stessa natura del bene ed al valore che esso riveste in maniera diretta e immediata per l'organizzazione sociale presente e futura» (Pastori, *Tutela e gestione delle acque: verso un nuovo modello di amministrazione*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti,* Modena, 1996, 1290) e «descrive il nesso fra necessità generali e lo sfruttamento di una sostanza coinvolta in molteplici attività umane e sottoposta ad innumerevoli utilizzazioni oltre che a trasformazioni naturali» (Gragnoli, *Nuovi indirizzi sulla disciplina dell'acqua,* in *Rass. giur. en.el.*, 2000, 358).

[(13)] In dottrina, in senso analogo cfr. Caravita, *Diritto dell'ambiente*, cit., 28 ss.

Più precisamente, superando la limitata portata applicativa che in origine era stata assegnata al R.D. 1443/1927, con le citate decisioni, dopo aver precisato a chiare lettere che la "prevalenza" di un interesse su un altro non significa assoluta "intangibilità", il Consiglio di Stato ha escluso la possibilità di risolvere "a priori" l'apparente antinomia tra interessi ambientali ed interessi produttivi, ravvisando, invece, la necessità di operare un bilanciamento concreto il quale, pur presentandosi particolarmente attento alla rilevanza ed alla necessità del sacrificio di una risorsa primaria *ex se* considerata, si deve al contempo fondare su una effettiva analisi dei costi e dei benefici di una attività che presuppone necessariamente il sacrificio di una risorsa idrica.

Negli ultimi anni, pertanto, i giudici amministrativi hanno escluso che il rischio ambientale consequenziale ad un eccessivo sfruttamento delle risorse minerarie (e, quindi, dell'acqua minerale) possa precludere in astratto l'esercizio di una attività produttiva. A parere di costoro, infatti, se ciò si realizzasse, allora si produrrebbe inevitabilmente un costo ritenuto eccessivo, non solo in termini puramente patrimoniali, ma anche – e soprattutto – in termini di interesse pubblico.

Ebbene, anche se questi ultimi principi sono stati espressi termini generali per definire i rapporti tra l'esigenza di salvaguardare le risorse idriche e gli aspetti settoriali connaturati all'applicazione della peculiare disciplina di settore dettata per la ricerca, la coltivazione, l'estrazione delle sostanze minerali, non pare possibile omettere di rilevare come tali assunti assumano un particolare rilievo nel caso in cui l'interesse commerciale alla base della concessione mineraria sia riferito alle acque minerali.

Queste ultime, infatti, costituiscono le sostanze minerarie per le quali si avverte, probabilmente in forma ancora più marcata, l'esigenza di operare un bilanciamento tra costi e benefici, posto che, oltre a presentare una indiscutibile funzione economica e produttiva, al contempo identificano una componente essenziale del «bene giuridico ambiente».

E così, anche se non espressamente richiamate dal Collegio umbro nella decisione in esame, a nostro avviso le statuizioni contenute nei su menzionati pronunciamenti del Consiglio di Stato potrebbero essere ragionevolmente considerate come un precedente fondamentale per il superamento della tradizionale separazione normativa fra la disciplina delle acque minerali e quella delle acque potabili operata dal Tar Umbria nel caso di specie.

Volgendo quindi l'attenzione allo specifico contenuto della pronunzia in epigrafe, non v'è dubbio che al Tar dell'Umbria debba essere riconosciuto proprio il merito di aver affrontato (e risolto) in termini particolarmente innovativi le problematiche derivanti dalla frammentazione della disciplina giuridica sulle acque minerali, ancorando i principi messi in luce nei su richiamati pronunciamenti dei giudici di Palazzo Spada al dato offerto da diritto positivo.

Come correttamente osservato dal Collegio umbro, infatti, la specifica necessità di contemperare gli interessi di carattere ambientale con le finalità

pubblicistiche perseguite mediante lo sfruttamento dell'acqua minerale è sancita a chiare lettere in alcune disposizioni del Codice dell'ambiente.

Più precisamente, nel caso di specie la precedente ottica monodimensionale è stata abbandonata dal giudice amministrativo rilevando come ai sensi dell'art. 97 del d.lgs. n. 152/2006, le concessioni di utilizzazione delle acque minerali e delle acque di sorgente possano essere rilasciate solo tenuto conto, tanto delle esigenze di approvvigionamento e di distribuzione delle acque potabili, quanto delle previsioni del piano di tutela di cui al successivo art. 121.

Gli articoli sopraccitati assumono, infatti, una primaria rilevanza per la soluzione della questione affrontata dalla pronunzia qui commentata, in quanto costituiscono i parametri di riferimento opportunamente utilizzati dai giudici umbri al fine di rompere con la tradizionale convinzione diretta a giustificare la sottrazione delle acque minerali dalla complessiva disciplina delle acque pubbliche.

Di conseguenza, se il combinato disposto delle disposizioni suindicate esclude l'estraneità tra la disciplina delle acque minerali e quella in materia di tutela e gestione delle risorse idriche [14] e rivela, invece, la possibilità di coordinare, quanto meno nei principi di riferimento, il Codice dell'ambiente, da una parte, al R.D. 1443/1927 ed alle singole leggi regionali, dall'altra, allora pare cogliere nel segno il giudice umbro nell'affermare la necessità di subordinare l'emanazione delle concessioni di acque minerali e termali ad una congrua ponderazione tra l'interesse allo sfruttamento economico e quello alla protezione ambientale.

Il d.lgs. n. 152/2006 sembra, in altri termini, aver codificato il principio secondo cui, al fine di evitare "costi" [15] ritenuti eccessivi, in quanto consequenziali ad una sproporzionata rinuncia ad un'altra scelta concretamente possibile (16), la comparazione dovrebbe essere risolta volta per volta mediante una specifica ed effettiva indagine circa la possibilità di operare un sostenibile sacrificio di una bene primario (l'acqua come risorsa) al fine di realizzare interessi – quali sono quelli all'utilizzazione delle acque minerali – ulteriori, ma non certo meno meritevoli di tutela pur se antagonisti.

3. Le conclusioni cui è pervenuto il Tar dell'Umbria, sebbene siano circoscritte ad uno specifico settore qual è quello della disciplina giuridica delle acque minerali, esprimono principi di notevole spessore.

Tale pronunzia, infatti, riconoscendo espressamente alle acque minerali

---

[14] In tal senso, cfr. Roccella, *Tutela ed uso delle risorse idriche*, in *Commentario in materia di risorse idriche*, Pototshnig-Ferrari (*a cura di*), Padova, 2000, 15.

[15] Con questo termine ci riferiamo al c.d. «costo di opportunità». In questa prospettiva, il «costo» è tutto ciò a cui si rinuncia quando, per risparmiare alcune risorse si rifiuta un'altra scelta possibile. In senso conforme, cfr. Corso, *La valutazione del rischi ambientale*, in *Diritto dell'ambiente*, Rossi (*a cura di*), Torino, 2008, 164.

il profilo concernente la c.d. multifunzionalità ambientale, sancisce per la prima volta a chiare lettere il superamento della distizione qualitativa tra le varie tipologie di risorse idriche, riconoscendo a queste ultime (*lato sensu* intese) l'attitudine al soddisfacimento di una pluralità di bisogni, tanto industriali, quanto ambientalistici.

È evidente, pertanto, come con la decisione in esame il Collegio umbro abbia realizzato un equilibrio tra i rischi cui potrebbe essere esposto il patrimonio idrico e l'esigenza di utilizzare l'acqua intesa come risorsa economica.

Su tale decisione, di conseguenza, non può che essere espresso un giudizio particolarmente positivo e ciò non solo in ragione delle argomentazioni richiamate nel paragrafo precedente. Ampliando l'ambito di indagine, infatti, pare possibile individuare ulteriori considerazioni a sostegno di siffatta conclusione.

In particolar modo, volgendo l'attenzione al quadro offerto dal contesto normativo nazionale ed europeo, giova all'uopo ricordare come l'accento sull'interesse ambientale che è alla base della esigenza di una salvaguardia dell'acqua sia stato in più occasioni al centro di importantissimi interventi.

Nello specifico, sul versante comunitario, il maggiore interesse per la protezione delle acque è stato evidenziato, dapprima, nella Carta europea dell'acqua approvata dal Consiglio d'Europa il 16 maggio 1968, successivamente nelle direttive comunitarie 98/83 e 60/2000 [17]: tali provvedimenti sono infatti stati emanati al fine di disciplinare l'acqua come vera e propria "risorsa" ambientale da salvaguardare, in un quadro complessivo caratterizzato dalla massimizzazione della necessità di mantenere integro il patrimonio ambientale.

Sul versante nazionale, poi, di primaria importanza è stata l'emanazione della legge n. 36/1994 [18] e del d.lgs. n. 152/1999, normative successivamente abrogate e sostituite dal già richiamato d.lgs. 152/2006 [19]. Dal complesso delle disposizioni contenute nei testi legislativi appena menzionati, si ricava infatti l'evidente volontà di preservare l'integrità del patrimonio

---

[16] Il «costo di opportunità» può anche essere definito come «costo eventuale» della risorsa: tale costo emerge allorquando vi sia una competizione per l'uso della stessa quantità di acqua da parte di altri soggetti (per osservazioni analoghe, si rinvia a Massarutto, *L'acqua*, Bologna, 2008, 69).

[17] Per un esame del quadro comunitario, cfr. Urbani, *Il recepimento della direttiva comunitaria sulle acque (2000/60): profili istituzionali di un nuovo governo delle acque*, in *Riv. giur. ambiente*, 2004, 209 ss.; Cordini, *La tutela dell'ambiente idrico in Italia e nell'Unione Europea*, *ivi*, 2005, 699 ss.

[18] In proposito, cfr. Tarsia Di Belmonte, *Il contenuto giuridico della dichiarazione di pubblicità delle acque affermata dalla L. n. 36 del 1994*, in *Rass. Avv. St.*, 1996, 217 ss.; Giracca, *Le risorse idriche alla luce dei principi generali della Legge Galli*, in *Giust. civ.*, 2003, 337 ss.

[19] Cfr. art. 175 comma 1 lett. *u* e *bb*).

idrico attraverso una regolamentazione unitaria che, traducendosi in un coordinamento delle attuali necessità con quelle delle generazioni future, permetta di attenuare i possibili rischi consequenziali alla scarsità di una risorsa di primario ed assoluto valore [20].

Sebbene nel caso di specie i giudici umbri pare si siano limitati ad affermare la necessità di subordinare il rilascio delle concessioni di sfruttamento delle acque minerali alla preventiva valutazione di compatibilità circa gli obiettivi prefissati nel Piano di tutela delle acque, appare doveroso evidenziare come la posizione assunta dal Tar dell'Umbria nella sentenza in esame, oltre a dare applicazione al combinato disposto degli artt. 97 e 121, si presenti altresì conforme tanto ai principi generali contenuti nella parte I (in particolare, artt. 3-*bis*, 3-*ter,* 3-*quater*), quanto alle norme contenute nella parte III, sezione III (in particolare, art. 144) dello stesso Codice.

In particolare, leggendo con attenzione l'art. 144 [21], pare possibile sostenere come tale disposizione, se interpretata correttamente, permetta di estendere l'ambito oggettivo di applicazione delle disposizioni del d.lgs. n. 152/2006 anche alle acque minerali e termali.

Più precisamente, atteso che i principi posti dal Codice dell'ambiente «costituiscono principi generali in tema di tutela dell'ambiente, adottati in attuazione degli articoli 2, 3, 9, 32, 41, 42, 44, 117, commi 1 e 3 della Costituzione» (cfr. art. 3-*bis*), allora il fatto che il legislatore delegato abbia sentito la necessità salvare – proprio nell'art. 144 e con espresso riferimento alle acque minerali e termali – le speciali normative vigenti in materia, affermando al contempo l'obbligo di rispettare il riparto delle competenze legislativamente determinato, è sintomo della volontà di escludere ogni dubbio circa l'applicabilità dei principi posti a protezione di tale risorsa naturale anche alle acque minerali.

Detto altrimenti, l'art. 144 (e, più precisamente, la disposizione contenuta nel comma 5) non costituisce una norma inutile, come all'apparenza potrebbe apparire, ma conferma la fondatezza della tesi secondo cui, accanto al bene giuridico ambiente inteso in senso unitario, possono coesistere altri beni giuridici, aventi ad oggetto specifici componenti del bene giuridico ambente, ma concernenti interessi diversi giuridicamente tutelati.

---

[20] Sul punto, cfr. Cazzagon, *Le acque nel Codice dell'ambiente*, in *Riv. giur. ambiente*, 2007, secondo cui, «con tali normative il legislatore è pervenuto alla considerazione espressa in via di principio delle acque come risorsa ambientale costituente in sé la finalità e il risultato, non più il mezzo dell'azione dei pubblici poteri» (443).

[21] L'art. 144 disciplina la tutela e l'uso delle risorse idriche, riproducendo in buona parte il contenuto dell'art. 1 della legge n. 36/1994. Tale disposizione, persegue la funzione di dettare i criteri fondamentali per l'amministrazione e la salvaguardia dell'acqua intesa come risorsa, ossia come bene giuridico ambientale, che è di tutti e che serve all'intera collettività (in tal senso, cfr. Cazzagon, *Le acque nel Codice dell'ambiente*, cit.).

Il legislatore, in altre parole, con tale disposizione pare aver anticipato di qualche mese il principio espresso nel 2007 dalla Consulta [22], individuando nell'ambiente una "materia trasversale" e riconoscendo, di conseguenza, come sullo stesso oggetto sia possibile identificare una coesistenza di due interessi diversi sottoposti a differenti ma tutt'altro che inconciliabili regimi giuridici:

a) quello alla conservazione dell'acqua intesa come risorsa ambientale, dettato universalmente dal Codice dell'ambente ed applicabile, pertanto, anche alle acque minerali;

b) quello inerente all'utililizzazione dell'acqua minerale, intesa a sua volta come risorsa economica, imposta dal R.D. 1443/1927 e, per ogni Regione, dalla specifica normativa regionale.

Se così è, allora, affermando l'applicabilità della normativa in materia di tutela e gestione di risorse idriche, il Collegio adito pare avere accolto in pieno la suindicata impostazione, riconoscendo, per vie implicite, la generale portata delle prescrizioni contenute nell'art. 144 commi 2, 3 e 4.

Di conseguenza, posto che la normativa dettata dalle sopraccitate disposizioni fissa, per la disciplina ambientale sulla tutela delle acque, uno *standard* di tutela inderogabile, allora non pare possibile dubitare circa il fatto che la ponderazione degli interessi operata dall'amministrazione ai fini del rilascio della concessione di sfruttamento si debba obbligatoriamente conformare ai seguenti principi [23]: a) l'acqua deve essere tutelata ed utilizzata secondo criteri di solidarietà; b) qualsiasi uso deve essere autorizzato tenendo conto delle aspettative e dei diritti delle generazioni future a fruire di un integro patrimonio ambientale; c) la disciplina dell'utilizzazione dell'acqua deve essere finalizzata alla sua razionalizzazione, allo scopo di evitare gli spechi e di favorire il rinnovo delle risorse idriche, di non pregiudicare il patrimonio idrico, la vivibilità dell'ambiente, l'agricoltura, la piscicoltura, la flora e la fauna acquatiche, i processi geomorfologici e gli equilibri idrogeologici; d) l'uso diverso dal consumo può essere concesso nei limiti in cui ciò sia sufficiente ed a condizione che non ne risulti pregiudicata la qualità.

---

[22] Corte cost., 14 novembre 2007, n. 378, in *www.cortecostituzionale.it*

[23] In altri termini, l'esercizio del potere regolamentare degli usi delle acque e la comparazione degli interessi in gioco, deve essere operato dalla pubblica amministrazione in osservanza del giudizio di prevalenza espresso a monte dal Legislatore nei principi generali codificati all'art. 144 del Codice dell'ambiente. Il potere discrezionale dell'amministrazione concedente, pertanto, è "limitato" da una disciplina sostanziale di carattere generale e non può, quindi, rivendicare a sé la funzione di selezionare liberamente gli interessi meritevoli di tutela. Sul punto, cfr. Giaracca, *Tutela delle risorse idriche (ovvero la battaglia di due Comuni per salvare le proprie fonti)*, in *Riv. giur. ambiente*, 2006, 910; Tumbiolo, *Acqua: un bene primario a disponibilità limitata*, *ivi*, 907. In senso conforme, con riferimento alla Legge Galli, cfr. Ramajoli, *Commentario alle disposizioni in materia delle risorse idriche*, Potoschnig-Ferrari (*a cura di*), Padova, 2000, 26.

Ma v'è di più.

Come accennato in precedenza, le conclusioni del Tar dell'Umbria risultano altresì coerenti con i fondamentali principi sanciti nella parte I del Codice dell'ambiente.

In particolare, su questo punto pare possibile rilevare come la ravvisata necessità di conciliare gli interessi di natura ambientale con le ragioni di matrice economica, non costituisca altro che una chiara manifestazione del principio di compatibilità tra la tutela dell'ambiente inteso come "valore primario" e gli ulteriori "valori" espressi dagli art. 41, 42 e 44 Cost., principio che, richiamato dall'art. 3-*bis* del d.lgs. n. 152/2006, trova il suo massimo livello di espressione nel combinato disposto dei successivi artt. 3-*ter* e 3-*quater*.

Se, infatti, ogni attività umana che abbia ricadute sull'ambiente deve conformarsi al principio dello "sviluppo sostenibile" [24] (art. 3-*quater*), allora non vi sono ragioni per dubitare sul fatto che qualsiasi decisione amministrativa idonea ad incidere su interessi connessi a tale bene giuridico debba fondarsi su una preventiva valutazione della portata dei rischi e dei benefici ai quali si va incontro (art. 3-*ter*) [25].

Orbene, il richiamo operato dal giudice umbro alla necessità di verificare, da un lato, se la sottrazione dell'acqua minerale consequenziale all'emanazione della concessione sia o meno compatibile con le esigenze di tutela ambientale e con il mantenimento degli usi della risorsa idrica che rivestono carattere prioritario rispetto allo sfruttamento commerciale, dall'altro, se sussista una adeguata convenienza per la collettività locale a consentire siffatta sottrazione di risorse, traduce appieno l'esigenza di assicurare le suindicate garanzie.

In tale contesto, di conseguenza, non è dubitabile che lo sfruttamento dell'acqua minerale possa essere sì concesso, ma solo raggiungendo – volta per volta [26] – un giusto equilibrio tra costi economici e *standard* di protezione, mediante una preventiva valutazione del "rischio" ambientale [27], la quale

---

[24] Con tale espressione non ci riferiamo ad un limite tra valori contrapposti, ma un principio che deve essere valorizzato al fine di massimizzare l'interesse pubblico nell'amministrazione dell'ambiente.

[25] Sull'opportunità di adottare un simile approccio, cfr. Antonioli, *Precauzionalità, gestione del rischio e azione amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubb. comunit.*, 2007, 51 ss.; Ferrara, *Emergenza e protezione dell'ambiente nella società del rischio*, in *Foro amm. – TAR*, 2005, 3356 ss.

[26] Concorda sulla necessità di operare una comparazione dialettica rifiutando soluzioni "a priori", Gragnoli, in *Nuovi indirizzi sulla disciplina dell'acqua,* cit., 362.

[27] Sul punto, meritano di essere richiamate le riflessioni di Palazzolo, *Acque pubbliche (voce)*, cit. In tale contributo l'Autore, pur non parlando espressamente di rischio attribuisce particolare rilevanza al principio di prevenzione, rilevando che se «l'interesse pubblico rispetto alle acque comporta, tradizionalmente, l'adempimento di due pubbliche funzioni a favore degli utenti, l'una rivolta al (migliore) godimento

deve essere operata applicando i principi di precauzione e di proporzionalità (art. 3-*ter*) [28], principi generali dell'azione amministrativa [29] che, a nostro avviso, non escludono affatto una netta inconciliabilità tra ambiente, da una parte, e interesse economico dall'altra [30].

Rinunciare a priori allo sfruttamento di tale risorsa, infatti, costituirebbe un «costo di opportunità» ritenuto eccessivo sotto il profilo economico e sociale, in quanto impedirebbe la realizzazione di un effettivo "sviluppo sostenibile".

Lo sviluppo, inteso in termini economici e sociali, deve essere sì limitato, ma solo allorquando si presenti eccessivamente invasivo, assumendo dimensioni quantitative e qualitative contrastanti con gli interessi ambientali [31].

Nonostante l'ambiente costituisca un valore primario ed assoluto da preservare mediante un elevato *standard* di tutela, non appare peregrino sostenere che solo una comparazione tra costi e benefici che sia operata, tanto mediante approfondite valutazioni scientifiche, quanto con dettagliate indagini economiche, potrebbe costituire il mezzo per raggiungere il risultato ottimale nell'amministrazione delle risorse idriche.

Il rango sovraordinato di un interesse (o, se si preferisce, di un valore), pertanto, non rende per forza quest'ultimo inconciliabile con gli altri eventualmente destinati a soccombere [32].

Del resto, se così non fosse, allora non si spiegherebbe il motivo per cui il legislatore ha provveduto a strutturare la disciplina della materia ambientale su principi idonei a misurare, volta per volta, fino che punto l'interesse ambientale sia compatibile con le ulteriori esigenze della collettività: il

---

e l'altra alla più sicura tutela», allora «come la pratica ha dimostrato nel correr del tempo, non può assicurarsi godimento e difesa se, anzitutto non si assicura la tutela dei beni – che del godimento formano oggetto –, la loro manutenzione e l'equa distribuzione nel territorio, l'apprestamento e la cura degli strumenti di derivazione, conservazione e fornitura, secondo la varietà degli usi occorrenti, in un complesso sistema che tenga conto della dinamica, naturale o indotta tanto dei beni che dei bisogni» (44-45).

[28] Per una approfondita descrizione tali principi, cfr. De Leonardis, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, Milano, 2005; Ferrara, *I principi comunitari della tutela dell'ambiente*, in *Dir. amm.*, 2005, 509 ss.; Trimarchi, *Il principio di precauzione e "qualità" dell'azione amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2005, 1673 ss..

[29] Sul principio di proporzionalità come principio generale dell'azione amministrativa, cfr. Antonioli, *Precauzionalità, gestione del rischio e azione amministrativa*, cit.; Cerulli Irelli, *Principi del diritto amministrativo*, Torino, 2006.

[30] Per un approccio al tema, cfr. Massarutto, *L'acqua*, cit.

[31] In questo caso, infatti, si realizzerebbe un costo che, riprendendo un'espressione utilizzata da Massarutto (*L'acqua*, cit. 69), potrebbe essere definito «esterno eccessivo», presentato dai disvalori che l'acqua può provocare sugli interessi di carattere ambientale.

[32] Dello stesso avviso è Caravita, *Diritto dell'ambiente*, cit., 29.

regime giuridico delle risorse idriche dettato dal d.lgs. n. 152/2006, infatti, è costruito su una dialettica tra bisogni immediati e prospettive ulteriori, onde pervenire ad una definizione dello specifico equilibrio tra le condizioni ecologiche e le iniziative economiche.

Anche se gli interessi ambientali presentano astrattamente una natura conflittuale rispetto a numerosi altri interessi giuridicamente rilevanti, sarebbe quindi irragionevole escludere la possibilità di pervenire ad una eventuale composizione: non è infatti da escludere che il "costo da pagare" possa rivelarsi eccessivo qualora ciò impedisse di raggiungere il "risultato ottimale" [(33)] cui deve tendere ogni decisione amministrativa.

Il caso delle acque minerali ne è il classico esempio.

Come dimostrato nella sentenza in esame, la contrapposizione tra l'interesse alla protezione delle risorse idriche e quello attinente alle attività produttive potrebbe in teoria trasformarsi in convergenza.

Avendo il Codice dell'ambiente demandato all'autorità pubblica la valutazione in ordine alla compatibilità tra i contrapposti interessi, è evidente che solo con l'applicazione dei criteri di valutazione dettati dalle norme su richiamate sia possibile verificare la possibilità di tradurre nella realtà il principio dello "sviluppo sostenibile" [(34)].

Se, pertanto, gestione del rischio ed analisi economica identificano i principi cardine che permettono di interpretate in termini di compatibilità la frammentaria normativa sulle acque pubbliche, traducendo appieno l'esercizio del pubblico potere in termini di vera e propria amministrazione di risultato, pare possibile concludere il presente lavoro con i seguenti interrogativi.

È ancora attuale la tradizionale separazione normativa tra la disciplina sulle acque minerali e termali e quella dettata dal d.lgs. n. 152/2006?

Non è forse auspicabile una legge di "coordinamento" contenente un disegno unitario e generale volto alla tutela dell'ambiente, della concorrenza e, in generale, delle attività imprenditoriali?

Concordando con chi [(35)], già ha prospettato la necessità di intervenire in tal senso, non ci resta che attendere le future decisioni del legislatore.

GIORGIO VERCILLO

[(33)] Per un originale approccio nella valutazione delle esigenze di una amministrazione che si vuole orientata al risultato, in termini generali, cfr. ROMANO TASSONE, *Analisi economica del diritto e «amministrazione di risultato»*, in *Dir. amm.*, 2007, 63 ss.

[(34)] Sull'argomento, cfr. PEPE, *Lo sviluppo sostenibile tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Riv. giur. ambiente*, 2002, 209 ss.

[(35)] AMOROSINO, *Le acque più "pregiate": i regimi amministrativi delle acque minerali e termali*, cit., 48; FORMICA, *Acque minerali e termali: evoluzione normativa*, cit. In termini generali, sulla necessità di una semplificazione normativa in materia ambientale, cfr. RENNA, *Semplificazione e ambiente*, in *Riv. giur. ed.* 2008, 37 ss.

T.A.R. UMBRIA – PERUGIA – 7 giugno 2008, n. 247 - *Pres*. Lignani - *Est*. Ungari – La Betti s.p.a. (avv.ti Galli) c. S.S.I.T. Società Spoletina Imprese Trasporti – Gestione s.p.a. (avv.ti Rampini e Marcucci) e con l'intervento ad opponendum della A & I Della Morte S.p.a. (Avv. B. Della Morte) ed il Consorzio Cooperative di Costruzioni (Avv. F. Antonioli).

Contratti della p.a. – Procedura ristretta – Mancata presentazione dell'offerta – Impugnazione del bando – Interesse al ricorso – Sussistenza (art. 100 c.p.c.).

Contratti della p.a. – Impugnazione – Controinteressati in senso tecnico – Periodo antecedente l'aggiudicazione – Configurabilità – Esclusione (art. 21, l. 6 dicembre 1971, n. 1034).

Contratti della p.a. – Obbligo di aggiornamento dei prezziari – Dipendenza dalla previa rilevazione ministeriale – Esclusione (art. 133 co. 6 e 8, d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163).

Contratti della p.a. – Presentazione delle offerte – Progetto esecutivo – Normativa tecnica di riferimento – Difformità – Correzione – Esclusione (artt. 76 e 132, co. 1, d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163).

Nell'ambito di una procedura ristretta non è consentito argomentare la carenza di interesse all'impugnazione del bando solo dall'omessa presentazione dell'offerta, purché le censure avanzate dal ricorrente non riguardino la mancata aggiudicazione, ma piuttosto l'impossibilità di presentare offerte ammissibili quale conseguenza della formulazione della lex specialis (1).

Prima dell'aggiudicazione non sono rintracciabili controinteressati in senso tecnico, dal momento che fino all'emanazione di tale provvedimento ogni concorrente vanta una mera aspettativa di fatto al conseguimento dell'aggiudicazione (2).

L'obbligo di procedere all'aggiornamento dei prezziari non viene meno per effetto della mancata adozione del decreto ministeriale che avrebbe dovuto rilevare le variazioni percentuali annuali dei singoli prezzi dei materiali da costruzione più significativi (3).

La difformità del progetto esecutivo rispetto alla normativa tecnica di riferimento non può essere sanata dalle imprese partecipanti attraverso la presentazione di offerte migliorative (4).

(Omissis) Nel 1996, il Comune di Spoleto ha predisposto un progetto denominato "Spoleto città aperta all'uomo" costituito da tre percorsi meccanizzati e relativi parcheggi che consentiranno di raggiungere il centro storico senza le autovetture da tre diverse zone della città.

Il progetto, cofinanziato sulla legge 211/1992, è suddiviso in tre lotti funzionali.

Il lotto n. 1 ha avuto delle vicissitudini giudiziarie, originate dalla risoluzione del precedente rapporto contrattuale con l'appaltatrice, Asfalti Sintex S.p.a.. In particolare, il primo stralcio funzionale (si tratta di un parcheggio a ridosso della parte bassa della città, da cui parte una galleria lunga circa un chilometro che attraversa in sotterraneo il centro storico, con la possibilità di uscire in superficie in alcuni punti strategici attraverso degli ascensori) ha subito diversi rallentamenti, anche a causa delle sorprese geologiche che si sono susseguite nel tempo. Sono state così predisposte nel tempo tre perizie di variante, con relativo aggiornamento e concordamento dei prezzi con l'aggiudicatario.

Per ultimare le opere del primo stralcio funzionale ancora non eseguite al momento della risoluzione contrattuale (febbraio 2006), la stazione appaltante S.S.I.T. – Società Spoletina di Imprese Trasporti - Gestione S.p.a., con bando di gara pubblicato in data 11 giugno 2007, ha indetto una procedura ristretta, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Nel bando, per quanto qui interessa, è stato previsto che il corrispettivo è a corpo (articolo 53, comma 4, del Codice dei contratti pubblici, di cui al d.lgs. 163/2006 e s.m.i.), ed è determinato mediante offerta a prezzi unitari sulla base della lista di lavorazioni e forniture previste per l'esecuzione dei lavori (articolo 90 del d.P.R. 554/1999), con la specificazione che nell'offerta il concorrente "è tenuto ad integrare o ridurre le quantità che valuta carenti o eccessive e ad inserire le voci e relative quantità che ritiene mancanti, rispetto a quanto previsto negli elaborati grafici e nel capitolato speciale nonchè negli altri documenti che è previsto facciano parte integrante del contratto, alle quali applica i prezzi unitari che ritiene di offrire …" (secondo quanto previsto dal comma 5 del predetto articolo 90).

In data 16 agosto 2007 è stata inviata la lettera d'invito ai soggetti che avevano presentato domanda di partecipazione, compresa (quale mandataria di un r.t.i. costituendo) la ricorrente Betti S.p.a..

Dall'esame della documentazione di gara, le imprese del predetto r.t.i. (in prosieguo, r.t.i. Betti o r.t.i. ricorrente) hanno tratto la convinzione che la stazione appaltante fosse incorsa in violazioni di legge, sia nella determinazione dell'importo dell'opera, sottostimato, sia nella definizione dei contenuti del progetto esecutivo, difformi in molteplici punti rispetto alla normativa tecnica vigente. Hanno tentato, invano, di ottenere proroghe dei termini, e infine non hanno presentato l'offerta.

Il r.t.i. Betti impugna il bando di gara e la lettera di invito, prospettando tre ordini di censure, appresso sintetizzati.

Il prezzo di gara è stato determinato adottando un prezziario risa-

lente addirittura al 2002, in violazione dell'articolo 133 del Codice dei contratti pubblici, in combinato disposto con gli articoli 34, 43 e 44 del d.P.R. 554/1999.

A fronte di un importo a base di gara pari ad euro 17.418.869,68, interventi per euro 4.956.051,62 sono stati valutati a prezziario 2002, con importi inferiori del 16,19% rispetto a quelli derivanti dall'applicazione del prezziario 2006.

Ciò, nonostante che la Giunta regionale, con deliberazione n. 2211 in data 22 dicembre 2005, avesse già approvato l'Elenco regionale dei prezzi- Edizione 2006; ed avesse chiarito, con la deliberazione n. 567 in data 5 aprile 2006, che i progetti redatti con l'Elenco del 2002 potessero mantenere detti prezzi soltanto nell'ipotesi in cui il bando di gara fosse stato pubblicato entro il 30 settembre 2006.

Oltretutto, i prezzi fissati non tengono conto delle indennità dovute al personale ai sensi del vigente C.C.N.L. per i lavori in sotterraneo, così violando anche norme inderogabili a garanzia dei lavoratori.

Il progetto esecutivo posto a base di gara non è in linea con la normativa tecnica sopravvenuta, in violazione dell'articolo 16, comma 1, del d.P.R. 554/1999 *(Omissis)*.

Né può sostenersi che dette incongruenze avrebbero dovuto (o potuto) essere sanate dai concorrenti; infatti, la lettera di invito ha circoscritto dettagliatamente gli interventi che i concorrenti avrebbero potuto apportare al progetto (cfr. pagg. 9 e 10), e l'articolo 76 del d.lgs. 163/2006 ammette esclusivamente le varianti progettuali appositamente autorizzate nella "lex specialis".

In violazione dell'articolo 34, comma 2, del d.P.R. 554/1999, numerose lavorazioni non sono state scomposte in tutti gli elementi necessari. *(Omissis)*

Una prima questione pregiudiziale concerne l'interesse a ricorrere.

Le parti resistenti sostengono che la omessa presentazione dell'offerta renderebbe inammissibile il ricorso, per mancanza di una situazione differenziata tutelabile.

Il Collegio rileva che non appaiono decisivi gli orientamenti della giurisprudenza amministrativa richiamati dalle parti resistenti. Quello, cioè, secondo il quale soltanto con la presentazione della domanda di partecipazione alla gara d'appalto l'impresa assume una situazione giuridica differenziata rispetto a quella delle altre presenti sul mercato, divenendo titolare di un interesse legittimo che la abilita a sindacare la legittimità del bando di gara alla quale ha dimostrato in concreto di voler partecipare (cfr. Cons. Stato, V, 4 aprile 2004, n. 2705 e 23 agosto 2004, n. 5572; vedi anche, il quadro ricostruttivo offerto da A.p., 29 gennaio 2003, n. 1, peraltro relativa ad una procedura nella quale l'impresa aveva presentato l'offerta e si discuteva sull'onere di immediata impugnazione

del bando). Con l'importante precisazione che la presentazione della domanda di partecipazione non è necessaria nelle (sole) ipotesi in cui le prescrizioni del bando precludano in modo assoluto la partecipazione a determinati soggetti, aventi in astratto titolo a parteciparvi (cfr., nel solco della decisione della Corte di Giustizia 12 febbraio 2004 in C7230/02, da ultimo, Cons. Stato, VI 25 settembre 2007, n. 4527; T.A.R. Lazio Latina, sez. I, 09 gennaio 2008 , n. 23; T.A.R. Basilicata Potenza, sez. I, 21 novembre 2007 , n. 655; TAR Puglia, Bari, II, 18 settembre 2007, n. 2181; TAR Calabria, RC, 6 marzo 2007, n. 205), poiché in tali casi la domanda si risolverebbe in un adempimento formale inevitabilmente seguito da un atto di estromissione, perciò privo di una effettiva utilità pratica ulteriore.

Anzitutto, poiché non si tratta di orientamento pacifico; infatti, ad esso si contrappone l'affermazione che non è consentito argomentare la carenza di interesse dalla sola mancata presentazione dell'offerta, ove il ricorrente (come avviene nel caso in esame) miri non all'aggiudicazione ma all'annullamento del procedimento ai fini della sua rinnovazione con regole diverse (cfr. Cons. Stato, V, 8 agosto 2005, n. 4208; 14 febbraio 2003, n. 794; 28 febbraio 2002, n. 1234; oltre a TAR Puglia, Lecce, II, 11 ottobre 2007, n. 3468, concernente una vicenda coincidente con quella oggi in esame).

Inoltre, perché nel caso in esame il r.t.i. ricorrente non può essere valutato alla stregua di qualsiasi altra impresa potenzialmente interessata all'appalto, trattandosi di uno dei soggetti selezionati ed invitati a presentare l'offerta nell'ambito di una procedura ristretta, quindi a seguito della presentazione della domanda di partecipazione. Tale condizione appare tale da qualificare e differenziare, di per sé, l'interesse dell'impresa in termini di attualità e concretezza ex art. 100 cod. proc. civ. rispetto a quello, non soltanto della generalità dei consociati, ma anche del più ristretto novero delle imprese potenzialmente qualificabili per l'appalto. Del resto, le pronunce invocate dalle parti resistenti (ad eccezione, a quanto consta, di Cons. Stato, n. 5572/2004, cit.) si riferiscono a procedure aperte, o presuppongono che sia mancata la stessa domanda di partecipazione.

Infine, perché nel caso in esame il r.t.i. ricorrente lamenta proprio che la formulazione della "lex specialis" non gli consentisse di presentare un offerta ammissibile. Supponendo che effettivamente i prezzi unitari risultino non congrui in quanto non rispecchiano i reali costi di produzione, posto che il bando e la lettera di invito prevedevano espressamente che le offerte dovessero essere inferiori alla base d'asta, il r.t.i. non avrebbe potuto fare altro che presentare un'offerta inammissibile. Analogo discorso vale riguardo alle difformità degli elaborati progettuali rispetto alla normativa tecnica. Con il che, anche secondo l'orientamento

sopra ricordato, si ricade nell'ipotesi dell'adempimento formale, come tale non necessario per radicare l'interesse a ricorrere. Un adempimento che, per non incorrere nel rischio di essere esclusa anche sotto profili diversi da quelli legati all'incongruenza del prezzo e del progetto (oggetto di censura), avrebbe tuttavia comportato per il r.t.i. ricorrente costi non indifferenti (la stessa interveniente A. & I. Della Morte S.p.a. ha stimato in euro 200.000 i costi sostenuti per predisporre la propria offerta; e non sembra priva di significato la circostanza che, su quattordici soggetti invitati, soltanto quattro abbiano presentato un'offerta).

Pertanto, l'eccezione può essere disattesa, anche prima di considerare in concreto la fondatezza dei rilievi sulle incongruenze dell'importo e del progetto a base d'asta.

6. Una seconda questione pregiudiziale concerne l'instaurazione del contraddittorio.

Le parti resistenti sostengono che l'inammissibilità del ricorso deriverebbe inoltre dalla omessa notificazione del ricorso ad almeno una delle altre imprese prequalificate.

Anche detta eccezione va disattesa.

È infatti pacifico, in giurisprudenza, che non sussistono soggetti controinteressati in senso tecnico prima del provvedimento di aggiudicazione, in quanto, fino al momento dell'adozione di detto provvedimento, ciascun partecipante vanta esclusivamente una mera aspettativa di fatto al conseguimento dell'aggiudicazione (cfr. Cons. Stato, VI, 3 maggio 2007, n. 1949; V, 17 febbraio 2003, n. 831; IV, 15 febbraio 2002, n. 923).

Non vale in contrario sostenere che l'identità dei partecipanti fosse nota al ricorrente, per aver partecipato alle riunioni in data 19 e 26 settembre 2007, indette dalla Commissione di gara con i progettisti per eventuali chiarimenti sugli aspetti progettuali dei lavori da eseguire. Si tratta, anzitutto, di una supposizione di conoscenza di fatto (ai sensi dell'articolo 13, comma 2, lettera b), l'accesso all'elenco dei soggetti che sono stati invitati a presentare offerte o che hanno presentato offerte, è differito fino alla scadenza del termine di presentazione); e che comunque, non può modificare la formale qualificazione delle situazioni procedimentali dei partecipanti a dette riunioni, che restavano quelle di meri soggetti prequalificati, i quali non necessariamente avrebbero poi presentato l'offerta.

Riguardo alle argomentazioni sviluppate in udienza dalle parti resistenti, può aggiungersi che tale configurazione della posizione dei concorrenti prequalificati nella fase antecedente alla presentazione dell'offerta, e comunque all'aggiudicazione, non contraddice il riconoscimento agli stessi dell'interesse a ricorrere, non essendovi piena simmetria rispetto alla posizione del controinteressato processuale in senso tecnico.

Nel merito, è utile fare alcune precisazioni.

Il ricorrente lamenta in sostanza che l'importo dell'opera posto a base di gara, sia per l'utilizzazione di un prezziario non aggiornato, sia per l'incompletezza o l'insufficiente analisi delle voci di prezzo, risulti sottostimato, e che alcuni contenuti degli elaborati progettuali siano definiti in difformità della normativa tecnica.

Entrambi gli aspetti critici, pregiudicherebbero lo sviluppo delle ordinarie dinamiche concorrenziali, sotto il profilo dell'impossibilità di presentare un'offerta ammissibile e competitiva.

Oggetto della gara è l'esecuzione dei lavori previsti dal progetto esecutivo messo a disposizione dalla stazione appaltante.

In ordine allo spazio di intervento lasciato ai concorrenti nell'elaborazione dell'offerta, la lettera di invito (pagg. 9 e 10) ha precisato che essi potevano proporre: a) "soluzioni migliorative e integrazioni tecniche, aventi valore tecnico ed estetico", che non "dovranno comunque alterare la natura e la destinazione delle singole parti dell'opera", e riguardano "opere di finitura" di tutti i percorsi meccanizzati e del parcheggio; b) "soluzioni migliorative e integrazioni tecniche" relative ad impianti elettrici e speciali e ad impianti meccanici di traslazione (tappeti mobili e ascensori); c) "soluzioni migliorative relative all'organizzazione produttiva". Di tali "soluzioni" e "integrazioni", la lettera di invito indicava anche tipologie e finalità.

Quanto alle carenze progettuali, la S.S.I.T. ha riscontrato nel procedimento le osservazioni del r.t.i. ricorrente (volte ad ottenere una proroga del termine di presentazione delle offerte), affermando che " aggiornamenti progettuali eventualmente necessari per rispettare norme tecniche specifiche entrate in vigore nel periodo intercorso tra la stesura del progetto e la futura realizzazione dell'opera" avrebbero potuto "essere, se necessari, se non previsti o non prevedibili nelle proposte di migliorie avanzate dalle imprese, oggetto di eventuali variazioni in corso d'opera" (cfr. nota prot. 9592 in data 23 ottobre 2007; considerazioni ribadite con la nota prot. 9837 in data 29 ottobre 2007).

Ciò premesso, va esaminato il primo ordine di censure:

Secondo la stazione appaltante, il prezziario regionale sarebbe applicabile solo per le opere di competenza regionale.

In ogni caso, non sussisterebbe obbligo di aggiornamento finché non interviene il decreto ministeriale che, ai sensi dell'articolo 133, comma 6, del Codice dei contratti pubblici, rileva variazioni di prezzo significative; ne discende che il prezziario precedente (sembra ci si riferisca al precedente prezziario regionale, del 2002) è ancora valido, salvo per quei prezzi che hanno subito significative variazioni (cfr. i dd.mm. applicativi dell'articolo 133, comma 6, adottati in data 30 giugno 2005, 11 ottobre 2006 e 2 gennaio 2008).

Ad avviso del Collegio, tale impostazione non è condivisibile.

Giova ricordare che il progetto esecutivo contiene il c.d. computo metrico estimativo definitivo, che costituisce la stima definitiva dell'importo degli interventi oggetto di affidamento (articolo 44, comma 1, del d.P.R. 554/1999); per la redazione del computo metrico vengono utilizzati "i prezzi adottati per il progetto definitivo, secondo quanto specificato all'articolo 34, integrati, ove necessario, da nuovi prezzi redatti con le medesime modalità" (articolo 43); secondo l'articolo 34, i prezzi delle lavorazioni vengono determinati sulla base dei prezziari predisposti dalle stazioni appaltanti.

Al fine di assicurare che i costi degli interventi indicati nel progetto e quindi posti a base di gara corrispondano alla reale situazione di mercato (e per questa via sia assicurato l'interesse pubblico alla corretta esecuzione dell'intervento), l'articolo 133, comma 8, del Codice dei contratti pubblici stabilisce che i prezziari vengano aggiornati annualmente, cessino di avere validità il 31 dicembre di ogni anno e possano essere transitoriamente utilizzati fino al 30 giugno successivo per i progetti a base di gara la cui approvazione sia intervenuta entro tale data.

E' anche previsto (comma 6, che ripropone la disposizione introdotta con l'articolo 1, comma 550, della Legge Finanziaria 2005) che il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, entro il 30 giugno di ogni anno, "rilevi le variazioni percentuali annuali dei singoli prezzi dei materiali da costruzione più significativi". Non può ritenersi che l'omissione dell'intervento ministeriale, giustifichi il mancato aggiornamento. Infatti, la rilevazione ministeriale riguarda soltanto le variazioni dei prezzi dei materiali "più significativi", mentre l'aggiornamento del prezziario è prevista "con particolare riferimento alle voci di elenco correlate a quei prodotti destinati alla costruzione, che siano stati soggetti a significative variazioni di prezzo legate a particolari condizioni di mercato", categoria disomogenea rispetto alla precedente (prezzi e materiali "più significativi", nel primo caso; "significative variazioni" di prezzo, nel secondo), e che non esaurisce l'oggetto dell'aggiornamento ("con particolare riferimento"), confermando quindi che l'aggiornamento, potenzialmente, deve riguardare tutti i prezzi, anche in mancanza della rilevazione ministeriale.

D'altro canto, ai sensi dell'articolo 23 della l.r. 19/1986, l'elenco regionale dei prezzi " … aggiornato ogni sei mesi, è pubblicato nel bollettino ufficiale della Regione e viene utilizzato per la formazione degli elenchi prezzi negli appalti di opere pubbliche".

Le stesse "Avvertenze generali" allegate alla deliberazione della G.R. n. 2211/2005, con cui è stato approvato l'elenco regionale per il 2006, precisano che l'elenco regionale dei prezzi "va applicato nell'esecuzione di opere pubbliche realizzate sul territorio regionale".

La deliberazione della G.R. n. 2211/2005 ha anche precisato che il

nuovo elenco avrebbe dovuto essere applicato nella definizione degli oneri economici dei progetti redatti dopo la sua entrata in vigore. La deliberazione della G.R. n. 567/2006 ha ribadito ciò, precisando anche che i prezzi dell'elenco 2002 avrebbero potuto essere mantenuti solo nell'ipotesi in cui il bando di gara fosse stato pubblicato entro il 30 settembre 2006.

Può aggiungersi che l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici ha precisato che "l'utilizzo di prezziari non può prescindere, per il rispetto dei basilari principi di efficienza, efficacia e correttezza, da una verifica sostanziale della loro congruità in relazione alle condizioni di mercato" (cfr. parere n. 41 in data 9 ottobre 2007)

Inoltre, anche alcune pronunce giurisprudenziali hanno affermato che l'aggiornamento annuale dell'elenco prezzi a livello regionale è obbligatorio, e che alle stazioni appaltanti è fatto obbligo di prendere a base dei computi metrici estimativi i prezzi aggiornati (cfr. TAR Puglia, Lecce, II, 11 ottobre 2007, n. 3468; vedi anche, C.G.A., ord. n. 604/2007 e TAR Sicilia, Catania, ord. n. 768/2007 e 832/2007).

Le parti resistenti replicano che si tratta di pronunce che presuppongono un esplicita previsione della normativa regionale sulla portata cogente degli elenchi. Ma, come esposto, anche in Umbria vi è una disposizione interpretabile in tal senso.

Non sembra dunque dubbio che la S.S.I.T. dovesse applicare il prezziario regionale 2006, posto che, al momento della pubblicazione del bando impugnato, non sussistevano più i presupposti per l'applicazione transitoria del precedente.

Non è contestato che, invece, parte dei prezzi siano stati determinati applicando l'edizione 2002 dell'Elenco prezzi della Regione (approvata con d.G.R. n. 952 in data 17 luglio 2002), e non invece l'edizione 2006, che l'ha sostituita.

L'omesso aggiornamento riguarderebbe 452 voci di prezzo sulle 624 che compongono l'elenco dei prezzi unitari utilizzati per la redazione del computo metrico estimativo (cfr. perizia ing. Mastroberti, in data 27 novembre 2007, secondo cui l'omessa applicazione del prezziario aggiornato avrebbe determinato un decremento del corrispettivo pari a euro 752.097,72, corrispondente al 15,99% della quota del prezzo imputabile alle voci stimabili sulla base dei prezziari regionali).

Sostiene tuttavia la stazione appaltante che, dal confronto tra l'articolo 133, comma 8, e gli articoli 93, 97 e 112, comma 2, si desume che l'aggiornamento dei prezzi costituisce un adempimento della fase di approvazione del progetto definitivo o esecutivo. Pertanto, non è possibile censurare la violazione dell'articolo 133 in sede di indizione della gara (invoca in tal senso, TAR Puglia, Lecce, 28 dicembre 2007, n. 4502). Ne discenderebbe l'inammissibilità del ricorso, non avendo il

ricorrente esteso l'impugnazione alla delibera di G.M. n. 141 in data 3 maggio 2007, che ha approvato il progetto.

L'eccezione non è condivisibile.

Il Collegio osserva anzitutto che la pronuncia invocata, in realtà, afferma solo, ed incidentalmente, che "l'articolo 133, comma 8, riferisce l'aggiornamento dei prezzi alla fase di approvazione del progetto e non anche alla fase di indizione della gara", senza affrontare specificamente la questione sollevata dall'eccezione.

In sostanza, è l'indizione dell'appalto che determina l'efficacia esterna dell'omesso aggiornamento dei prezzi, suscettibile di determinare la lesione lamentata dal ricorrente.

Quindi, nella prospettiva dell'impugnazione proposta, l'approvazione del progetto non costituisce atto presupposto che necessiti di essere rimosso per ottenere l'annullamento della gara *(Omissis)*.

Un' ulteriore linea di difesa delle parti resistenti è incentrata ancora sulla irrilevanza dell'attualizzazione degli importi, ma alla luce delle caratteristiche della gara.

Al riguardo, la S.S.I.T. sottolinea che nei documenti di gara era previsto (ai sensi degli articoli 76 e 83 del Codice dei contratti pubblici, e con riferimento all'articolo 90 del d.P.R. 554/1999, trattandosi di appalto aggiudicato con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il cui corrispettivo è stabilito a corpo e con offerta a prezzi unitari) che il concorrente potesse proporre varianti o modifiche al progetto, apportando modifiche non solo sulle quantità della categorie di opere indicate ma anche sostituendo quelle categorie con altre, non indicate nel progetto ma ritenute necessarie.

Da ciò conseguirebbe l'irrilevanza, sia della misura dei prezzi unitari in base ai quali la stazione appaltante ha determinato il costo dei lavori ai fini della predisposizione del bando, sia delle eventuali differenze fra le lavorazioni previste nei grafici e nelle specifiche tecniche e le quantità previste nella lista, nonché delle eventuali non rispondenze di alcune specifiche tecniche: infatti, il concorrente può, nell'offerta, modificare e perfino correggere eventuali discordanze. Anche la mancanza di lavorazioni nei grafici, comporterebbe (ai sensi dell'articolo 90, comma 5, del) che l'aggiudicatario non dovrà realizzarle nell'ambito del prezzo aggiudicato, ma, qualora dette lavorazioni siano ritenute necessarie, il corrispettivo sarà pagato a parte.

Ad avviso del Collegio, la possibilità di proporre varianti o modifiche al progetto, ai sensi dell'articolo 90 del d.P.R. 554/1999, non assume rilievo per neutralizzare le doglianze relative alla sottostima dell'importo base di gara.

L'interpretazione della disposizione prospettata dalla S.S.I.T., non è condivisibile.

Infatti, l'articolo 90 dà ai concorrenti la possibilità di indicare, in esito alla verifica delle voci riportate nella lista lavorazioni sulla base degli elaborati progettuali e del computo metrico, le quantità che reputino carenti o eccessive e di inserire le voci e le quantità ritenute mancanti rispetto a quanto previsto negli elaborati progettuali e nel capitolato speciale.

Ma non legittima anche i concorrenti ad apportare modifiche (in aumento) ai prezzi indicati dalla stazione appaltante.

Ammettere tale ultima possibilità significherebbe consentire che i concorrenti possano presentare un'offerta in aumento: ciò che comporterebbe invece la non ammissibilità dell'offerta.

Occorre a questo punto esaminare il secondo ordine di censure, con cui si deduce che il progetto posto a base di gara non è conforme alle normative tecniche di riferimento.

Ne viene eccepita l'inammissibilità, per omessa impugnazione degli atti di approvazione del progetto ritenuto carente nei diversi aspetti tecnici; e per omessa impugnazione della "lex specialis", nella parte in cui contempla un meccanismo di offerta che consente ai concorrenti di aggiungere lavorazioni a quelle indicate nel progetto e di sostituirle.

Quanto al primo profilo, il Collegio osserva che la lesione fatta valere dal r.t.i. ricorrente deriva dal bando di gara e dalla lettera di invito, con cui la stazione appaltante ha esternato la volontà di procedere all'affidamento dei lavori con riferimento ad un progetto che si assume viziato.

Pertanto, non vi era necessità di estendere l'impugnazione al provvedimento di approvazione del progetto.

Quanto al secondo profilo (che, in realtà, sembra costituire un'eccezione pertinente al merito della censura in esame), si è detto che l'attività di integrazione delle quantità indicate nella lista delle lavorazioni ovvero di inserimento delle voci (e relative quantità), ammessa dall'articolo 90, deve costituire un coerente e lineare sviluppo del progetto, che si assume completo, predisposto dalla stazione appaltante. Non può invece consistere in una modifica progettuale volta a sanarne carenze o difformità dalla normativa tecnica.

Peraltro, secondo S.S.I.T., le asserite difformità di carattere tecnico rivestono una portata marginale ed insignificante nell'economia complessiva dell'appalto.

Il Collegio osserva che il verbale sinottico (punto 7) conferma l'esistenza di alcune di dette difformità (quelle relative ai cavi di alimentazione, ai circuiti di alimentazione dei servizi di sicurezza, agli scomparti di sicurezza della linea M.T., agli impianti di traslazione); mentre invece i tecnici della S.S.I.T. negano quelle relative agli impianti antincendio).

I tecnici S.S.I.T. affermano inoltre che, per ovviare alle difformità, sono sufficienti modifiche "formali" al progetto.

Va sottolineato che il ricorrente, nella memoria finale, confuta un'osservazione, contenuta nel verbale, relativa al mancato adeguamento alla normativa vigente (EN 81 70) degli impianti di traslazione. Infatti, a dire dei tecnici della S.S.I.T., la progettazione esecutiva di detti impianti (che si ammette essere stata approvata dall'U.S.T.I.F. prima dell'entrata in vigore della normativa tecnica predetta), ai sensi del capitolato speciale, sarebbe a carico dell'impresa aggiudicataria. Viceversa, il ricorrente osserva come ciò che è a carico dell'impresa è il progetto costruttivo, che studia i dettagli, sulla base del progetto esecutivo, non certo quest'ultimo; a riprova di ciò, sottolinea che realizzare i lavori in conformità al progetto esecutivo non adeguato significherebbe predisporre un progetto costruttivo che non potrebbe essere approvato dall'U.S.T.I.F., organo preposto dalla legge ad eseguire i controllo sui progetti di tale tipologia di impianti.

Il Collegio, quanto alla rilevanza delle difformità accertate, ritiene che esse, per quanto relativamente importanti e tali da non richiedere uno stravolgimento del progetto (in questo senso, può essere intesa la qualificazione come "formali" delle modifiche necessarie ad ovviare alle difformità), pur tuttavia costituiscano un vizio sostanziale del procedimento.

Il Collegio osserva al riguardo che l'articolo 16, comma 1, del d.P.R. 554/1999, stabilisce che i progetti debbono essere predisposti in conformità alle regole e norme tecniche stabilite dalle disposizioni vigenti al momento della redazione del progetto.

In particolare, qualora (come nel caso in esame) l'attività da appaltare costituisca un'esecuzione del progetto preesistente, questo deve essere completo, anche e soprattutto sotto il profilo della conformità alla normativa tecnica.

L'articolo 132, comma 6, del Codice dei contratti considera, tra gli errori ed omissioni di progettazione, proprio "la mancata o erronea identificazione della normativa tecnica, vincolante per la progettazione".

La correttezza del progetto esecutivo a base della gara è volta a garantire parità di trattamento tra i concorrenti, messi in grado di presentare offerte omogenee quanto all'oggetto contrattuale, e ad evitare distorsioni sotto il profilo della ricaduta sulla spesa pubblica, per quanto concerne la necessità di ricorrere a varianti e sopportare maggiori costi e ritardi nella realizzazione.

Né, a tal fine, poteva confidarsi sull'aspettativa che le incongruenze progettuali (piccole o grandi che fossero) venissero "sanate" dalle migliorie che i concorrenti possono apportare agli elaborati, o, nella peggiore delle ipotesi, mediante varianti in corso d'opera (come sembra fare la stazione appaltante – cfr. la nota prot. 9592/2007, sopra menzionata al punto 7.). Intanto, perché vere e proprie varianti progettuali esulano dal

limitato ambito consentito (cfr. contenuti della lettera di invito, pagg. 9-10, sopra riportati al punto 7.) alle "soluzioni migliorative ed integrazioni aventi valore tecnico ed estetico". E comunque, poiché la possibilità di dar corso a varianti in corso d'opera per sanare l'errore nella progettazione, non fa venir meno la portata inficiante di tale errore, qualora già conosciuto (o conoscibile) addirittura nella fase di gara.

Senza contare che le varianti in corso d'opera comportano un vulnus ai princìpi della concorsualità e della par condicio, come ogni altra ipotesi di rinegoziazione a trattativa privata fra l'appaltante e l'aggiudicatario, e rappresentano dunque una lesione degli interessi legittimi degli altri concorrenti; d'altra parte, in quanto sottratte alla verifica della gara, rappresentano un pericolo per gli interessi della stessa stazione appaltante.

In questa luce, la figura della variante in corso d'opera è ammissibile (dato e non concesso che lo consenta la formulazione dell'art. 114 del Codice dei contratti pubblici) solo come rimedio eccezionale nell'ipotesi che si debba far fronte a sopravvenienze impreviste ed imprevedibili. Certamente non lo è quando con la variante si vuol porre rimedio a carenze del progetto perfettamente conoscibili, e rimediabili, sin dall'inizio della gara – quasi che venga messo a gara un progetto intenzionalmente "provvisorio" da mettere a punto in corso d'opera. Un bando emanato in queste condizioni contiene, implicitamente la riserva di rinegoziare a trattativa privata il contenuto del contratto con l'aggiudicatario; ed è, per ciò solo, illegittimo *(Omissis)*.

(1-4) L'aggiudicazione mediante procedura ristretta: brevi riflessioni in tema di interesse al ricorso, onere di notifica e possibilità di rinegoziazione.

1. *Introduzione*

La vicenda sottoposta al Collegio si caratterizza per la varietà e lo spessore delle problematiche giuridiche che intercetta. La controversia si origina dalla pubblicazione di un bando di gara attraverso il quale l'amministrazione aggiudicatrice, nel giugno 2007, ha indetto una procedura ristretta per l'affidamento di una serie di lavori volti a potenziare la rete del trasporto urbano. La ricorrente ha presentato regolare domanda di partecipazione. È stata poi ammessa alla gara e, conseguentemente, ha ricevuto la relativa lettera d'invito, ma non ha presentato alcuna offerta. Ciò nonostante ha impugnato il bando e la successiva lettera di invito, lamentando profili di illegittimità che (per l'appunto) le avrebbero impedito di presentare un'offerta ammissibile.

Le censure vertono intorno a due circostanze principali. La prima consiste nella sottovalutazione dell'importo a base di gara, essenzialmente dovuta all'utilizzo di un prezziario non aggiornato. La seconda concerne, invece, i contenuti degli elaborati progettuali, ritenuti difformi dalla normativa tecnica di riferimento.

La difesa della società resistente (e degli interventori *ad opponendum*, ossia delle imprese prequalificate), in primo luogo, si concentra nella prospettazione di due eccezioni pregiudiziali. Con la prima si contesta la rintracciabilità in capo alla ricorrente del requisito dell'interesse all'azione: il ricorso – a detta della amministrazione aggiudicatrice – dovrebbe ritenersi inammissibile alla luce del fatto che la predetta impresa, pur avendo superato positivamente la fase di prequalificazione, non ha poi presentato alcuna offerta, manifestando così il proprio disinteresse all'aggiudicazione dell'appalto. Con la seconda si lamenta invece la non corretta instaurazione del contraddittorio, a causa dell'omessa notificazione del ricorso ad almeno una delle imprese prequalificate.

In queste due eccezioni si annidano dei salienti quesiti giuridici. Da esse conviene dunque prendere le mosse per sviluppare l'analisi della pronuncia in rassegna.

2. *L'interesse a ricorrere nell'ambito delle procedure ristrette: l'impugnazione del bando non esige sempre la previa presentazione dell'offerta*

L'amministrazione resistente eccepisce la carenza in capo alla ricorrente del requisito dell'interesse all'azione. La mancata presentazione dell'offerta da parte di un'impresa invitata alla gara denuncerebbe, infatti, il suo disinteresse verso la gara stessa, e dunque l'assenza di una posizione differenziata in grado di sorreggere l'impugnazione della *lex specialis*. Ne dovrebbe conseguire, nell'ottica della resistente, l'inammissibilità del ricorso.

Il tema è stato ampiamente dibattuto, anche se con riferimento a fattispecie non del tutto sovrapponibili a quella sottoposta al Giudice umbro, cioè relativamente ad ipotesi di gare condotte col metodo della procedura aperta.

Rispetto a queste ultime gli orientamenti contrapposti sono due. Il primo, decisamente prevalente [1], nega nell'ipotesi sinora evocata la sussistenza dell'interesse al ricorso: la mancata presentazione della domanda di par-

---

[1] Cfr. TAR Sicilia, sez. III, 29 aprile 2005, n. 809, in *www.giustizia-amministrativa.it* in cui addirittura si legge che la funzione principale della presentazione della domanda non sarebbe quella di consentire la successiva ammissione alla gara, bensì quella di evidenziare la posizione differenziata dell'impresa direttamente incisa dal bando di gara rispetto a quella delle altre ditte presenti sul mercato. Si esprimono in favore della necessaria presentazione della domanda ai fini del riconoscimento dell'interesse all'impugnazione del bando: TAR Campania, sez. I, 20 giugno 2006, n. 7088, *ivi*; TAR Piemonte, sez. II, 23 dicembre 2005, n. 4457, *ivi*; TAR Puglia, sez. I,

tecipazione impedirebbe infatti alla situazione lamentata dall'impresa di differenziarsi rispetto a quella del *quisque de populo*. Il secondo, più moderno e pragmatico, ritiene invece troppo penalizzante subordinare l'esercizio del diritto all'azione alla presentazione di una domanda di partecipazione destinata ad essere respinta [2]. Si tratterebbe, in altre parole, di un onere gravoso e inutilmente defatigante.

In questo scenario si inserisce l'insegnamento del giudice comunitario, che nella vicenda *de qua* risulta particolarmente pertinente. In una recente pronuncia [3] la Corte di Giustizia ha infatti avuto modo di chiarire che la

---

1 settembre 2004, n. 3744, in *www.appaltiecontratti.it*; Cons. St., sez. V, 23 gennaio 2004, n. 196, in *www.giustizia-amministrativa.it;* Cons. St., sez. V, 20 maggio 2003, n. 2753, *ivi*; Cons. St., sez. V, 22 gennaio 2003, n. 242, in *Cons. Stato*, 2003, I, 78; TAR Calabria, sez. II, 6 maggio 2004, n. 1044, in *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Campania, sez. I, 17 gennaio 2003, n. 14, *ivi*.

[2] Cfr. Cons. St., sez. VI, 25 settembre 2007, n. 4927, in *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Puglia, sez. I, 6 marzo 2007, n. 800, *ivi*; TAR Liguria, sez. II, 30 dicembre 2003, n. 1781, in *Giur. it*., 2004, 886, in cui si rileva che laddove si contesti il bando, la presentazione di un'offerta o di una domanda di partecipazione apparirebbe addirittura contraddittorio; Cons. St., sez. II, parere 7 marzo 2001, n. 149, in *Cons. Stato*, 2001, I, 1543, in cui si afferma che è ormai recepito in giurisprudenza il principio per cui, laddove il bando di gara per un appalto di opera pubblica sia immediatamente lesivo in quanto contenente già di per sé clausole in grado di inibire inevitabilmente la partecipazione dell'interessato deve essere da questo impugnato nell'ordinario termine decadenziale senza che a ciò rilevi la presentazione della domanda, tale elemento preclusivo avrebbe infatti dato comunque causa alla sua esclusione sicché la domanda si sarebbe risolta in un adempimento formale inevitabilmente seguito da un atto di estromissione, con un risultato analogo a quello di un'originaria preclusione e perciò privo di un'effettiva utilità pratica ulteriore: del resto, il dover attendere per l'investitura del giudizio la conseguente formalizzazione dell'esclusione sarebbe contrario al principio dell'economia dei mezzi e si risolverebbe in una lesione della superiore speditezza complessiva del procedimento. Sul tema si veda pure Cons. St., sez. V, 11 novembre 2004, n. 7341, in *Cons. Stato*, 2004, I, 2372 in cui si legge che la mancata presentazione per tempo della domanda di partecipazione ad un concorso ovvero ad una gara non rende inammissibile il ricorso avente ad oggetto gli atti della selezione ogniqualvolta l'istanza appare un inutile formalismo in considerazione della palese carenza, in capo all'aspirante partecipante alla competizione, di un requisito di ammissione posto che in tali casi tale domanda condurrà alla sicura esclusione del candidato. In termini simili anche Cons. St., sez. V, 3 marzo 2004, n. 1036, in *www. appaltiecontratti.it*; TAR Liguria, sez. II, 15 aprile 2005, n. 501, in *Ragiusan*, 2006, 131; TAR Puglia, sez. II, 14 aprile 2005, n. 2227, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2005, 2151; TAR Liguria, sez. II, 24 agosto 2004, n. 1139, in *Foro amm. –T.A.R.*, 2004, 2046; TAR Puglia, sez. III, 10 giugno 2004, n. 2483, in *www.appaltiecontratti.it*. In dottrina si veda Morfini, *La configurabilità dell'interesse a ricorrere del soggetto che non ha presentato domanda di partecipazione ad una gara pubblica*, in *T.A.R*., 2004, II, 415; Giovagnoli Ieva Pesce, *Il processo amministrativo di primo grado*, Milano, 2005, 369.

[3] Cfr. Corte giust. CE, 12 febbraio 2004, C-230/02, in *Cons. Stato*, 2004, II, 429 in cui si afferma che nell'ipotesi in cui un'impresa non abbia presentato un'offerta a

disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici [4] non esclude l'interesse all'azione dell'impresa che non abbia partecipato alla gara a causa della presenza di prescrizioni (in ipotesi) irragionevoli e discriminatorie. Il messaggio è dunque sufficientemente chiaro: il principio comunitario dell'effettività della tutela sarebbe compromesso da una lettura che subordini l'esercizio del diritto all'azione all'adempimento di formalità assolutamente sterili, come la presentazione di un'offerta destinata con certezza ad essere respinta [5].

---

causa della presenza di specifiche che asserisce discriminatorie nei documenti relativi al bando di gara o nel disciplinare, le quali le avrebbero proprio impedito di essere in grado di fornire l'insieme delle prestazioni richieste, essa avrebbe tuttavia il diritto a presentare un ricorso direttamente avverso tali specifiche, e ciò ancor prima che si concluda il procedimento di aggiudicazione dell'appalto pubblico interessato. Infatti, da un lato sarebbe eccessivo esigere che un'impresa, che asserisca di essere lesa da clausole discriminatorie contenute nei documenti relativi al bando di gara, prima di poter utilizzare le procedure di ricorso previste dalla direttiva n. 89/665 contro tali specifiche, presenti un'offerta nell'ambito del procedimento di aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi, quando persino le probabilità che le venga aggiudicato tale appalto sarebbero nulle a causa dell'esistenza di dette specifiche. Dall'altro, risulta chiaramente dal testo dell'art. 2 n.1 lett. b. della direttiva n. 89/665 che le procedure di ricorso che gli stati membri devono organizzare in conformità a tale direttiva, devono consentire in particolare di annullare le decisioni illegittime, compresa la soppressione delle specificazioni tecniche, economiche o finanziarie discriminatorie. Per un commento alla sentenza appena richiamata si veda: Poto, *La Corte di Giustizia e l'impugnativa di procedure di appalto pubblico: tra l'interesse a ricorrere ed il rischio di lesione est quaedam vicinitas?*, in *Giur. it*., 2004, 1726. In generale, sull'influsso del diritto comunitario sull'interpretazione del requisito dell'interesse all'azione: Fantini, *L'influenza comunitaria sulle condizioni nazionali di accesso al giudizio amministrativo*, in *Urb.e appalti*, 2003, 1276; Ieva, *Sull'interesse ad agire negli appalti pubblici nella prospettiva del diritto comunitario*, in *Urb.e appalti*, 2007, 210.

[4] Il riferimento concerne ovviamente la direttiva n.89/665/CEE (c.d. direttiva ricorsi) che nella sua versione aggiornata (per effetto della direttiva n.66/2007/CE) prevede all'art. 2 co. 1 che gli Stati membri provvedono affinché i provvedimenti presi in merito alle procedure di ricorso di cui all'articolo 1 prevedano i poteri che consentono di (…) annullare o far annullare le decisioni illegittime, compresa la soppressione delle specifiche tecniche, economiche o finanziarie discriminatorie figuranti nell'invito a presentare l'offerta, nei capitolati d'oneri o in ogni altro documento connesso con la procedura di aggiudicazione dell'appalto in questione. L'elemento di novità rispetto alla previgente formulazione (richiamata da: Corte giust. CE, 12 febbraio 2004, *cit*.) risiede nel richiamo all'invito a presentare l'offerta. Per effetto della nuova direttiva quindi deve ritenersi possibile anche l'annullamento delle specifiche discriminatorie incluse nel documento con il quale la stazione appaltante invita le imprese prequalificate a presentare un'offerta.

[5] Cfr. in una prospettiva di armonizzazione con l'ordinamento comunitario: TAR Campania, sez. I , 18 aprile 2002, n. 2206, in *Giust.amm*., 2002, 523, secondo cui non è conforme alla piena esplicazione del diritto alla difesa (art. 24, Cost.) della libertà

Poste queste premesse, l'analisi della prima eccezione dovrebbe risultare piuttosto agevole. Essa, in particolare, pare scindibile in due sottoproblemi, attinenti rispettivamente ai profili della lesività dell'atto impugnato [6], e a quelli della differenziazione della posizione del ricorrente.

Quanto alla prima delle predette questioni, sembra di poter aggiungere alle osservazioni già formulate, un'ulteriore considerazione. Il riferimento concerne, per l'appunto, l'identificazione della lesione patita dall'impresa ricorrente, che evidentemente non consiste nella mancata aggiudicazione dell'appalto. Il pregiudizio lamentato dalla ricorrente coincide piuttosto con l'impossibilità di presentare alcuna offerta ammissibile, quale conseguenza dell'irragionevole formulazione del bando. E' chiaro allora che, per evidenti ragioni di coerenza logica, non è possibile rinvenire nella stessa circostanza (ossia nella mancata presentazione dell'offerta) sia il fattore costitutivo della lesione, sia l'elemento che impedisce il dispiegarsi della tutela rispetto alla

---

della iniziativa economica privata (art. 41, Cost.) e soprattutto dell'apicale principio di portata comunitaria della libera e massima concorrenza, limitare la legittimazione di un soggetto, sostanzialmente leso dal bando al mero formalismo della presentazione di una domanda che (…) avrebbe comportato la sicura esclusione.

[6] Dell'immediata impugnabilità di atto a contenuto generale come il bando di gara il Giudice umbro non dubita. Su questo punto la pronuncia neppure si sofferma, probabilmente perché su di esso ormai si registrano in giurisprudenza posizioni abbastanza concordi. I bandi di gara vanno di regola impugnati unitamente agli atti che ne fanno applicazione (Cons. St., sez. V, 23 maggio 2000, n. 2990, in *Cons. Stato*, 2000, I, 1317). Tuttavia oggi si ritiene unanimemente che essi debbano ritenersi impugnabili laddove contengano clausole in grado di produrre un pregiudizio diretto e attuale. Il riferimento più immediato concerne le c.d. clausole escludenti, ossia quelle che fissano i requisiti di partecipazione alla gara. Non sono queste però a venire in rilievo nel caso in esame: il bando impugnato dalla Betti s.p.a. infatti imponeva requisiti che questa senza dubbio possiede. Ne è la riprova il fatto che alla ricorrente sia stata indirizzata una lettera di invito. Nel bando impugnato la Betti s.p.a. rintraccia piuttosto un'altra categoria di clausole (anch'esse immediatamente lesive): quella indicata dalla giurisprudenza tramite la locuzione clausole impossibili o irrealizzabili. Si tratta di quelle previsioni che, pur non imponendo requisiti soggettivi di ammissione, rendono in pratica impossibile la formulazione un'offerta. E' per l'appunto il caso delle clausole che fissano un incongruo prezzo a base d'asta (con offerte solo in diminuzione), o che definiscono elaborati progettuali incompatibili con la normativa di riferimento. La loro diretta potenzialità lesiva è anch'essa di tutta evidenza. Per una panoramica ricognitiva sulla lesività delle clausole escludenti e di quelle impossibili si veda Cons. St., Ad. Plen., 23 gennaio 2003, n. 1, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2003, 66, con nota di Pizza, *L'Adunanza Plenaria e l'impugnazione diretta dai bandi di gara*. In commento alla stessa pronuncia Martinelli, *Commento alla sentenza del Consiglio di Stato, Ad. Plen. n. 1 del 2003*, in *Urb.e appalti*., 2003, 559. In dottrina si veda: Mari, *L'impugnazione dei bandi di gara: due recenti dell'Adunanza Plenaria e della Corte di Giustizia*, in *Riv. giur. ed*., 2003, 1046; Id., *Domanda di partecipazione alla gara come presupposto all'impugnazione del bando ed effetti dell'invalidità degli atti di gara sul contratto stipulato e in corso di esecuzione*, in *Giust. civ*., 2002, 828.

lesione medesima. Si verrebbe in questo modo a generare un palese corto circuito, il cui effetto più evidente consisterebbe in un innegabile diniego di giustizia.

Il secondo profilo dapprima evocato attiene invece alla necessaria differenziazione della situazione dedotta in giudizio dalla ricorrente, la quale, pur invitata, non ha presentato alcuna offerta. In proposito si sono richiamati i più recenti orientamenti della giurisprudenza nazionale e comunitaria, che convergono sulla non necessarietà della presentazione dell'offerta, laddove quest'ultima non abbia alcuna concreta possibilità di essere presa in considerazione.

Questa posizione risulta ancor più persuasiva per quanto concerne le ipotesi (come quella in esame) in cui la procedura di gara assume la conformazione bifasica tipica delle procedure ristrette. Queste ultime, come noto, prevedono una fase preliminare di qualificazione, cui fa seguito la spedizione di una lettera di invito, ed eventualmente l'inoltro, da parte delle imprese qualificate, di una offerta destinata ad essere oggetto di valutazione. Questa scansione, secondo il Giudice umbro, vale di per sé a garantire il carattere differenziato dell'interesse azionato da un'impresa che sia stata selezionata nella fase di prequalificazione. Questa circostanza infatti, non solo differenzia la situazione della ricorrente rispetto a quella del *quisque de populo*, ma la distingue anche da quella di ogni altra impresa che operi nel segmento di mercato interessato dalla commessa pubblica. L'interesse all'aggiudicazione del contratto pubblico in altre parole sembra trapelare in termini sufficientemente chiari dalla presentazione di una regolare domanda di ammissione. Secondo la lettura del Collegio umbro, il carattere differenziato della posizione dedotta in giudizio dovrebbe perciò ritenersi *in re ipsa* laddove la ricorrente abbia superato con successo la fase della prequalificazione.

Questa conclusione conduce ad un risultato astrattamente condivisibile, ossia ad un generale allargamento della fruibilità della tutela. Tuttavia, essa

---

Così Cons. St., sez. V, 18 dicembre 2002, n. 7055, in *Giur. it*., 2003, 798 in cui si afferma che va ritenuto sussistente l'interesse ad impugnare il bando di gara nonostante la mancata partecipazione dell'impresa alla gara a procedura ristretta, atteso che in tale procedura l'intervenuta delimitazione soggettiva dei potenziali concorrenti è certamente idonea a differenziare la posizione delle imprese qualificate, che vantano un preciso interesse al corretto sviluppo dell'ulteriore iter procedimentale. In termini simili anche Cons. St., sez. VI, 22 ottobre 2002, in *Dir. giust.*, 2002, 51. *Contra*: TAR Campania, sez. I, 22 marzo 2003, n. 301, in *www.giustizia-amministrativa.it* in cui si legge che la domanda intesa alla caducazione degli atti di una procedura concorsuale di cui si contesti la legittimità (…) presuppone che l'attore qualifichi e differenzi il proprio interesse rispetto a quello della generalità dei consociati manifestando – attraverso la proposizione di una domanda di partecipazione o la formulazione della propria offerta contrattuale - l'intento di concorrente alla aggiudicazione della gar.

merita di essere accuratamente ponderata, in considerazione del fatto che introduce un certo tasso di automatismo nell'apprezzamento del principale requisito dell'azione, ossia quello dell'interesse all'azione medesima. Si tratta di una conseguenza cui probabilmente occorre contrapporre una sorta di correttivo, per scongiurare il pericolo di un inarrestabile incremento del contenzioso, ad evidente discapito della stabilità delle posizioni giuridiche coinvolte nell'aggiudicazione dei contratti pubblici.

In termini più concreti, all'affermazione del carattere intrinsecamente differenziato della posizione dedotta dall'impresa prequalificata dovrebbe accompagnarsi un atteggiamento particolarmente scrupoloso nella verifica che attiene ai profili della effettività della lesione patita dall'impresa medesima. In quest'ottica la potenzialità lesiva dell'atto impugnato dall'impresa invitata (ma che non abbia presentato l'offerta) dovrà pertanto soddisfare un rigoroso *standard* prognostico, che consenta di ricostruire in termini di sufficiente verosimiglianza la *chance* di una vittoriosa partecipazione alla gara [7]. L'effetto restrittivo proprio del requisito della differenziazione verrebbe in questo modo ad essere recuperato sul diverso fronte della verifica dell'attitudine lesiva dell'atto impugnato. Il tutto, evidentemente, in favore di un congruo bilanciamento tra i valori della accessibilità della tutela e quelli dell'economia dei mezzi di impugnativa.

3. *L'instaurazione del contraddittorio: le imprese prequalificate non possono considerarsi controinteressati fino all'aggiudicazione del contratto*

La seconda eccezione sollevata dalla parte resistente concerne la non corretta instaurazione del contraddittorio, dovuta alla omessa notificazione del ricorso ad almeno una delle imprese prequalificate [8].

Come noto, l'art. 21 della legge n.1034/1971 impone la notifica del ricorso «ai controinteressati ai quali l'atto direttamente si riferisce, o almeno ad

---

[7] Per utilizzare il linguaggio coniato dalla più recente dottrina, si potrebbe cioè dire che l'evoluzione più coerente del paradigma della responsabilità dovrebbe indirizzarsi nel senso del superamento della logica della spettanza, in favore della piena tutelabilità delle c.d. situazioni strumentali (cfr. Bartolini, *Il risarcimento del danno tra giudice comunitario e giudice amministrativo*, Torino, 2005, 216 ss.). Tra queste evidentemente spicca l'interesse ad un corretto espletamento delle operazioni di gara, quale presupposto per una effettiva concretizzazione delle *chance* di aggiudicazione del contratto (per i riferimenti giurisprudenziali sul punto cfr. *supra* nota 3). Si tratterebbe senza dubbio di un mutamento di rotta assai significativo, che condurrebbe a distogliere parte delle attenzioni sinora riservate al c.d. bene finale, in favore di una prospettiva più ampia sulla vicenda relazionale tra privato e pubblica amministrazione.

[8] Sul principio contraddittorio, e in particolare sulla nozione di controinteressato è ancora attuale l'insegnamento di Migliorini, *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, Napoli, 1996, 69.

alcuno tra essi». La società resistente sostiene che in tale definizione debba essere ricompresa anche l'impresa prequalificata, in quanto potenzialmente lesa dall'eventuale esito favorevole dell'impugnazione. Il Tar disattende tale eccezione, sulla base di un ragionamento condivisibile nel suo esito ultimo, ma problematico sul piano delle argomentazioni addotte.

Il Collegio infatti respinge l'eccezione in base ad un'affermazione non del tutto persuasiva, secondo la quale fino all'adozione del provvedimento di aggiudicazione la posizione delle imprese, anche di quelle selezionate e invitate, sarebbe qualificabile in termini di «mera aspettativa di fatto al conseguimento dell'aggiudicazione [9]».

Si tratta di una posizione assai perentoria, che deve essere accuratamente interpretata. Essa, invero, ad una prima lettura sembra disconoscere un dato imprescindibile, ossia il fatto che ogni procedura di gara (come del resto ogni procedimento amministrativo) veda insorgere nei partecipanti una pluralità di situazioni giuridicamente rilevanti, che attengono non solo al c.d. bene finale (in questo caso l'aggiudicazione del contratto), ma anche al rispetto dei c.d. interessi strumentali. Questi ultimi, nel caso in esame, evidentemente si identificano nell'interesse ad una corretta celebrazione della gara, a prescindere dalla spettanza dell'aggiudicazione del singolo appalto.

L'affermazione del Collegio non sembra pertanto del tutto condivisibile nella misura in cui pretende di sciogliere un quesito di natura processuale (la sussistenza dell'onere di notifica) attraverso una ricostruzione troppo semplice degli scenari sostanziali della fattispecie, e, in particolare, delle situazioni giuridiche in essa coinvolte. In altre parole, l'onere di notifica non può essere escluso negando la rintracciabilità in capo ai partecipanti alla gara di situazioni giuridicamente apprezzabili diverse dall'interesse all'aggiudicazione. Tali situazioni di certo sussistono, e ben possono sorreggere iniziative di impugnazione rivolte contro atti prodromici (rispetto alla aggiudicazione), purchè immediatamente lesivi.

Il punto decisivo risiede altrove, ossia nell'idea, messa a fuoco dallo stesso Collegio, per cui un certo tipo di atto possa sollecitare l'interesse all'impugnazione, ma non un simmetrico interesse alla conservazione, tale da attivare l'onere di notifica a carico dell'eventuale ricorrente. Ciò per la saliente ragione per cui i due interessi appena menzionati posseggono una direzione logica differente. Si pensi per l'appunto al bando oggetto dell'impugnazione da parte della ricorrente. Esso possiede un'attitudine lesiva che

---

[9] In termini del tutto analoghi Cons. giust. amm. sic., sez. giurisdiz., 29 gennaio 2007, n. 7, in *Arch. giur. oo. pp.*, 2007, 314: il ricorso proposto contro l'esclusione dalla gara d'appalto non deve essere notificato ad alcun controinteressato, salvo che il provvedimento intervenga quando il procedimento si è concluso, nel qual caso il gravame deve essere notificato all'impresa aggiudicataria: ed infatti (…) prima dell'esito favorevole del procedimento concorsuale, ciascuna impresa partecipante ha solo un'aspettativa di mero fatto al conseguimento dell'aggiudicazione.

di per sé giustifica il riconoscimento in capo alle imprese partecipanti di un interesse al ricorso: la presenza di clausole escludenti o discriminatorie è in grado infatti di arrecare un pregiudizio meritevole di tutela in sede giurisdizionale. Ma, sul versante opposto, il bando in sé non attribuisce ad alcuno dei partecipanti nessuna posizione di vantaggio giuridicamente significativa.

In questo senso forse si comprende meglio l'affermazione del TAR circa la sussistenza in capo ai concorrenti di mere situazioni di aspettativa. Essa non significa che debba essere rinnegata la consistenza giuridica degli interessi strumentali, ossia non coincidenti con il risultato finale dell'aggiudicazione. Sul versante attivo, ossia quello dell'interesse all'impugnazione, tali interessi vantano una consistenza non trascurabile, potendo sostenere una iniziativa giurisdizionale indirizzata contro atti diversi e anteriori rispetto all'aggiudicazione. Il punto è che sul fronte inverso, ossia quello passivo, lo scenario è molto differente: all'astratta potenzialità lesiva del bando non si accompagna infatti una speculare idoneità a garantire concrete posizioni di vantaggio, tali da imporre l'allargamento del contraddittorio alle imprese partecipanti, ma non (ancora) aggiudicatarie. Il bando, in altre parole, può arrecare alle imprese un pregiudizio ben più concreto del vantaggio che possa eventualmente attribuire ad alcune tra esse.

Le imprese invitate, infatti, non traggono dal bando e dall'invito alcuna utilità definitiva. L'unico effetto positivo riconducibile alla lettera d'invito (ossia l'ammissione alla seconda fase della gara) non viene di certo messo in pericolo da un'impugnazione che miri alla riformulazione del bando in termini meno restrittivi. In altre parole, l'accoglimento del ricorso (e dunque l'apertura della gara a soggetti come la ricorrente) non sacrifica in nessun modo la posizione delle altre imprese, le quali, fintanto che non sarà intervenuta l'aggiudicazione, non potranno in alcun modo far valere la spettanza della commessa. Tanto basta, evidentemente, ad escludere l'onere di notifica in favore delle imprese prequalificate.

4. *I motivi di merito: il mancato adeguamento del prezziario utilizzato dalla stazione appaltante. Sulla presunta dipendenza dell'obbligo di adeguamento dall'emanazione del decreto ministeriale che rileva le variazioni dei prezzi*

Le questioni di diritto sostanziale sollevate dalla ricorrente gravitano intorno alla presunta sottostima dell'importo posto a baste d'asta, quale conseguenza di un duplice ordine di circostanze, ossia dell'utilizzo di prezziari non aggiornati e della difformità dei contenuti degli elaborati progettuali rispetto alla normativa tecnica di riferimento.

Quanto al primo dei due suddetti ordini di censure, la situazione controversa appare piuttosto complessa. La ricorrente contesta il fatto che la stazione appaltante abbia determinato il prezzo di gara adottando un prezziario risalente al 2002, mentre la procedura è del 2007. Ciò integrerebbe, secondo le prospettazioni di parte, una violazione dell'art. 133 co.

8 del d.lgs. n.163/2006 in base al quale «le stazioni appaltanti provvedono ad aggiornare annualmente i propri prezzari, con particolare riferimento alle voci di elenco correlate a quei prodotti destinati alle costruzioni, che siano stati soggetti a significative variazioni di prezzo legate a particolari condizioni di mercato» [10].

L'amministrazione, di contro, nega l'applicabilità di tale disposizione alla fattispecie controversa. La norma infatti imporrebbe l'aggiornamento delle sole voci di prezzo che abbiano subito variazioni registrate col d.m. menzionato dal comma 6 dello stesso art. 133 (in base al quale «Il Ministero delle infrastrutture, entro il 31 marzo [11] di ogni anno, rileva con proprio decreto le variazioni percentuali annuali dei singoli prezzi dei materiali da costruzione più significativi»). A detta della società resistente le due norme appena richiamate (ossia il comma 8 e il comma 6 dell'art. 133) sarebbero destinate ad operare in sinergia. L'obbligo di adeguamento gravante sul committente pubblico sarebbe cioè subordinato alla previa registrazione della variazione da parte del Ministero delle infrastrutture. Nel caso in esame, non essendo intervenuto nessun decreto ministeriale relativo alla variazione *de qua*, la stazione appaltante non sarebbe stata tenuta ad alcuna iniziativa di aggiornamento.

Il quesito appena prospettato non è di agevole soluzione. La sua comprensione richiede alcune brevi notazioni preliminari, in grado di fornire qualche semplice coordinata interpretativa. In particolare, occorre premettere che l'ordinamento vigente accoglie in materia di appalti pubblici di lavori il principio del prezzo chiuso [12], in base al quale in corso di esecuzione del contratto tendenzialmente non è possibile procedere alla revisione del prezzo pattuito. Questa regola conosce un'importante deroga: è prevista infatti la possibilità di far luogo a compensazioni qualora il prezzo dei materiali da

---

[10] La stazione appaltante in primo luogo sostiene che la predetta norma statale riguarderebbe solo gli appalti conclusi dalle amministrazioni dello Stato: per gli altri sarebbe necessario rintracciare una apposita disposizione regionale che per l'appunto imponga l'obbligo di adeguamento. Il Collegio in proposito rileva come la legislazione regionale umbra contenga proprio una norma di un simile tenore (art.2 co. 23, l.r. Umbria 20 maggio 1986, n. 19): l'eccezione pertanto sotto questo profilo è stata agilmente respinta. In proposito meriterebbe peraltro di essere richiamato anche il contenuto dell'art. 133 co. 8 del codice dei contratti: sul punto vedi *infra* nota 13.

[11] La norma è stata così modificata dall'art. 2 co. 1, lettera g), d.lgs. n. 152 del 2008 (c.d. terzo decreto correttivo). Nella versione previgente il termine per l'emanazione del decreto da parte del Ministero coincideva con il 30 giugno di ogni anno, anziché con il 31 marzo.

[12] La disciplina della revisione dei prezzi negli appalti tra privati è sicuramente meno restrittiva, essa prevede infatti la revisionabilità dei prezzi nei limite del decimo del prezzo convenuto, purchè la variazione sia dovuta a circostanze eccezionali. (per una messa a punto dei principali tratti differenziali tra la norma civilistica e quella relativa ai contratti pubblici si veda Cons, St., sez. V, 8 maggio 2002, n. 2461, in *www.appaltiecontratti.it*). La norma civilistica ha evidentemente un carattere

costruzione per effetto di circostanze eccezionali subisca variazioni superiori al 10% (art. 133 co. 4 d.lgs. n. 163/2006).

Sia la regola del prezzo chiuso, sia la relativa eccezione riguardano però fattispecie non coincidenti con quella oggetto della pronuncia: esse si riferiscono infatti al segmento temporale successivo all'aggiudicazione. Il divieto e la sua deroga interessano cioè quelle ipotesi di revisione che si collocano nella fase posteriore rispetto a quella pubblicistica dell'evidenza pubblica, ossia nella fase di esecuzione del contratto.

Nel caso in esame lo scenario è differente. La ricorrente infatti lamenta il mancato aggiornamento dei prezziari in base ai quali viene determinato il prezzo da porre a base d'asta. L'adeguamento invocato è quindi "interno"

---

dispositivo: le parti possono cioè derogarvi nell'esercizio della propria autonomia negoziale. Lo stesso non può dirsi per la norma che disciplina la revisione del prezzo degli appalti pubblici, che invece vanta un'innegabile natura imperativa: così Cons. St., sez. V, 20 maggio 2002, n. 2712, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2002, 1256 secondo cui la clausola di revisione dei prezzi fissata dalla normativa statale ha natura cogente e inderogabile resa manifesta dal suo stesso profilo formale, essa risponde infatti a finalità di interesse pubblico. Sulle finalità spiccatamente pubblicistiche della disciplina della revisione dei prezzi degli appalti pubblici si veda Cass. Sez. Un., 5 aprile 2007, n. 8519, in *Urb. e appalti*, 2007, 8, 955 (con nota di Di Marzo) secondo cui il divieto della revisione dei prezzi è divenuto un vero e proprio principio regolatore degli appalti pubblici. La revisione dei prezzi ha recentemente posto anche dei problemi di riparto di competenze tra Stato e regioni: in proposito si veda Corte Cost., 28 dicembre 2006, n. 447, in *Urb.e appalti*, 2007, 5, 562 secondo cui le norme in tema di revisione dei contratti pubblici costituiscono norme fondamentali di riforma economico sociale (…) E' infatti indubbio che l'istituto della revisione dei prezzi risponde ad un interesse unitario afferendo a scelte legislative di carattere generale che implicano valutazioni politiche e riflessi finanziari. In termini analoghi anche il TAR Puglia, sez. II, 28 dicembre 2007, n. 4502, in *www.appaltiecontratti.it*, in cui afferma che in tema di aggiornamento dei prezzi l'art. 133 co. 8, d.lgs. 163/2006 va ascritto alla materia trasversale della concorrenza nella quale lo stato dispone di competenza legislativa esclusiva. In dottrina De Lise, voce *Revisione dei prezzi nei pubblici appalti*, in *Enc, giur*., Roma, 1991, XXVII; Palmieri, *La revisione del prezzo dell'appalto tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2007, 5, 1534; Genesin, *Circa la revisione dei prezzi negli appalti di opere pubbliche*, in *Foro it*., 2003, 1, 3120; Benedetti, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino, 1999, 175; Greco, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato*, Milano, 1986, 58; Moscarini, *Profili civilistici del contratto di diritto pubblico*, Milano, 1988, 123; Stillo, *Contratti pubblici, la revisione dei prezzi*, in *I Contratti,* 2004, 2, 207; Delfino, *Il prezzo chiuso negli appalti di lavori pubblici,* in *Arch. giur. op. pubbl*., 2006, 70, 947; Varlaro Sinisi, *La revisione: luci ed ombre*, in *www.lexitalia.it*; Calcaterra, *Contratto d'appalto*, in *Studium juris*, 2005, 9, 1079; Savelli, *Revisione dei prezzi e giurisdizione esclusiva,* in *Comuni d'It.,* 2000; Mele, *Revisione dei prezzi nel contratto di appalto*, in *Nuova Rass*., 1996, 4, 325. Sugli aspetti applicativi e finanziari della revisione del prezzo degli appalti pubblici si veda l'Atto di segnalazione autorità della vigilanza sui contratti pubblici di lavori servizi e forniture del 31 luglio 2008, in *www.appaltiecontratti.it*.

alla fase pubblicistica: esso si colloca nell'arco temporale che precede l'indizione dell'appalto.

Posta questa premessa, l'analisi del quesito sottoposto al Giudice umbro dovrebbe rivelarsi più semplice. Il problema giuridico essenzialmente si riduce al coordinamento tra le due norme richiamate in apertura, ossia l'art. 133 co. 8 (che impone alle stazioni appaltanti di aggiornare i prezziari) e il comma 6 (che menziona un decreto ministeriale che annualmente dovrebbe registrare le variazioni percentuali dei materiali più significativi).

Il dubbio sollevato dalla ricorrente, come si è detto, riguarda la necessaria adozione di tale decreto ai fini dell'insorgenza dell'obbligo di aggiornamento dei prezzi in capo alla stazione appaltante. La posizione del Collegio sul punto è di segno negativo. Il TAR, attraverso una rigorosa interpretazione delle norme appena evocate, perviene alla conclusione per cui a queste ultime debbano riconoscersi due autonomi ambiti di operatività. Ciò alla luce del fatto che l'art. 133 co. 8, nell'imporre l'adeguamento dei prezziari, fa espressamente riferimento a quei prodotti destinati alla costruzione che siano stati soggetti a delle *significative variazioni* di prezzo legate a particolari condizioni di mercato. È quindi l'entità ragguardevole della variazione a far scattare l'obbligo di aggiornamento di cui al predetto comma 8.

La rilevazione ministeriale cui si riferisce il comma 6 concerne, invece, le *variazioni dei prezzi dei materiali da costruzione più significativi*. È il rilievo del materiale (e non l'entità della variazione) che in questo caso attiva l'operatività della norma. L'adozione del decreto, in altre parole, dipende dall'importanza del prodotto considerato, non dalla consistenza economica della variazione.

Le differenze nella formulazione delle due norme avvalorano - a detta del Giudice umbro - l'idea della loro reciproca autonomia: il dato letterale dimostrerebbe cioè che gli ambiti di applicazione delle due previsioni non coincidono. Ciò consentirebbe, secondo il ragionamento del Collegio, di svincolare l'obbligo di aggiornamento dei prezziari dalla previa emanazione del decreto ministeriale.

In proposito, pare di poter formulare alcune brevi considerazioni critiche. Il fatto che i confini di operatività delle due norme non siano del tutto coincidenti, non sembra infatti implicare che essi non possano occasionalmente sovrapporsi. In altre parole non pare da escludere l'ipotesi di una variazione del prezzo che ricada nell'ambito di applicazione di entrambe le disposizioni sopra richiamate. Si pensi ad una variazione considerevole sia sul piano quantitativo, che sul piano dell'importanza del materiale interessato. In questo caso il Ministero dovrebbe rilevare la variazione tramite apposito decreto, e la stazione appaltante sarebbe tenuta all'aggiornamento dei propri prezziari [13].

---

[13] Il Tar peraltro non menziona il fatto che in base allo stesso art. 133 co. 8 del codice dei contratti in caso di inadempienza da parte dei predetti soggetti, i prezzari

Il punto veramente cruciale sta nel fatto che l'art. 133 non fa menzione di alcun nesso di dipendenza tra l'aggiornamento del prezziario e la rilevazione ministeriale. Pertanto, anche nell'ipotesi, non del tutto inverosimile, che le variazioni verificatesi nella vicenda *de qua* ricadessero nell'area di applicazione sia del comma 6 che del comma 8, non sembra di poter concludere nel senso dell'insussistenza dell'obbligo di aggiornamento del prezziario quale automatica conseguenza della mancata adozione del decreto.

Dalla pronuncia in realtà non si evince l'entità della variazione, né il rilievo del materiale interessato dalla variazione medesima. Non è dato quindi sapere se la variazione occorsa prima dell'indizione della gara dovesse effettivamente essere segnalata dal decreto ministeriale. Ciò nonostante, sembra di poter ritenere che, anche qualora la variazione verificatasi rientrasse tra quelle rilevabili per decreto, la stazione appaltante non avrebbe potuto esimersi dall'aggiornamento del prezziario invocando la mancata segnalazione ministeriale. Il dettato normativo infatti, come si è appena chiarito, in nessun modo presenta il decreto *ex* art. 133 co. 6 come un presupposto di operatività dell'obbligo di aggiornamento dei prezziari.

Del resto, a sostegno di questa interpretazione milita anche un argomento di natura analogica, che, pur non richiamato dalla sentenza in epigrafe, sembra in questa sede poter fornire un ulteriore spunto di riflessione. Il riferimento concerne l'insegnamento della giurisprudenza relativa alla revisione dei prezzi dei contratti di servizi. Rispetto ad essi il codice esprime una norma che, ai fini della determinazione della revisione, impone alla stazione appaltante di fare riferimento agli indici predisposti a cadenza periodica dall'ISTAT [14]. Il punto rilevante ai nostri fini risiede nel fatto che la summenzionata giurisprudenza ha unanimemente chiarito che la mancata elaborazione da parte dell'ISTAT dei predetti indici «non esonera

---

possono essere aggiornati dalle competenti articolazioni territoriali del Ministero delle infrastrutture di concerto con le regioni interessate. Ciò suggerisce l'idea di un meccanismo di competenza a carattere devolutivo e circolare: l'aggiornamento dei prezziari spetta infatti in primo luogo alla stazione appaltante, che dovrebbe ispirarsi alle variazioni percentuali contenute nel decreto ministeriale. L'eventuale inerzia dell'amministrazione fa sì peraltro che i prezziari potranno essere aggiornati dalle articolazioni del Ministero in concerto con le Regioni. I due livelli governo (quello statale e quello regionale) verrebbero quindi a condividere una competenza in una materia che sul fronte legislativo è riservata alla competenza esclusiva statale (il riferimento ovviamente è alla concorrenza).

[14] Cfr. l'art. 115 d.lgs.n.163/2006 ai sensi del quale tutti i contratti ad esecuzione periodica o continuativa relativi a servizi o forniture debbono recare una clausola di revisione periodica del prezzo. La revisione viene operata sulla base di una istruttoria condotta dai dirigenti responsabili dell'acquisizione di beni e servizi sulla base dei dati di cui all'articolo 7, comma 4, lettera c) e comma 5. I dati cui fa riferimento la norma appena riprodotta sono quelli contenuti negli elenchi dei prezzi dei principali beni e servizi rilevati sul mercato da parte dell'ISTAT.

la stazione appaltante dal dovere di istruire il procedimento tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto al fine di esprimere la propria determinazione discrezionale». La rilevazione dell'ISTAT infatti non è un presupposto imprescindibile della revisione [15], ma piuttosto «segna il limite massimo oltre il quale (…) non può spingersi la determinazione del compenso revisionale».

Questa logica sembra poter essere utilmente esportata anche nel settore dei lavori. Nella vicenda esaminata ciò confermerebbe l'idea per cui la mancata emanazione del decreto ministeriale non avrebbe dovuto paralizzare i meccanismi di adeguamento. La stazione appaltante non avrebbe, cioè, potuto ritenersi esonerata dall'obbligo di adeguamento di cui al comma 8 dell'art. 133 per il semplice fatto che il Ministero delle infrastrutture non aveva rilevato in apposito decreto la variazione della voce di prezzo. Il ruolo assegnato dal legislatore al predetto decreto sembra infatti doversi intendere come quello di un limite da non travalicare in occasione dell'aggiornamento imposto dal comma 8. Ciò evidentemente è ben diverso dal rintracciare un nesso di interdipendenza tra la rilevazione ministeriale e l'adeguamento del prezziario.

5. *Sulla impossibilità di sanare gli errori progettuali attraverso l'ammissione delle varianti*

La ricorrente lamenta il fatto che il progetto posto a base di gara non sarebbe conforme alle norme tecniche di riferimento. La presenza di tali incongruenze invero non viene negata dalla stazione appaltante, che però argomenta sulla possibilità di rimediare agli errori progettuali attraverso l'ammissione di varianti eventualmente formulate dalle imprese offerenti.

La posizione assunta in proposito dal TAR è estremamente significativa, soprattutto nella parte in cui interpreta la vicenda controversa alla luce della disciplina dedicata all'istituto delle varianti in corso d'opera [16]. Quest'ultima, come noto, ammette la proponibilità di varianti solo in casi tassativi, connotati peraltro in termini di eccezionalità. In particolare verrebbe in rilievo

---

[15] Cfr. Cons. St., sez. V, 9 giugno 2008, n. 2786, in *www.appaltiecontratti.it*; TAR Campania, sez. I, 18 aprile 2007, n. 4075, *ivi*; Cons. St., 14 dicembre 2006, n. 7461, *ivi*; TAR Trentino, 3 ottobre 2005, n. 102, *ivi*; TAR Lazio, 15 settembre 2005, n. 698, *ivi*.

[16] Cfr. Bormioli, *Varianti in corso d'opera*, in *Riv. trim. app.*, 2001, 538; Ruiu, *Il diritto dell'appaltatore al pagamento del corrispettivo per le opere eseguite in variante: la regola delle varianti disposte dal Committente e l'eccezione dell'annotazione in contabilità in sede di collaudo,* in *Riv. trim. app.,* 2006, 865; Bucchi, *Programmazione, direzione e esecuzione dei lavori,* in *Commento al Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, a cura di Sanino, Torino, 2006; Stillo, *Contratti pubblici: la revisione dei prezzi*, in *I Contratti*, 2004, 207.

nella vicenda in esame l'ipotesi di cui alla lettera e) dell'art. 132 co. 1 del d.lgs. n. 163/2006, in cui si prevede l'ammissibilità di varianti formulate in conseguenza del «manifestarsi di errori o di omissioni del progetto esecutivo (…) che pregiudichino la realizzazione dell'opera». Il Giudice si chiede allora se attraverso l'ammissione di questo genere di varianti la stazione appaltante possa in qualche modo preservare il bando da eventuali iniziative di impugnazione fondate sulla sussistenza dei predetti errori progettuali.

La risposta cui la sentenza perviene è negativa: il Collegio rileva infatti che nel caso di specie le carenze progettuali erano perfettamente conoscibili (e dunque evitabili) fin dall'inizio della gara. Ciò porterebbe ad escludere l'ammissibilità della variante di cui alla lett. e), che concerne l'ipotesi di errori che affiorino («si manifestano») in un'epoca successiva all'elaborazione del progetto posto a base di gara [17].

Questo ragionamento, per quanto condivisibile nel suo esito finale, sembra fondarsi su un presupposto dubbio, cioè sulla astratta applicabilità alla fattispecie controversa delle norma sulle varianti in corso d'opera. Ma queste ultime, come noto, si riferiscono a quei cambiamenti cronologicamente collocabili a ridosso dell'aggiudicazione, ossia per l'appunto in corso di esecuzione dell'opera. Il regime restrittivo proprio di tali varianti si giustifica, infatti, con l'esigenza di non compromettere gli sforzi economici e organizzativi sopportati dell'esecutore laddove si manifestino situazioni connotate nel senso dell'eccezionalità. Il tutto sul presupposto imprescindibile che il contraente sia già stato selezionato, ed abbia intrapreso l'esecuzione dell'opera.

Nel caso in esame la situazione è piuttosto diversa. Le varianti progettuali di cui si dibatte sarebbero infatti da collocarsi prima dell'aggiudicazione, ossia in sede di presentazione delle offerte. Non si tratterebbe quindi di autentiche varianti in corso d'opera, ma di varianti progettuali in sede di offerta [18]. La norma più confacente rispetto alla vicenda in trattazione

---

[17] In questi termini, sempre con riferimento alle varianti in corso d'opera, si veda TAR Lazio, sez. III, 10 gennaio 2007, n. 79, in *Giurisd. amm.*, 2007, 2, 105 secondo cui la variante in corso d'opera costituisce un rimedio di cui l'amministrazione può disporre per sopperire a carenze progettuali che emergano per la prima volta nel corso dei lavori, mentre non può essere utilizzata per correggere errori già emersi nel corso del procedimento di formazione del contratto di appalto di opera pubblica; di conseguenza l'amministrazione, accertata l'esigenza di procedere a una completa revisione progettuale in relazione alla impossibilità di dare esecuzione al progetto così come appaltato, legittimamente provvede alla revoca dell'aggiudicazione invece di ricorrere alla variante. Analogamente TAR Lazio, sez. III, 3 agosto 2006, n. 6911, in *Riv. giur. ed.*, 2007, 386; TAR Puglia, sez. I, 11 aprile 2000, n. 1528, in *Arch. giur. oo. pp.*, 2001, 631.

[18] Sulla differenza tra le varianti in corso d'opera e quelle presentabili in sede di offerta si veda TAR Calabria, sez. II, 29 ottobre 2008, n. 1480, in *www.appaltiecontratti.it*; e soprattutto Cons. St., sez. V, 11 luglio 2008, n. 3481, *ivi*, in cui si propone una sorta di statuto identificativo della variante in sede di offerta, il quale

sembra dunque essere l'art. 76 del codice dei contratti pubblici [19], ai sensi del quale «quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa le stazioni appaltanti possono autorizzare gli offerenti a presentare varianti. Le stazioni appaltanti precisano nel bando di gara se autorizzano o meno le varianti (…)».

Si tratta di una norma molto interessante: da essa trapela la principale prerogativa del metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ossia la sua intrinseca duttilità. E' chiaro infatti che il ricorso al criterio non automatico tendenzialmente dovrebbe garantire un certo grado di apertura all'apporto progettuale dei concorrenti. Questo spiega la possibilità consacrata dal predetto art. 76 di prevedere in sede di bando l'ammissibilità di varianti da presentarsi in concomitanza con l'offerta [20].

Il punto decisivo risiede nel fatto che tali varianti debbono essere intese in chiave migliorativa, non certo quale espediente per emendare gli errori che affligono il progetto posto a base di gara. In altre parole, l'apertura che caratterizza l'art. 76 è a servizio del perfezionamento tecnico degli elaborati, essa non può dunque essere interpretata come una scappatoia per scongiurare l'impugnazione degli atti di gara. L'impresa che rintracci nel progetto posto a base di gara alcune incongruenze rispetto alla normativa tecnica dovrà perciò valutare l'opportunità di un'iniziativa giurisdizionale, non potendosi limitare a presentare in sede di offerta un progetto alternativo indenne dalle carenze riscontrate.

---

si articola in 3 punti: 1) si ammettono varianti migliorative riguardanti le modalità esecutive dell'opera o del servizio, purché non si traducano in una diversa ideazione dell'oggetto del contratto, che si ponga come del tutto alternativo rispetto a quello voluto dalla p.a. 2) risulta essenziale che la proposta tecnica sia migliorativa rispetto al progetto base, che l'offerente dia contezza delle ragioni che giustificano l'adattamento proposto e le variazioni alle singole prescrizioni progettuali, che si dia la prova che la variante garantisca l'efficienza del progetto e le esigenze della p.a. sottese alla prescrizione variata 3) viene lasciato un ampio margine di discrezionalità alla commissione giudicatrice, trattandosi dell'ambito di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. In termini simili già Cons. St., sez. V, 19 febbraio 2003, n. 923, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2003, 606; Id., sez. V, 9 febbraio 2001, n. 578, in *Cons. Stato*, 2001, I, 231; Id., sez. IV, 2 aprile 1997, n. 309, *ivi*, 1997, I, 461.

[19] Il Collegio in verità richiama anche l'art. 76 del 163/2006, ma nel corso della sentenza pare utilizzare il termine variante in modo promiscuo, senza puntualizzare le differenze di *ratio* e di operatività tra l'istituto delle varianti in corso d'opera e quello delle varianti progettuali presentabili in sede di offerta.

[20] Cfr. Cons. St., sez. V, 11 luglio 2008, n. 3481, in *www.appaltiecontratti.it* deve ritenersi insito nella scelta del criterio selettivo dell'offerta economicamente più vantaggiosa che, anche quando il progetto posto a base di gara sia definitivo, sia consentito alle imprese proporre quelle variazioni migliorative rese possibili dal possesso di peculiari conoscenze tecnologiche, purché non si alterino i caratteri essenziali delle prestazioni richieste dalla *lex specialis* onde non ledere la *par condicio*. Così già Cons. St., sez. IV, 11 febbraio 1999, n. 149, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1999, 368.

Peraltro, a conferma di quanto si è appena detto, occorre ricordare il fatto che la stessa stazione appaltante nella lettera di invito abbia fatto riferimento solo alla ammissibilità di «di soluzioni migliorative ed integrazioni aventi valore tecnico ed estetico». Come il TAR non manca di evidenziare, ciò conferma l'impossibilità di rimediare in sede di offerta alla non conformità degli elaborati rispetto alla normativa di riferimento. L'istituto della variante (da intendersi, come si è detto in termine di variante in sede di offerta) è per sua natura privo di un simile potere. Si assisterebbe, altrimenti, all'esercizio da parte dell'impresa di una sorta di autotutela decisoria privata sugli atti di gara, in evidente spregio dei più consolidati insegnamenti del diritto amministrativo.

6. *Sull'inammissibilità della variante in quanto strumento elusivo dell'evidenza pubblica. Brevi divagazioni sul rapporto tra varianti in corso d'opera, rinegoziazione e affidamento senza gara*

Le conclusioni del TAR, come si è detto, conducono all'inammissibilità della variante in "sanatoria", sia pure attraverso un percorso argomentativo non del tutto coincidente con quello appena proposto. In particolare si è visto che a detta del Giudice umbro il problema della emendabilità del bando attraverso la presentazione delle offerte merita di essere affrontato attraverso lo studio dell'istituto delle varianti in corso d'opera. L'adozione di questa chiave di lettura (su cui ci si è permessi di dissentire) ha dato occasione al Tar Umbria di soffermarsi su una serie di considerazioni generali sulla prossimità tra l'istituto delle varianti in corso d'opera e quello, assai controverso, della rinegoziazione.

In particolare il Collegio denuncia il fatto che il ricorso alla variante in corso d'opera di per sé arrecherebbe un pregiudizio ai valori della concorrenzialità, nella misura in cui costituirebbe una indebita forma di affidamento a trattativa privata. Il carattere perentorio e in qualche modo definitivo di queste affermazioni suscita alcune considerazioni.

Innanzitutto il richiamo al pericolo della rinegoziazione non pare in linea con la fattispecie concreta. È chiaro infatti che per rinegoziare occorre aver concluso un precedente contratto: quello oggetto della ridefinizione convenzionale. Nel caso di specie invece, come si è detto più volte, la stazione appaltante non ha ancora aggiudicato l'appalto. Ciò vale ad escludere ogni possibile riferimento non solo alla rinegoziazione, ma anche, come si è detto, all'istituto delle varianti in corso d'opera.

Inoltre, pur volendo prescindere dalla specificità della vicenda in esame, le posizioni del Collegio anche nel merito non paiono prive di risvolti problematici. In particolare l'affermazione secondo cui in ogni caso «le varianti in corso d'opera comportano un *vulnus* ai principi della concorsualità e della *par condicio*, come ogni altra ipotesi di rinegoziazione a trattativa fra l'appaltante e l'aggiudicatario» suscita una serie di interrogativi. Se infatti gli scenari fossero quelli evocati dal Giudice umbro non si comprenderebbe

come mai il legislatore non abbia espresso un esplicito e perentorio divieto rispetto alle varianti in corso d'opera. Se cioè queste fossero sempre ed in ogni caso sinonimo di affidamento senza gara, la norma del codice che le ammette e le disciplina (sia pure con una serie di limitazioni) dovrebbe ritenersi contraria all'ordinamento comunitario, che, come noto, individua in termini tassativi le ipotesi di ricorso all'affidamento diretto.

In realtà il rapporto tra l'istituto delle varianti, la realtà della rinegoziazione e il rischio dell'affidamento diretto appare ben più complesso. I tre termini di questa sequenza non sono infatti legati da un nesso di identificazione, ma piuttosto da un circuito di reciproca e potenziale interferenza.

L'istituto delle varianti trova il suo originario campo di applicazione negli appalti tra privati. Rispetto a questi ultimi i principali quesiti riguardano le varianti ordinate unilateralmente dal committente, non quelle consensuali, espressione dell'autonomia negoziale di ciascuna delle parti [21].

Gli scenari pubblicistici in tema di varianti concordate sono, invece, più complessi. Rispetto ad essi si pone infatti un problema ulteriore, cioè il pericolo che mediante una serie indiscriminata di varianti consensuali si possa concretizzare un'elusione della disciplina pubblicistica in tema di gare. Ciò spiega il carattere restrittivo dell'art. 132 del Codice dei contratti, che circoscrive con puntualità le ipotesi in cui la variante è ammissibile in quanto legata circostanze in qualche modo eccezionali. Questo significa che nelle evenienze menzionate dalla predetta norma l'ordinamento non reputa contrario ai principi di trasparenza e concorrenzialità l'ammissione di varianti al progetto originario. In altre parole la variante, se adottata in conformità con l'art. 132 (e con la relativa disciplina regolamentare attuativa), non configura un surrettizio percorso di affidamento senza gara.

Essa può nondimeno essere considerata una forma di rinegoziazione, se con tale termine si intende alludere ad ogni alterazione consensuale del contenuto negoziale originariamente pattuito [22]. Ma ciò non sposta

---

[21] Il vero fronte problematico negli appalti tra privati concerne le varianti imposte dal committente, dovendo queste ultime trovare una loro collocazione in un contesto regolato dal principio della piena autodeterminazione negoziale dell'appaltatore. Ciò spiega il carattere restrittivo di una norma come l'art. 1661 c.c. (rubricato varianti ordinate dal committente) in cui si prevede che il committente può apportare variazioni al progetto, purché il loro ammontare non superi il sesto del prezzo complessivo convenuto. L'appaltatore ha diritto al compenso per i maggiori lavori eseguiti, anche se il prezzo dell'opera era stato determinato globalmente. La disposizione del comma precedente non si applica quando le variazioni, pur essendo contenute nei limiti suddetti, importano notevoli modificazioni della natura dell'opera o dei quantitativi nelle singole categorie di lavori previste nel contratto per l'esecuzione dell'opera medesima.

[22] Sui rischi connessi all'elusione della disciplina di gara attraverso il ricorso alle pratiche rinegoziative cfr.: Palliggiano, *La rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, in *Giust.amm.*, 2006, 846, Attanasio, *Il divieto di rinegoziazione del con-*

i termini della questione. La giurisprudenza nazionale e comunitaria [23] ha in proposito chiarito che le modifiche successive all'aggiudicazione compromettono la concorrenzialità dell'affidamento solo laddove vantino connotati di essenzialità. In altre parole i giudici attualmente impongono una attenta operazione di discernimento, volta ad isolare e reprimere solo

---

tratto, in *Merito*, 2005, 110; Cirilli, *Rinegoziazione dell'offerta e principi comunitari e nazionali in tema di procedure ad evidenza pubblica*, in *Giust. amm*., 2005, 202; Varone, *La rinegoziazione del contratto successiva all'aggiudicazione fra capacità negoziale delle pubbliche amministrazioni, patologie negoziali e questioni di riparto di giurisdizione*, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2003, 145; Perfetti, *Rinegoziazione dei contratti pubblici e posizioni soggettive del privato,* in *Nuova rass*., 1994, 2268; Cardarelli, *Divieto di rinegoziazione delle offerte successivamente all'aggiudicazione*, in *App. urb. ed*., 2002, 519; Masciocchi, *Rinegoziazione e congruità dei prezzi nei contratti della p.a.*, in *Foro amm-T.A.R.*, 1994, 2633. Posizioni di maggior apertura sono invece quelle di Lopilato, *Le clausole di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, in *Foro amm-T.A.R.*, 2006, 1911 (in cui, in controtendenza rispetto allo scetticismo prevalente, si parla addirittura di un obbligo di rinegoziazione desumibile da un più generale obbligo di correttezza nei rapporti negoziali, ovvero da un principio di solidarietà contrattuale imposto dall'art. 2 della Costituzione) e Marchetti, *Atto di aggiudicazione e potere di rinegoziazione della amministrazioni nei contratti ad evidenza pubblica*, in *Giorn. dir. amm*., 2003, 503 (secondo cui, se la rinegoziazione si risolve in un vantaggio che non contraddice l'esito della gara, non vi sarebbe ragione per escludere la pratica rinegoziativa). In termini simili anche Marra, *Rinegoziazione del contratto dopo l'aggiudicazione e riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm*., 2004, 1166. In ambito comunitario l'atteggiamento prevalente verso le pratiche rinegoziative è stato di deciso scetticismo. Si veda in particolare la dichiarazione comune Consiglio Commissione (in *G.U.C.E*. del 21 luglio 1989 n. 210) in cui si censura il tentativo di un'amministrazione italiana di rinegoziare i prezzi di un'offerta dopo l'aggiudicazione. Analogamente si esprime sul fronte italiano la circolare della Presidenza del Consiglio del 15 novembre 2001, in *G.U*. del 10 gennaio 2002, n. 8) in cui di denuncia il conflitto latente tra la realtà della rinegoziazione il rispetto dei principi della *par condicio*. In termini simili si esprime anche il Consiglio di Stato nel parere del 12 ottobre 2001, in cui si osserva come di fatto la rinegoziazione contrasti la legislazione europea che limita il ricorso alla procedura negoziale Recentemente Cons. St., sez. V, 13 novembre 2002, n. 6281, in *Cons. Stato*, 2002, I, 2503 (la rinegoziazione dell'offerta dopo l'aggiudicazione comporta una violazione delle norme inderogabili che presiedono il corretto svolgimento delle procedure ad evidenza pubblica che vengono surrettiziamente trasformate in trattative private e il suo risultato contrattuale è radicalmente nullo). Di segno negativo anche TAR Lazio, sez. II, 27 luglio 2007, n. 7119, in *www.appaltiecontratti.it*; Cons. St., 18 gennaio 2006, sez. V, n. 126, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2006, 1, 168; TAR Toscana, sez. II, 25 maggio 2004, n. 1600, in *Riv. amm. tosc*., 2003, 199; TAR Piemonte, sez. II, 15 maggio 2004, n. 82, in *www.appaltiecontratti.it*.

[23] In ambito comunitario il *leading case* in tema di modifiche successive all'aggiudicazione è sicuramente Corte giust. CE, sez. III, 19 giugno 2008, n. C-454/06 in *www.europa.eu*, in cui i giudici del Lussemburgo sono stati chiamati ad individuare il criterio che consenta di stabilire quando la modifica del contenuto negoziale integri gli estremi di una nuova aggiudicazione con conseguente obbligo di attivazione

quelle fattispecie rinegoziative in grado di alterare la fisionomia caratterizzante il contratto. Sono cioè solo i cambiamenti essenziali che integrano un improprio affidamento diretto.

Il punto decisivo ai fini della presente disamina risiede, allora, in un passaggio ulteriore, ossia nel fatto che dallo scrutinio sull'essenzialità della modifica devono ritenersi escluse tutte quelle ipotesi modificative previste (e dunque "autorizzate") dal legislatore. Le varianti in corso d'opera, così come per l'eventuale revisione del prezzo, se si concretizzano in piena conformità con le norme di riferimento, non possono cioè essere considerate come iniziative volte ad eludere la normativa che regola gli affidamenti delle commesse pubbliche. Si dovrebbe altrimenti ammettere di essere al cospetto di un sistema fortemente irrazionale, che, da un lato, impone la celebrazione delle gare, dall'altro, propone proprio in sede legislativa un'ampia gamma di meccanismi surrettizi di affidamento diretto.

---

delle comuni procedure di gara (qualche riferimento al tema lo si rinviene invero già in Corte giust. CE, sez. VI , 29 aprile 2004, n. C-496/99, *ivi*). Tale criterio viene individuato attraverso il ricorso alla nozione di modifica sostanziale: solo le modifiche che vantano un carattere di essenzialità a detta della Corte sarebbero cioè idonee a giustificare l'obbligo di procedere all'aggiudicazione di un nuovo contratto. La Corte di Giustizia in proposito recepisce in pieno le conclusioni dell'avvocato generale Kokott (13 marzo 2008, C-454/06, *ivi*), secondo le quali solo modifiche contrattuali essenziali che sono concretamente idonee a falsare la concorrenza sul rispettivo mercato e a favorire la controparte contrattuale dell'amministrazione aggiudicatrice nei confronti di altri possibili prestatori di servizi, giustificano la nuova esecuzione di una procedura di aggiudicazione. Nelle conclusioni si chiarisce peraltro che la verifica dell'essenzialità della modifica si deve compiere attivando un criterio presuntivo, in base al quale si deve sempre presumere l'esistenza di una modifica contrattuale essenziale se non si può escludere che altri prestatori di servizi siano stati dissuasi dal porre la loro candidatura all'appalto pubblico dalle meno favorevoli condizioni originarie. Si tratta quindi di un criterio che opera *a posteriori.* L'essenzialità in altre parole non figura come una caratteristica intrinseca della modifica, ma piuttosto come il risultato di una valutazione complessiva che abbia ad oggetto il concreto svolgimento della gara. In ambito nazionale recepiscono le sollecitazioni comunitarie circa lo scrutinio di essenzialità della modifica: TAR Friuli Venezia Giulia, 10 maggio 2007, n. 354, in *www.appaltiecontratti.it*; TAR Lazio, sez. I *bis*, 11 luglio 2006, n. 5766, in *Foro amm.-T.A.R.,* 2006, 2470. La riflessione comunitaria sul tema delle modifiche contrattuali non è stata portata avanti solo dalla giurisprudenza: essa viene ad esempio sviluppata nella Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai PPP, 2008/C91/02) in cui si assume una posizione di maggiore apertura, volta ad ammettere le modifiche in corse di esecuzione del contratto, purchè previste negli atti di gara cosicchè tutte le imprese interessate a partecipare all'appalto ne siano a conoscenza fin dall'inizio e si trovino pertanto su un piede di parità nel momento della formulazione dell'offerta. In termini analoghi: Cons. St., sez. IV, 25 marzo 2003, n. 1544, in *Giur. it*., 2003, 1257; TAR Emilia Romagna, sez. II, 15 luglio 2003, n. 1010, in *www.appaltiecontratti.it*; TAR Campania, sez. I, 8 maggio 2002, n. 2595, *ivi*.

7. *Conclusioni*

La pronuncia in rassegna si confronta con una serie di temi estremamente variegata. Ciò rende impossibile proporre in sede conclusiva delle considerazioni che attingano al merito di ciascuna delle questioni indagate.

Ci si limita pertanto ad evidenziare l'estrema attualità delle posizioni espresse dai Giudici umbri, che, soprattutto nell'analisi di alcune censure, intercettano in pieno le più moderne tendenze della giurisprudenza nazionale e comunitaria in tema di appalti pubblici. Il riferimento concerne in particolar modo le considerazioni riguardanti la rinegoziazione, intesa quale potenziale meccanismo di affidamento diretto. L'idea di fondo espressa dal Collegio circa la prossimità tra i due predetti fenomeni è già stata oggetto di apposita trattazione nei paragrafi che precedono. In questa sede preme soltanto evidenziare come il ragionamento svolto nella sentenza in commento si fondi su un presupposto implicito tutt'altro che irrilevante, ossia sulla sussistenza di posizioni legittimanti l'impugnazione della scelta di affidare l'appalto a trattativa privata. Come si è detto, per i Giudici umbri la rinegoziazione è (sempre e comunque) sinonimo di affidamento diretto. Ma ciò non li induce a dubitare della legittimazione attiva della ricorrente ad impugnare l'atto rinegoziativo (*alias* la scelta di concretizzare un surrettizio affidamento diretto). Il Collegio si conforma così all'insegnamento di quella giurisprudenza che da qualche tempo costruisce l'interesse alla concorrenzialità del mercato delle commesse pubbliche in termini diversi dal mero di interesse di fatto, ossia, detto in termini positivi, quale situazione giuridica tutelabile in sede giurisdizionale [(24)]. La scelta di affidare un contratto a trattativa privata, quand'anche 'camuffata' sotto le vesti di una iniziativa rinegoziativa o rinnovatoria, deve perciò poter essere impugnata dalle imprese che operino nel segmento di mercato in cui si colloca il contratto in questione.

Sotto questo profilo gli orientamenti espressi dal giudice comunitario e le posizioni assunte dal Giudice umbro nella pronuncia in esame appaiono in assoluta sintonia, a riprova di un generale processo di convergenza verso un progressivo ampliamento delle situazioni soggettive ritenute giustiziabili.

Le ulteriori questioni vagliate dal Collegio nella sentenza annotata sono, come si è detto, molteplici ed estremamente eterogenee. In sede conclusiva sembra pertanto opportuno, anziché ripercorrerne i tratti specifici,

---

[(24)] Sulle evoluzioni della giurisprudenza nazionale circa la sindacabilità della scelta del modo di affidamento si vedano le considerazioni di Benedetti, *I contratti della pubblica amministrazione*, *cit*., 107. In questa sede l'Autrice evidenzia il percorso che ha condotto la giurisprudenza ad affrancarsi dalle posizioni più restrittive, secondo cui l'aspirazione alla concorrenzialità degli affidamenti non sarebbe un interesse giuridicamente qualificato, e dunque non potrebbe dar luogo ad alcuna iniziativa impugnatoria.

limitarsi ad evidenziare l'approccio argomentativo che sorregge l'impianto della decisione, la quale si caratterizza per la costante volontà di puntualizzare i confini di alcune delle nozioni cruciali nell'attuale ordinamento. Il riferimento concerne, come si è visto, i concetti di controinteressato, di rinegoziazione *etc*. Le conclusioni in concreto raggiunte dal Collegio certamente non esauriscono la portata problematica di ciascuna delle questioni oggetto della pronuncia. Nella maggior parte dei casi, come si è visto, esse dischiudono nuovi fronti di riflessione, nuovi scenari di approfondimento. Ma ciò è ben lungi dal costituire un limite della pronuncia annotata. Al contrario ad essa occorre riconoscere il pregio di aver scandagliato con profondità e coraggio alcuni tra i maggiori quesiti sollevati dalla moderna realtà degli affidamenti dei contratti pubblici.

ANNALAURA GIANNELLI

T.A.R. UMBRIA – 12 luglio 2007, n. 554 – *Pres.* LIGNANI – *Est.* UNGARI – Severini (avv. Mariani Marini) c. Comune di Perugia (avv. Cartasegna).

Edilizia ed urbanistica – Vincoli urbanistici di inedificabilità – Potere conformativo della proprietà privata – È sindacabile solo sotto il profilo della logicità e ragionevolezza.
Edilizia e urbanistica – Vincoli urbanistici – Destinazioni c.d. "miste" – Diritto all'indennizzo – Non sussiste.
Edilizia e urbanistica – Fasce di rispetto – Natura giuridica – Individuazione.
Edilizia e urbanistica – Vincoli urbanistici – Apposizione per finalità di tutela culturale e ambientale – Possibilità – Sussiste.
Edilizia e urbanistica – Vincoli preordinati all'espropriazione – Reiterazione – Necessità congrua motivazione – Sussiste.

La destinazione di determinate aree da parte del piano regolatore a verde agricolo va ricondotta al potere conformativo della proprietà privata attribuito all'amministrazione in sede di pianificazione urbanistica direttamente dalla Costituzione, sindacabile soltanto sotto il profilo della logicità e ragionevolezza (1).

Non sussiste il diritto all'indennizzo nel caso di vincoli urbanistici derivanti da destinazioni c.d. "miste", che prevedono la possibilità di realizzare particolari opere di interesse pubblico anche ad iniziativa del privato, non avendo tali vincoli natura sostanzialmente espropriativa (2).

Devono ritenersi escluse dal novero dei vincoli urbanistici veri e propri quelle previsioni di inedificabilità relative alle c.d. "fasce di rispetto", in considerazione della contiguità delle aree interessate rispetto a determinate opere di interesse pubblico individuate dalla normativa nazionale (3).

Sussiste il potere dell'amministrazione comunale, in sede di pianificazione urbanistica, di sottoporre a vincolo particolari categorie di beni immobili per finalità conservative di valori culturali ed ambientali (4).

La legittimità del provvedimento di reiterazione dei vincoli preordinati all'espropriazione presuppone che la scelta operata dall'amministrazione risulti sorretta da una congrua motivazione in ordine alla persistenza delle ragioni di ordine pubblico che legittimarono l'originaria apposizione del vincolo, concepita in modo tale da evidenziare le specifiche ragioni del ritardo che hanno determinato la decadenza del vincolo (5).

1. La ricorrente è comproprietaria di terreni e casolari siti in Perugia, località Santa Lucia, Pian di Massiano, Madonna Alta e San Proto.

Detti terreni, adibiti ad uso agricolo, avrebbero a suo avviso una chiara vocazione edificatoria, poiché vicini alle aree altamente urbanizzate di Fontivegge e Ferro di Cavallo ed alla luce dell'urbanizzazione di fatto di tutta la zona.

Lamenta in sostanza che il Comune, nonostante reiterate istanze volte ad ottenere per detti terreni una diversa destinazione d'uso (da ultimo, con le osservazioni nn. 940, 941, 942, 943 e 944 in data 9 giugno 1999, presentate nell'ambito del procedimento del Nuovo P.R.G., adottato con delibera consiliare n. 60 in data 22 marzo 1999), mantenga da oltre trentacinque anni destinazioni di varia tipologia, ma aventi sostanzialmente contenuto di vincolo espropriativo, peraltro mai attuate e sistematicamente rinnovate con denominazioni diverse, senza previsioni di indennizzo. *(Omissis).*

Le doglianze prospettate con riferimento alle diverse componenti della proprietà della ricorrente ed alle relative destinazioni urbanistiche, possono essere ricondotte a tre assunti fondamentali:

- i terreni in questione avrebbero, per collocazione urbanistica e caratteristiche morfologiche, una vocazione edificatoria;

- per essi, viceversa, le pianificazioni urbanistiche avrebbero nel tempo previsto destinazioni tali da configurare una reiterazione di vincoli a contenuto sostanzialmente espropriativi, senza indennizzo;

- dette destinazioni urbanistiche, ed in particolare quelle previste dal Nuovo P.R.G., non corrisponderebbero alla reale natura dei terreni (e degli edifici ivi esistenti). *(Omissis).*

In proposito, già la Corte Costituzionale (sent. 20 maggio 1999, n. 179) aveva affermato che la possibilità di rinnovare nel tempo i vincoli urbanistici su beni individuati appartiene alla potestà pianificatoria e non è incostituzionale di per sè, purché, di fronte alla sostanziale alternatività fra temporaneità e indennizzabilità, l'esercizio della facoltà di rinnovo, eventualmente con diversa destinazione o con altri mezzi, non provochi situazioni incompatibili con la garanzia della proprietà e sia giustificata entro i limiti della ragionevolezza da una motivata valutazione procedimentale dell'amministrazione. *(Omissis).*

Fermo restando che per reiterare legittimamente vincoli scaduti per effetto del decorso del termine è necessaria una congrua motivazione in ordine alla persistente attualità dei pubblici interessi che determinarono, all'origine, l'imposizione del vincolo (cfr. Cons. Stato, IV, 21 agosto 2006, n. 4843; 12 dicembre 2005, n. 7030; 9 agosto 2005, n. 4225), si è precisato il contenuto della motivazione, ritenendosi necessaria anche una nuova ed adeguata comparazione degli interessi pubblici e privati coinvolti (cfr. IV, 21 agosto 2006, n. 4843) ed una giustificazione delle scelte urbanistiche, tanto più dettagliata e concreta quante più volte viene ripetuta la reiterazione del vincolo (cfr. IV, 22 giugno 2006, n. 3895; 29 agosto 2002, n. 4340), che evidenzi: le specifiche ragioni del ritardo che hanno determinato la decadenza del vincolo; la ragionevole dimostrazione, sulla scorta della situazione dei luoghi, che la rinnovazione del vincolo sulla stessa area è necessaria per realizzare l'opera o l'intervento pubblico; la mancanza di soluzioni alternative o di perequazione tra i proprietari espropriabili e dunque l'ineluttabilità della scelta dell'area già vincolata; la serietà ed affidabilità della realizzazione nel quinquennio delle opere di cui trattasi, con la precisazione delle iniziative mediante le quali il procedimento ablativo verrà portato a compimento (cfr. IV, 9 agosto 2005, n. 4225; 30 giugno 2005, n. 3535; 3 luglio 2000, n. 3646).

4.1.3. La problematica della motivazione necessaria per l'imposizione dei vincoli urbanistici si intreccia con quella della loro temporaneità/ indennizzabilità.

Secondo la fondamentale impostazione data alla problematica dei vincoli dalla Corte Costituzionale (cfr. sent. 20 maggio 1999, n. 179; 18 dicembre 2001, n. 411), non tutti i vincoli urbanistici sono soggetti a decadenza, e conseguentemente alla necessità di indennizzo allorché vengano reiterati (beninteso, una volta superato il periodo di durata tollerabile fissato dalla legge, c.d. periodo di franchigia -art. 2 comma 1, legge 1187/ 1968, ora trasfuso nell'art. 9 del d.P.R. 327/2001- ed in assenza di previsione alternativa dell'indennizzo), ma soltanto quelli

aventi carattere particolare, per i quali la mancata fruibilità del bene protratta nel tempo e non indennizzata determina violazione del comma terzo dell'art. 42 Cost. Non sono invece indennizzabili i vincoli posti a carico di intere categorie di beni (tra questi, i vincoli urbanistici di tipo conformativo, e i vincoli relativi ai beni culturali e paesaggistici). In altri termini, in tema di imposizione di vincoli urbanistici, non vi è il presupposto per un indennizzo quando i modi di godimento e i limiti imposti (direttamente dalla legge ovvero mediante un particolare procedimento amministrativo) riguardino intere categorie di beni secondo caratteristiche loro intrinseche, con carattere di generalità ed in modo obiettivo; in questi casi, le limitazioni delle facoltà del proprietario ricadono nella previsione non del comma terzo, bensì del comma secondo, dell'art. 42, Cost.

Pertanto, i limiti non ablatori normalmente posti nei regolamenti urbanistici o nella pianificazione urbanistica e relative norme tecniche, riguardanti altezza, cubatura, superficie coperta, distanze, zone di rispetto, indici di fabbricabilità, limiti e rapporti per zone territoriali omogenee e simili, sono vincoli conformativi, connaturali alla proprietà, e non comportano indennizzo.

Inoltre, se pure hanno carattere particolare, i vincoli di destinazione imposti dal piano regolatore per attrezzature e servizi realizzabili anche ad iniziativa privata o promiscua, in regime di economia di mercato, anche se accompagnati da strumenti di convenzionamento (ad es. parcheggi, impianti sportivi, mercati e strutture commerciali, edifici sanitari, zone artigianali, industriali o residenziali), sfuggono allo schema ablatorio, con le connesse garanzie costituzionali in termini di alternatività fra indennizzo e durata predefinita.

Se è vero, infatti, che la previsione dell'indennizzo è doverosa non solo per i vincoli preordinati all'ablazione del suolo, ma anche per quelli "sostanzialmente espropriativi" (secondo la definizione di cui all'art.39, comma 1, del d.P.R. 327/2001), è anche vero che non possono essere annoverati in quest'ultima categoria di vincoli quelli derivanti da destinazioni realizzabili anche attraverso l'iniziativa privata in regime di economia di mercato (cfr., ex multis, Cons. St., IV, 28 febbraio 2005, n. 693; VI, 14 maggio 2000, n. 2934; vedi anche, Cass.civ., I, 26 gennaio 2006, n. 1626; 27 maggio 2005, n. 11322).

Infatti, il vincolo, per essere qualificato sostanzialmente espropriativo, deve comportare l'azzeramento del contenuto economico del diritto di proprietà e che, di contro, la disciplina urbanistica che ammette la realizzazione di interventi edilizi da parte di privati, seppur conformati dal perseguimento del peculiare interesse pubblico che ha determinato il vincolo, non si risolve in una sostanziale espropriazione, ma solo in una limitazione, conforme ai principi che presiedono al corretto ed ordi-

nario esercizio del potere pianificatorio, dell'attività edilizia realizzabile sul terreno; in altri termini, nell'esercizio della potestà conformativa propria dello strumento urbanistico generale (la cui validità è a tempo indeterminato, come espressamente stabilito dall'articolo 11 della legge 1150/1942).

4.1.4. In questa duplice e correlata prospettiva, non appaiono vincoli sostanzialmente espropriativi, in quanto derivanti dal riconoscimento delle caratteristiche intrinseche del bene nell'ambito delle scelte di pianificazione generale, o, comunque, in quanto non sono tali da comportare l'azzeramento o uno svuotamento incisivo del contenuto economico del diritto di proprietà:

- le "fasce di rispetto" stradale e ferroviario;

- la destinazione a "zona agricola" (cfr. Cons. Stato, IV, 06 marzo 1998, n. 382; T.A.R. Lazio Latina, 06 aprile 1988 , n. 230); considerato anche che essa non si configura come una limitazione tale da rendere inutilizzabile l'immobile in relazione alla destinazione inerente alla sua natura, restando al proprietario la possibilità di trarne un utile mediante la coltivazione, e inoltre una possibilità, sia pure contenuta entro stretti limiti, di edificazione (cfr. Cons. Stato, V, 07 agosto 1996 , n. 881);

- destinazioni di un'area a "verde pubblico", "verde urbano", "verde attrezzato" e simili, laddove sia consentita, anche ad iniziativa del proprietario, la realizzazione di opere e strutture intese all'effettivo godimento del verde (cfr. Cons. Stato, IV, 10 agosto 2004, n. 5490; V, 25 gennaio 2005,n. 144; T.A.R. Emilia Romagna Bologna,I, 20 settembre 2002, n. 1180; T.A.R. Puglia Bari, III, 04 novembre 2004, n. 5093; T.A.R. Puglia Lecce, I, 12 maggio 2006, n. 2580; T.A.R. Lombardia Milano, II, 16 dicembre 2005 , n. 4999; T.A.R. Campania Napoli, 25 gennaio 2005 , n. 340); per contro, qualora la disciplina di piano escluda in modo assoluto che nelle zone destinate a " verde pubblico" siano possibili, anche parzialmente, iniziative da parte del privato proprietario dell'area, detto vincolo potrà essere qualificato come preordinato all'espropriazione o, comunque, tale da sottrarre sostanzialmente l'area medesima alla naturale vocazione edificatoria e come tale soggetto a decadenza ex art. 2 l. n. 1187 del 1968 (Cons. Stato, IV, 25 maggio 2005, n. 2718); per Cass. Civ., I, 07 febbraio 2006, n. 2612 l'ipotesi che una destinazione di piano regolatore generale - e segnatamente la destinazione a "verde pubblico" (al riguardo, v. anche Cass. 24 dicembre 2004, n. 23973; Cass. 12 marzo 2004, n. 5106; Cass. 16 maggio 1998, n. 4921)- esprima un vincolo conformativo costituisce l'evenienza ordinaria, mentre assume carattere di eccezione l'ipotesi inversa, che la destinazione si traduca, cioè, in un vincolo preordinato all'esproprio.

- la destinazione urbanistica delle aree di proprietà privata a " verde privato" (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, II, 9 settembre 2005 , n. 6786).

- la destinazione a parcheggio e a zona agricola (TAR Umbria, 16 agosto 2006, n. 420).

Può aggiungersi che la destinazione a verde agricolo di un'area, stabilita dallo strumento urbanistico generale, non implica necessariamente che l'area soddisfi in modo diretto ed immediato gli interessi agricoli, potendo giustificarsi con le esigenze dell'ordinato governo del territorio, quale la necessità di impedire un'ulteriore edificazione o un congestionamento delle aree, mantenendo un equilibrato rapporto tra aree libere ed edificate o industriali, ovvero preservando una residua porzione di verde atta a precludere, anche per la sua specifica collocazione, una ulteriore espansione dell'abitato sulle zone ancora libere (cfr. Cons. Stato, IV, 22 giugno 2004, n. 4466) così da consentire le più convenienti e civili condizioni di abitabilità del territorio (IV, 31 gennaio 2005, n. 259). In altri termini, la classificazione a zona agricola (o, comunque, a verde), possiede anche una valenza conservativa dei valori naturalistici, venendo a costituire il polmone dell'insediamento urbano, assumendo per tale via la funzione decongestionante e di contenimento dell'espansione dell'aggregato urbano (cfr., tra le altre, Cons. Stato, IV, n. 245/2000 cit.; n. 1943 del 1999 cit.; 13 marzo 1998, n. 431; 1 ottobre 1997, n. 1059; nonché TAR Umbria, 26 novembre 2004, n. 721, nonché n. 191/2005, n. 131/2006, nn. 292-295/2006, citt.). *(Omissis).*

4.5.1. Riguardo al primo motivo (1.3.1.), concernente i terreni suindicati al punto 1., n. 1), lettere a) e b), le destinazioni "Ppr", "Ppra", "Fe" e "Pcu", non sembra possano concretizzare (per quanto esposto ai punti 4.1.3. e 4.3.) vincoli sostanzialmente espropriativi, e tanto meno vincoli preordinati all'esproprio.

Le, sia pur limitate, possibilità di utilizzo assicurate al proprietario, conducono a classificare le relative destinazioni al di fuori dello schema ablatorio, come prescrizioni meramente conformative.

Ed in questa prospettiva non sono state esposti nel ricorso argomenti tali da mettere in discussione la rispondenza di dette destinazioni alle esigenze urbanistiche che, come esposto, sono a fondamento della redazione del piano regolatore.

Inoltre, come esposto dal Comune in sede di parziale accoglimento dell'osservazione n. 941, le attività che si potranno svolgere nel "parco privato attrezzato" risultano "compatibili con la vocazione e destinazione complessiva che Pian di Massiano possiede ed in particolare con l'esigenza di non gravare l'area stessa con nuova edificabilità che non sia strettamente finalizzata alle funzioni sportive e ricreative che vi svolgono e che dovranno ancora insediarsi".

Invece, vincoli preordinati all'espropriazione sono indubbiamente quelli relativi alle "nuove infrastrutture per la mobilità" ed alla "strada pubblica" .

Tali vincoli, come già esposto (cfr. punto 4.2.), sono stati reiterati nel tempo.

Occorre verificare anzitutto se per tale reiterazione sussista un'adeguata motivazione.

La difesa del Comune sottolinea in proposito che:

- nel provvedimento di approvazione del Nuovo P.R.G., un "considerato" avente ad oggetto "la persistenza dell'interesse che i vincoli espropriativi reiterati perseguono per un ottimale assetto dei numerosi insediamenti presenti nel territorio comunale rispetto alle previsioni del PRG", dimostrerebbe come l'attualità dell'interesse pubblico sia stata puntualmente acclarata nel procedimento;

- dalla relazione al Nuovo P.R.G. (pag. 10) si evince che "*nel caso di S.Lucia, Pian di Massiano e Madonna Alta, è riscontrabile un'elevata urbanizzazione per le infrastrutture viarie colleganti gli importanti servizi territoriali ivi presenti quali, la Facoltà di Ingegneria, il Polo Sportivo, l'area direzionale della Questura, il nuovo Centro Parrocchiale, la nuova caserma dei VV.FF., ecc. e che risultano peraltro integrate dal sistema di trasporto urbano automatico (Minimetrò), ad oggi in avanzata fase di realizzazione*".

Ciò, secondo il Comune, giustificherebbe la reiterazione del vincolo.

Ad avviso del Collegio, il richiamo dei principi ispiratori e dei criteri generali sottesi al piano vale ad evidenziare la necessità della "realizzazione di una congrua viabilità in ambiti così nevralgici del capoluogo", ma non indica in alcun modo la necessità di quelle previsioni viarie, localizzate su quei terreni della ricorrente, già in precedenza sottoposti a vincolo (e non su altri).

E quindi non soddisfa il parametro di sufficienza della motivazione che è stato individuato dall'orientamento giurisprudenziale sopra ricordato (al punto 4.1.2.).

Sussiste invece l'altro presupposto di legittimità della reiterazione, dato che il Nuovo P.R.G. ha previsto un indennizzo : "… sarà riconosciuto al singolo interessato – su sua espressa richiesta – la dovuta indennità, prevedendo contestualmente un apposito capitolo di spesa nel Bilancio 2002 (cap. 38033/43) per euro 15.494,00". Riguardo all'adeguatezza di tale "copertura" finanziaria, peraltro, non vengono svolte specifiche censure. *(Omissis).*

4.5.3. Il terzo motivo riguarda l'edificio voc. Campaccio (punto 1., 1), lettera a).

La classificazione "edificio di interesse tipologico" del fabbricato rurale in loc. Santa Lucia, voc. Campaccio, appare giustificata in quanto è munito dei caratteri del casolare tipico delle campagne umbre (cfr. scheda di rilevamento del bene individuo sparso e documentazione fotografica, all. 17 alla relazione tecnica).

A seguito delle osservazioni, alla classificazione è stata aggiunta la lettera "R", che consente (art. 46 del T.U.N.A.) il riuso dell'immobile per attività di ristorazione e ricettività extralberghiera, ammettendo la realizzazione di un nuovo corpo di fabbrica, con materiali, forme e tecnologie tradizionali, anche se con un volume massimo pari al 30% dell'edificio principale ed un altezza massima pari a m. 3,50.

Non sembra quindi potersi dire che l'immobile sia stato soggetto (ma in modo surrettizio, in quanto ad opera di amministrazione a ciò incompetente e senza le garanzie procedimentali previste dalla normativa nazionale di tutela del patrimonio culturale) ad una disciplina conservativa equivalente a quella dei beni culturali in senso proprio.

Il vincolo in questione è pur sempre un vincolo urbanistico, e non appare dubbio che il P.R.G. possa dettare una disciplina conformativa della proprietà a finalità conservative di valori culturali e ambientali. *(Omissis).*

In conclusione, il Collegio dichiara inammissibile il ricorso n. 28/2002 ed accoglie parzialmente (limitatamente alle destinazioni a "nuove infrastrutture per la mobilità" ed a "strada pubblica" – cfr. punto 4.5.1., seconda parte) il ricorso n. 479/2002, che respinge per il resto.

(1-4) Vincoli urbanistici e potere conformativo della proprietà privata: linee evolutive e profili critici.

Sommario: 1. *Premessa.* – **2.** *I vincoli urbanistici: natura giuridica e tipologie.* – **3.** *Il regime giuridico dei vincoli urbanistici alla luce della più recente giurisprudenza amministrativa e costituzionale e dell'evoluzione normativa.* **3.1.** *La disciplina dei vincoli aventi natura meramente conformativa.* **3.2.** *Il regime giuridico delle destinazioni aventi natura "mista".* **3.3.** *I vincoli morfologici.* **3.4.** *La disciplina dei vincoli preordinati all'espropriazione.* – **4.** *Conclusioni: le modalità di ristoro alternative all'indennizzo pecuniario.*

1. *Premessa*

La pronuncia in commento verte sul controverso tema concernente la natura giuridica e la disciplina dei vincoli urbanistici derivanti dalle previsioni dei piani regolatori comunali.

Attraverso ben nove distinti motivi di censura, corrispondenti ad altrettante destinazioni impresse dal nuovo piano regolatore comunale agli immobili di proprietà della ricorrente, viene in contestazione sia l'illegittima reiterazione di una pluralità di vincoli urbanistici a contenuto sostanzialmente espropriativo, peraltro assai eterogenei fra loro, sia la mancata *reformatio in melius* delle destinazioni urbanistiche previgenti da parte del nuovo piano regolatore.

In particolare, le doglianze prospettate possono essere ricondotte a tre assunti fondamentali:

- i terreni considerati avrebbero, per collocazione urbanistica e caratteristiche morfologiche, una palese vocazione edificatoria;
- per essi, viceversa, le pianificazioni urbanistiche avrebbero nel tempo perpetrato destinazioni tali da configurare una reiterazione di vincoli a contenuto sostanzialmente espropriativo, in assenza di apposita previsione di indennizzo;
- dette destinazioni urbanistiche, ed in particolare quelle previste dal Nuovo P.R.G., tuttavia, non corrisponderebbero alla reale natura dei terreni (e degli edifici ivi esistenti).

In virtù delle molteplici ed articolate censure avanzate dalla ricorrente ed al fine di delineare un quadro certo di riferimento cui ancorare la complessa fattispecie oggetto della controversia, i giudici, dopo aver provveduto a determinare la natura giuridica delle specifiche destinazioni impresse dal P.R.G. agli immobili di proprietà della ricorrente, si sono impegnati in un'approfondita disamina del complesso rapporto esistente fra il potere di conformazione della proprietà immobiliare e le previsioni di piano comportanti vincoli di inedificabilità, con specifico riferimento ai profili attinenti l'individuazione e la qualificazione delle varie tipologie vincolistiche, nonché i requisiti e i presupposti sottesi alla reiterazione dei vincoli medesimi, così come enucleati dalla giurisprudenza costituzionale e amministrativa.

Sul punto, peraltro, già a partire dalla fine degli anni Settanta, a seguito dell'ormai celebre sentenza della Corte costituzionale n. 55 del 29 maggio 1968, si è registrata una copiosa produzione letteraria e giurisprudenziale, con particolare riguardo ai delicati profili concernenti la reiterazione e l'indennizzo dei vincoli medesimi. Purtuttavia, mentre in dottrina si è venuto a delineare un orientamento tendenzialmente compatto ed univoco, nelle pronunce dei giudici succedutesi nell'ultimo decennio non è dato riscontrare la medesima coerenza ed uniformità. In particolare, va rilevato come le continue oscillazioni della giurisprudenza del Consiglio di Stato, chiamato sovente a pronunciarsi su controversie inerenti i presupposti e le condizioni di reiterabilità dei vincoli, abbiano determinato una situazione di sostanziale incertezza, tanto più grave quanto più si consideri il carattere di assoluta centralità che assume il tema considerato rispetto alla tutela del diritto di proprietà. Onde non può negarsi che, allo stato attuale, nonostante sia ormai possibile enucleare una serie di principi incontrovertibili posti alla base della materia considerata, permangono talune zone d'ombra che impongono un'attenta riflessione sulla natura e sui limiti che incontrano le amministrazioni comunali nell'esercizio dei poteri di pianificazione del territorio.

Al pari di analoghe decisioni, pertanto, dalla lettura della sentenza del tribunale umbro non può sfuggire come, seppure le argomentazioni impiegate dai giudici possano apparire *prima facie* corrette, nonché conformi agli indirizzi giurisprudenziali più recenti, persistano comunque apprezzabili

margini per la formulazione di rilievi critici rilevanti, specie laddove il potere di conformazione della proprietà privata riconosciuto dalla Carta fondamentale all'amministrazione in sede di pianificazione urbanistica viene a scontrarsi con le fondamentali esigenze di tutela della proprietà fondiaria.

2. *I vincoli urbanistici: natura giuridica e tipologie*

Come accennato in premessa, nella fattispecie che forma oggetto della decisione in commento, l'attenzione dei giudici si è dovuta appuntare, *in primis*, proprio sul problema concernente l'individuazione delle specifiche tipologie vincolistiche gravanti le vastissime aree di proprietà della ricorrente.

Per esigenze di sistematicità e coerenza espositiva, tuttavia, anche alla luce della persistente "nebulosità" che sembra tuttora affliggere la materia, si ritiene opportuno procedere preliminarmente all'identificazione e alla delimitazione della nozione stessa di vincolo urbanistico [(1)], così come essa è venuta delineandosi alla luce della giurisprudenza e della dottrina prevalente.

[(1)] In generale, sul tema dei vincoli urbanistici si segnalano i contributi di: Assini, *Diritto urbanistico*, Padova, 2003, 171 ss.; Benini, *Vincoli urbanistici e diritti* umani, in *Foro it.,* 2005, IV, 75; Carbone, Nasti, *Vincoli urbanistici speciali, conformazione della proprietà ed espropriazioni anomale*, in *Corr. Giur.*, 2001, 867 ss.; Carbonelli, *La reiterazione dei vincoli di pianificazione urbanistica: il* paso doble *di Plenaria e Corte Costituzionale*, in *Urb. e App.*, 2007, 1118 ss.; Civitarese Matteucci, *La reiterazione dei vincoli urbanistici decaduti come misura "sostanzialmente espropriativa"*, in *Regioni*, 1999, 812 ss.; Crepaldi, *Gli effetti della decadenza dei vincoli urbanistici*, in *Foro Amm.-Cons. Stato*, 2005, 1113 ss.; De Pretis, *I vincoli di inedificabilità di nuovo al vaglio della Corte costituzionale: aggiornamento della categoria e indennizzo per la reiterazione*, in *Riv. Giur. Urb.*, 1999, 289 ss.; Difino, *Vincoli urbanistici e sistema perequativo alla luce delle ultime pronunce dei giudici amministrativi*, in Ferrari, Saitta, Tigano (a cura di), *Livelli e contenuti della pianificazione territoriale*, Milano, 2001, 323 ss.; Fiale, *Diritto urbanistico*, Napoli, 2003, 217 ss.; Forte, *Vincoli urbanistici polifunzionali e indennità di espropriazione*, in *Corr. Giur.* 2002, 314 ss.; Lotti, *I vincoli di inedificabilità: giurisdizione, apposizione, decadenza, "zone bianche"*, in *www.giustamm.it*; Martinetti, *La reiterazione di vincoli urbanistici senza indennizzo al vaglio critico della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Riv. Giur. Urb.*, 2006, 21 ss.; Pelillo, *Reiterazione di vincoli urbanistici preordinati ad espropriazione per pubblica utilità e tutela giurisdizionale. Notazioni a margine della sentenza della Corte Costituzionale 20 maggio 1999 n. 179*, in *www.lexitalia.it*; Piscitelli, *Potere di pianificazione e situazioni soggettive. I vincoli urbanistici*, Padova, 1990, 1 ss.; Rapelli, *La tutela avverso le varianti generali reiterative di vincoli urbanistici decaduti, con particolare riferimento alla motivazione ed alla indennizzabilità della reiterazione*, in *Giur. It.*, 2001, 159 ss.; Salvago, *Vincoli urbanistici e conformazione della proprietà*, in *Corr. Giur.*, 2002, 923 ss.; Stella Richter, *I principi del diritto urbanistico*, Milano, 2006, 70 ss.; Turco Liveri, *I vincoli urbanistici*, in *Riv. Giur. Urb.*, 1995, 489 ss.; Urbani, Civitarese Matteucci, *Diritto urbanistico*, Torino, 2004, 270 ss.

In via di prima approssimazione, possiamo affermare che, con la locuzione "vincolo urbanistico" si suole, per tradizione, indicare quelle prescrizioni contenute nei piani regolatori comunali, concernenti determinate aree del territorio oggetto di pianificazione, che si traducono in una limitazione o nell'esclusione del relativo *ius aedificandi* riconosciuto al privato proprietario [(2)]. Trattasi, pertanto, di previsioni dalle quali può discendere una menomazione delle facoltà di godimento e di disposizione del bene, tale da travalicare quel sottile e precario equilibrio che deve sussistere fra funzionalizzazione sociale della proprietà fondiaria e garanzie dei singoli. Ne discende che possono essere ricondotte nell'alveo di tale categoria misure urbanistiche assai eterogenee fra loro e, tuttavia, accomunate dall'idoneità a determinare una condizione di inedificabilità per gli immobili interessati, o comunque possibilità edificatorie talmente modeste da svuotare di qualsiasi valenza effettiva i poteri dominicali sul bene [(3)].

Nell'ambito della categoria considerata, in primo luogo, va rammentata la fondamentale distinzione, operata dalla giurisprudenza costituzionale, fra vincoli preordinati all'esproprio, integranti misure dirette a paralizzare le possibilità di trasformazione dei terreni in vista di un futuro provvedimento di espropriazione per la realizzazione di opere pubbliche[(4)], e vincoli a contenuto sostanzialmente espropriativo, i quali, pur non essendo apposti in funzione del successivo trasferimento coattivo del bene all'amministrazione, incidono tanto profondamente sul godimento del bene da renderlo concretamente inutilizzabile, pur rimanendo intatta l'appartenenza del diritto in capo al privato. Nel primo caso si parla anche di vincoli "strumentali", proprio per sottolineare il rapporto di stretta correlazione esistente fra l'apposizione del vincolo e il successivo provvedimento di espropriazione in funzione della realizzazione delle opere pubbliche previste dal piano nell'interesse della collettività. La caratteristica saliente di tale tipologia vincolistica risiede, conseguentemente, nel determinare una sorta di anticipazione degli effetti ablatori che si produrranno con il futuro provvedimento di esproprio[(5)], al fine di evitare che, nelle more del procedimento, la realizzazione dell'opera pubblica prevista dal piano regolatore possa essere definitivamente compromessa o resa maggiormente onerosa [(6)]. Nel caso dei vincoli sostanzialmente

---

[(2)] Assini, *Diritto urbanistico*, Padova, 2003, 171.

[(3)] Urbani, Civitarese Matteucci, *Diritto urbanistico*, cit., 270.

[(4)] Ai sensi dell'art. 42, co. 3, della Costituzione, come noto, ‹‹*La proprietà privata può essere espropriata, nei casi previsti dalla legge, e salvo indennizzo, per ragioni d'interesse generale*››.

[(5)] Urbani, Civitarese Matteucci, *Diritto urbanistico*, cit., 271.

[(6)] L'apposizione dei vincoli strumentali costituisce espressione del potere di localizzazione riconosciuto dalla legge urbanistica all'amministrazione comunale, attraverso il quale è consentito a quest'ultima, in sede di pianificazione territoriale, di operare una scelta programmatica che si sostanzia nell'individuazione puntuale

espropriativi, detti anche, per brevità, "sostanziali" o "conformativi", invece, la previsione con effetto di inedificabilità contenuta nel piano regolatore risulta del tutto svincolata da successivi provvedimenti ablatori ed assume, pertanto, carattere definitivo ed assoluto. L'amministrazione, in altre parole, nell'esercizio del potere di pianificazione del territorio, conferisce alle aree soggette a detti vincoli un assetto tale da escludere o limitare in modo decisivo le relative possibilità edificatorie, pur conservando il bene nella titolarità del privato.

Tale categoria comprende tutte quelle misure che rappresentano la manifestazione del potere conformativo della proprietà privata, riconosciuto all'amministrazione direttamente dall'art. 42, 2° comma della Costituzione al fine di garantire la "funzione sociale" della proprietà privata e di renderla accessibile a tutti i soggetti dell'ordinamento. In riferimento ad essi si parla, difatti, anche di vincoli di "zona", al fine di sottolineare come l'apposizione di tali vincoli corrisponda a zonizzazioni di carattere generale, che investono in modo indifferenziato tutte le aree comprese nell'ambito di una medesima zona funzionale. Si tratta, pertanto, di limitazioni dirette a regolamentare l'attività edilizia dei privati in funzione delle diverse zone in cui il piano regolatore suddivide il territorio comunale, prive di efficacia ablatoria in quanto considerate connaturate alla proprietà, così come previsto dall'art. 42 della Costituzione [7], ma parimenti idonee a determinare una significativa compressione del diritto medesimo, pur lasciandone intatta l'appartenenza in capo al privato. E' il caso, ad esempio, dei vincoli di destinazione a verde agricolo derivanti dalla zonizzazione o delle limitazioni normalmente contenute nei regolamenti edilizi e nelle norme tecniche di attuazione dei piani urbanistici (altezze e volumetrie massime, rapporto fra superficie disponibile e superficie coperta, distanze fra edifici, aree di rispetto, indici e caratteristiche di edificabilità per zone omogenee) [8]. E' stato correttamente osservato, tuttavia, come tale fenomeno resti poco chiaro sia nella defini-

---

e specifica delle aree destinate ad accogliere le opere di pubblico interesse. Non a caso, si è soliti indicare con l'espressione "vincoli localizzativi" tutte quelle imposizioni operanti in via immediata e a titolo particolare, ossia rispetto a singoli beni individuati in modo specifico direttamente dal piano regolatore (ad es. attraverso l'indicazione delle particelle catastali), in vista del successivo provvedimento ablatorio. In particolare, le disposizioni aventi natura localizzatoria potranno concernere la realizzazione delle principali vie di comunicazione stradale e ferroviaria, le aree destinate a formare spazi di uso pubblico (tipicamente, le aree a verde pubblico), le aree da riservare ad edifici pubblici o di uso pubblico, nonché ad opere ed impianti di interesse collettivo o sociale previste dall'art. 7, nn. 1-4, della legge urbanistica.

[7] Si veda, sul punto, Fiale, *cit.*, 218.

[8] Le due fondamentali tipologie di vincoli urbanistici possono essere ricondotte, da un lato, alle prescrizioni di localizzazione del piano regolatore attraverso le quali l'amministrazione individua, in modo puntuale, le aree da sottoporre a futura espropriazione in funzione della realizzazione di opere di interesse pubblico, come

zione del suo ambito di riferimento, sia nel suo trattamento da parte della giurisprudenza amministrativa, probabilmente in ragione dell'eterogeneità delle ipotesi sussumibili nella c.d. "zonizzazione funzionale" [9], la quale, se è pur vero che in linea di massima dovrebbe investire solamente aree di una certa estensione (come avviene, tipicamente, nel caso delle aree agricole), in taluni casi può interessare anche singole aree, che vengono di tal guisa a formare oggetto di previsioni assai più puntuali e la cui condizione, di conseguenza, si avvicina maggiormente a quella dei beni soggetti a previsioni di localizzazione, pur essendo escluso il trasferimento coattivo della proprietà del bene (come avviene nel caso del c.d. "verde privato") [10].

Ai vincoli sostanziali, inoltre, possono essere accostati i vincoli c.d. "morfologici" o "ricognitivi", rispetto ai quali, tuttavia, la giurisprudenza costituzionale e amministrativa è concorde nell'affermarne l'estraneità alla categoria dei vincoli urbanistici veri e propri, pur comportando limitazioni all'edificabilità dei beni cui afferiscono. In linea generale, le varie tipologie di vincolo morfologico, aventi, peraltro, caratteri assai eterogenei fra loro, sono accomunate dalla funzione di preservare determinate caratteristiche naturali, ambientali o storiche connaturate ad un determinato bene immobile. Rientrano in tale categoria, pertanto, i vincoli di carattere paesistico-ambientale, i vincoli storico-artistici, ma anche quei vincoli relativi a beni del tutto privi di elementi di particolare pregio, come avviene nell'ipotesi delle fasce di rispetto di strade e ferrovie, acque pubbliche, nonché i vincoli di carattere geologico o forestale [11]. A giudizio della giurisprudenza costituzionale, tuttavia, tali vincoli non danno luogo ad una limitazione della proprietà a contenuto espropriativo, ma costituiscono semplicemente la conseguenza di una condizione intrinseca del bene, e non sono conseguentemente idonei a determinare alcuna ablazione [12].

---

avviene tipicamente nel caso dei vincoli strumentali, e, dall'altro, alle previsioni di zonizzazione, mediante le quali il territorio comunale viene suddiviso in aree omogenee e sottoposto ad una particolare disciplina, in funzione conformativa del diritto di proprietà, dando vita ai c.d. vincoli di zona, che insistono non su singoli beni, ma su intere zone del territorio, con carattere generale ed indifferenziato.

[9] Con tale espressione si è soliti indicare quelle prescrizioni del piano regolatore dirette a suddividere in zone il territorio comunale, precisando le caratteristiche e la relativa disciplina edificatoria di ogni singolo comparto.

[10] Cfr. De Pretis, *cit.*, 295.

[11] In linea di massima, l'apposizione di tali vincoli è riservata alla competenza statale, recentemente delegata alle regioni, e, pertanto, il P.R.G. deve limitarsi a recepire le misure previste in sede di pianificazione differenziata. Tuttavia, va rilevato come, nella prassi, accada spesso che siano gli stessi piani regolatori a sottoporre determinati beni a vincoli paesistico-ambientali, mediante prescrizioni di vario genere e contenuto.

[12] Cfr. C. Cost., sent. 29 maggio 1968, n. 56, dove si afferma che: «*i beni immobili qualificati di bellezza naturale hanno valore paesistico per una circostanza che*

Ora, per tornare alla decisione in commento, possiamo osservare che i giudici amministrativi, applicando i descritti criteri valutativi, hanno correttamente ritenuto che nella fattispecie oggetto della controversia potessero individuarsi, con riferimento alle singole aree di proprietà della ricorrente, le seguenti tipologie vincolistiche:

- vincoli meramente conformativi, in quanto diretti ad imprimere una specifica destinazione alle aree di pertinenza, a carattere "agricolo" [13] o sotto forma di "fasce di rispetto";

- vincoli di natura "mista", in quanto integranti destinazioni di vario genere e denominazione [14], ma tendenzialmente accomunate dalla caratteristica di non escludere del tutto talune possibilità di trasformazione in senso edificatorio delle aree interessate, in virtù della possibilità riconosciuta al privato proprietario di procedere di propria iniziativa alla realizzazione delle opere di interesse pubblico da esse previste, o quantomeno di porre in essere attività edificatorie limitate [15];

- vincoli morfologici, diretti a garantire la conservazione di beni individuati in considerazione del particolare valore storico e paesaggistico ad essi

---

dipende dalla loro localizzazione e dalla loro inserzione in un complesso che ha in modo coessenziale le qualità indicate dalla legge. Costituiscono cioè una categoria che originariamente é di interesse pubblico, e l'amministrazione, operando nei modi descritti dalla legge rispetto ai beni che la compongono, non ne modifica la situazione preesistente, ma acclara la corrispondenza delle concrete sue qualità alla prescrizione normativa. Individua il bene che essenzialmente é soggetto al controllo amministrativo del suo uso, in modo che si fissi in esso il contrassegno giuridico espresso dalla sua natura e il bene assuma l'indice che ne rivela all'esterno le qualità; e in modo che sia specificata la maniera di incidenza di tali qualità sull'uso del bene medesimo. L'atto amministrativo svolge, vale a dire, una funzione che é correlativa ai caratteri propri dei beni naturalmente paesistici e perciò non é accostabile ad un atto espropriativo: non pone in moto, vale a dire, la garanzia di indennizzo apprestata dall'art. 42, terzo comma, della Costituzione››. In termini analoghi C. Cost. 20 maggio 1999, n. 179, a giudizio della quale: ‹‹*Non sono inquadrabili negli schemi dell'espropriazione, dei vincoli indennizzabili e dei termini di durata i beni immobili aventi valore paesistico-ambientale, in virtù della loro localizzazione o inserzione in un complesso che ha in modo coessenziale le qualità indicate dalla legge*››.

[13] Aree qualificate dal P.R.G. come "corridoio di rinaturazione", "bosco" e "area agricola di collina".

[14] Sono una moltitudine di destinazioni, del tutto eterogenee, indicate come "parcheggi pubblici", "verde urbano attrezzato", "verde pubblico attrezzato", "parco privato attrezzato", "parco campagna urbano", "area per attrezzature per lo sport", "fasce di igiene ambientale".

[15] Si tratta, come si chiarirà meglio nel seguito, di destinazioni del tutto peculiari, la cui apposizione risulta molto diffusa nella prassi dei piani regolatori e che, a giudizio della dottrina prevalente, sembrano sfuggire alla logica dello schema ablatorio, in quanto consentono di conservare in capo al privato apprezzabili possibilità edificatorie.

riconosciuto o in virtù della loro contiguità rispetto a beni determinati;

- vincoli localizzativi, ossia preordinati all'espropriazione di singole aree destinate alla futura realizzazione di infrastrutture stradali [16].

3. *Il regime giuridico dei vincoli urbanistici alla luce della più recente giurisprudenza amministrativa e costituzionale e dell'evoluzione normativa*

Una volta identificata la natura delle misure urbanistiche gravanti sugli immobili di proprietà della ricorrente, la decisione in commento, al fine di stabilire la fondatezza delle contestazioni avanzate dalla medesima, affronta il delicato tema inerente l'individuazione della disciplina applicabile alla fattispecie considerata, operando un esteso richiamo ai più recenti orientamenti della giurisprudenza costituzionale ed amministrativa.

Va rilevato, sul punto, che il regime giuridico proprio delle previsioni di vincolo è solo in minima parte ricavabile dalle disposizioni normative vigenti in materia, in quanto rappresenta il prodotto di quel ‹‹*diritto giurisprudenziale*›› [17] elaborato, a partire dalla fine degli anni Sessanta, ad opera dei giudici costituzionali ed amministrativi, e successivamente recepito dal legislatore nazionale, seppure in via parziale ed incompleta. E' di tutta evidenza, pertanto, come opportunamente rilevato dagli stessi giudici in punto di motivazione, che un corretto approccio alle problematiche considerate non possa prescindere dalla preventiva ricostruzione, almeno nelle sue linee essenziali, di tale complesso percorso ermeneutico.

Nell'impianto originario della legge urbanistica era omesso qualsiasi riferimento alle conseguenze derivanti dall'imposizione dei vincoli preordinati all'espropriazione, in particolare sotto il profilo della loro efficacia temporale, vista la natura geneticamente provvisoria di tali previsioni, né tantomeno era dato riscontrare alcuna menzione in relazione ai c.d. vincoli sostanziali. Successivamente, tuttavia, la questione è stata sottoposta al vaglio della Corte costituzionale che, nella famosa sentenza n. 55 del 29 maggio 1968, ha affermato l'incostituzionalità della legge urbanistica nella parte in cui non prevedeva, con riferimento ai vincoli preordinati all'esproprio, ‹‹*un indennizzo per l'imposizioni di limitazioni operanti immediatamente e a tempo indeterminato nei confronti dei diritti reali*››, in considerazione dell'idoneità di quelle previsioni relative a beni determinati, qualora perduranti nel tempo, a determinare ‹‹*uno svuotamento di rilevante entità ed incisività*›› del contenuto della proprietà privata, secondo la logica della c.d. espropriazione "*larvata*" [18]. La necessità dell'indennizzo, invece, restava esclusa per tutte

---

[16] Il riferimento è alle aree destinate dal P.R.G. a "strada pubblica" e ad "ambito per la realizzazione di nuove infrastrutture".

[17] Come rilevato da: Civitarese Matteucci, *cit.*, 812.

[18] Secondo i giudici della Consulta ‹‹*Ogni incisione operata a titolo individuale sul godimento del singolo bene, la quale penetri al di là di quei limiti che la legi-*

quelle limitazioni dirette a regolamentare l'attività edilizia dei privati in funzione delle diverse zone in cui il piano regolatore suddivide il territorio comunale, ossia per i vincoli riconducibili all'esercizio di quel potere di conformazione della proprietà privata riconosciuto dalla Carta costituzionale all'amministrazione in sede di pianificazione del territorio.

A seguito di tale fondamentale pronuncia il legislatore è intervenuto per disciplinare la durata dei vincoli preordinati all'espropriazione, stabilendo che le relative misure avrebbero perso la loro efficacia qualora, entro cinque anni dalla data di approvazione del piano regolatore, non fosse stato approvato il relativo piano particolareggiato (art. 2, legge 19 novembre 1968, n. 1187). Nulla, tuttavia, si diceva in merito al regime edilizio successivo alla decadenza del vincolo. Tale lacuna, pertanto, è stata successivamente colmata, ancora una volta, ad opera della giurisprudenza, che ha ritenuto applicabile alle aree "svincolate" la disciplina suppletiva prevista dall'art. 4, ult. co., della legge 27 gennaio 1977, n. 10, per le c.d. "zone bianche", vale a dire per le aree prive di pianificazione, riconoscendo, altresì, al proprietario uno specifico interesse legittimo alla ripianificazione dell'area da parte dell'amministrazione.

Le modifiche introdotte alla disciplina normativa, tuttavia, nell'affermare il fondamentale principio della temporaneità dei vincoli preordinati all'espropriazione, lasciavano del tutto impregiudicato il problema relativo alla legittimità di quella prassi, sempre più diffusa nell'esperienza concreta, consistente nella reiterazione dei vincoli a seguito della loro decadenza. La questione è stata, dunque, oggetto di numerose pronunce del giudice amministrativo, che hanno finito per delineare, come rilevato dalla Consulta in occasione della sentenze n. 575/1989 e n. 179/1999, ‹‹*un vero e proprio diritto vivente*››, in virtù del quale ‹‹*la reiterazione dei vincoli urbanistici decaduti per effetto del decorso del termine può ritenersi legittima sul piano amministrativo se corredata da congrua motivazione sull'attualità della previsione, con nuova e adeguata comparazione degli interessi pubblici e privati coinvolti, e con giustificazione delle scelte urbanistiche di piano, tanto più dettagliata e concreta quante più volte viene ripetuta la reiterazione del vincolo*›› [19]. Tale diritto vivente è stato successivamente "ratificato" e corroborato dai giudici della Consulta, i quali, nella citata sentenza n. 179/1999, che rappresenta tuttora il punto apicale di quel trentennale percorso ermeneutico, hanno provveduto a rielaborare e sviluppare i principi già acquisiti dalla giurisprudenza prevalente. Viene confermata, di conseguenza, l'interpretazione che trae dall'art. 2 delle legge 19 novembre

---

slazione stessa abbia configurato in via generale come propri di tale godimento in relazione alla categoria di beni di cui trattasi, e annulli o diminuisca notevolmente il valore di scambio, deve essere indennizzata››.

[19] C. Cost., sent. 20 maggio 1999, n. 179.

1968, n. 1187 la possibilità di rinnovare la previsione di vincolo, stabilendo, tuttavia, come diretta conseguenza della reiterazione, l'insorgere in capo all'amministrazione di un'obbligazione indennitaria ai sensi dell'art. 42, co. 3, della Costituzione, in considerazione dell'effetto sostanzialmente espropriativo derivante dalla perpetuazione del vincolo. Ne discende che, una volta superato il periodo quinquennale c.d. "di franchigia", ‹‹*il vincolo urbanistico, se permane a seguito di reiterazione, non può essere dissociato, in via alternativa all'espropriazione, dalla previsione di un indennizzo*››.

Secondo quel consolidato orientamento elaborato dai giudici amministrativi e sviluppato dalla Corte costituzionale nella medesima sentenza n. 179/1999, di conseguenza, la reiterazione dei vincoli scaduti deve ritenersi pienamente legittima, in quanto appartiene alla potestà pianificatoria ‹‹*la possibilità di rinnovare nel tempo i vincoli su beni individuati, […] purché risulti adeguatamente motivata, in relazione alle effettive esigenze urbanistiche*››, mentre l'indeterminatezza temporale dei vincoli, che può discendere dalla possibilità di reiterare gli stessi nel tempo anche con diversa destinazione o con altri mezzi, ‹‹*è costituzionalmente legittima a condizione che l'esercizio di detta potestà non determini situazioni incompatibili con la garanzia della proprietà*›› [(20)], ossia risulti sorretta dalla previsione di un indennizzo a favore del proprietario. Tale impostazione è stata, in seguito, recepita dal legislatore nazionale all'art. 9, co. 4, del D.P.R. 327/2001 (c.d. T.U. delle disposizioni in materia di espropriazione), laddove viene ribadita la possibilità di reiterazione del vincolo preordinato all'espropriazione attraverso l'approvazione di una variante di piano o di un nuovo piano urbanistico generale, purché accompagnata da apposita motivazione e dalla previsione dell'indennizzo.

La centralità assunta da siffatta pronuncia nel quadro della tematica oggetto di indagine, peraltro, non risiede soltanto nella pur fondamentale affermazione dell'ammissibilità della ripetizione dei vincoli urbanistici solo a condizione del loro indennizzo. La complessa operazione ermeneutica messa in campo dai giudici costituzionali, difatti, si è spinta altresì fino ad abbracciare le delicate problematiche afferenti la concreta delimitazione della categoria dei vincoli indennizzabili, in quanto costituenti limitazioni ritenute idonee a svuotare la proprietà privata del proprio contenuto essenziale. Come testimoniato anche dall'esteso richiamo operato dal T.A.R. dell'Umbria nella pronuncia in commento, la ricognizione sulla sistematica dei vincoli contenuta nella sentenza n. 179/1999 rappresenta, ancora allo stato attuale, la vera fonte da cui attingere per ricavare le regole fondamentali che sovrintendono alla disciplina della materia considerata [(21)]. Sembra utile, di conseguenza, ripercorrere taluni passaggi della decisione. Il punto

---

[(20)] Cfr. C. Cost., 20 maggio 1999, n. 179.

[(21)] Con tale pronuncia la Corte ha finito per svolgere un'incisiva attività di "*co-legislatore*", come osservato anche da Carbone, Nasti, *cit.*, 872.

nodale dell'indagine condotta dai giudici muove dalla distinzione fra vincoli veri e propri, soggetti ad indennizzo o, in alternativa, a scadenza temporale predeterminata, e vincoli impropri, perpetui e non indennizzabili. In particolare, a giudizio della Corte, si può parlare di vincoli urbanistici in senso proprio solo in riferimento a quelle previsioni dei piani regolatori che siano preordinate all'espropriazione, ossia a quelle misure definite localizzative, in quanto incidenti su beni determinati a titolo particolare, purché siano tali da comportare l'inedificabilità assoluta delle aree interessate, nonché rispetto a quelle previsioni da cui discendano vincoli di inedificabilità assoluta, non preordinati all'espropriazione ma aventi parimenti effetto sostanzialmente ablatorio, laddove incidano in modo permanente su singole aree individuate e siano tali da comportare un totale svuotamento del diritto di proprietà [22]. Tali previsioni, pertanto, qualora superino la durata predeterminata dal legislatore come limite, non irragionevole e non arbitrario, alla sopportabilità del vincolo da parte del titolare del bene, devono essere indennizzate, purché, giova ribadirlo, abbiano carattere "particolare", ossia vengano a ricadere in modo specifico su singole aree, differenziando la posizione di un determinato proprietario rispetto agli altri.

Dopo aver definito in positivo gli elementi caratterizzanti la categoria generale dei vincoli urbanistici in senso proprio, la Corte ha provveduto ad elencare in negativo le ipotesi che risultano escluse dallo schema ablatorio e dalle connesse garanzie costituzionali, identificando una serie di eccezioni di carattere generale, che sfuggono all'enunciata regola dell'indennizzabilità in caso di reiterazione, riducendone cospicuamente la portata. La prima di esse, come accennato, riguarda i vincoli imposti a titolo generale ed in modo obiettivo su intere categorie di beni [23], ed investe, conseguentemente, sia le previsioni incidenti su di una pluralità di aree comprese nell'ambito di una medesima zona funzionale, come avviene nel caso dei vincoli che abbiamo in precedenza definito conformativi (aree agricole, aree riservate a parco urbano), essendo le relative previsioni destinate ad operare in una prospettiva di "zona" e non di "area", sia le previsioni che determinano limiti non ablatori posti normalmente nella disciplina edilizia (altezze massime, distanze fra edifici, limiti volumetrici, ecc…), sia le previsioni inerenti i c.d. vincoli morfologici o ricognitivi (vincoli paesaggistico-ambientali), che inerisco no al bene per le sue caratteristiche intrinseche, ivi compresi i vincoli imposti direttamente dal P.R.G. per ragioni di pregio storico-artistico o di

---

[22] Come tipicamente accade nel caso delle c.d. "servitù militari".

[23] Secondo i giudici costituzionali «*la legge non può disporre indennizzi quando i modi ed i limiti imposti dalla legge [...] attengano con carattere di generalità per tutti i consociati e quindi in modo obiettivo ad intere categorie di beni, e perciò interessino la generalità dei soggetti con una sottoposizione indifferenziata di essi – anche per zone territoriali – ad un particolare regime secondo le caratteristiche intrinseche del bene stesso*».

tutela ambientale, nonché le fasce di rispetto da opere di pubblico interesse. In secondo luogo, vanno escluse dal novero dei vincoli indennizzabili tutte quelle misure vincolistiche, seppure a carattere particolare, derivanti da destinazioni realizzabili anche attraverso l'iniziativa privata, in regime di economia di mercato.

Da quanto sin qui considerato, di conseguenza, si può sinteticamente concludere che soltanto ai vincoli espropriativi, qualora comportino inedificabilità assoluta e siano imposti a titolo particolare su beni determinati, si applica l'ordinario regime che ne prevede la decadenza quinquennale e il conseguente indennizzo in caso di reiterazione, mentre per i vincoli conformativi di zonizzazione resta comunque esclusa sia la possibilità di decadenza, sia la correlativa indennizzabilità.

3.1. *La disciplina dei vincoli aventi natura meramente conformativa*

Una volta descritto, nelle sue linee fondamentali, il quadro giurisprudenziale di riferimento dal quale i giudici umbri hanno ricavato le regole basilari applicabili alla fattispecie ad essi sottoposta, è finalmente possibile passare all'esame delle argomentazioni poste a sostegno della decisione rispetto ai singoli motivi di ricorso. In primo luogo, alla luce di quanto sin qui considerato, le conclusioni cui perviene la decisione in commento possono ritenersi sostanzialmente corrette, ma sussistono comunque profili critici che meritano una più attenta riflessione.

Volendo principiare dai vincoli aventi natura conformativa, tra i motivi di gravame la ricorrente lamenta che il nuovo P.R.G. ha rinnovato, in assenza di previsione di indennizzo, l'imposizione a carico di vaste aree in sua proprietà di destinazioni, variamente denominate, aventi carattere "agricolo" ("corridoio di rinaturazione", "bosco", "area agricola di collina"), asserendone l'evidente vocazione edificatoria, alla luce del grado di urbanizzazione delle aree limitrofe. A fronte di tale frustrata aspettativa ad una *reformatio in melius*, la decisione oppone, in modo del tutto condivisibile, da un lato, la natura non ablatoria della destinazione a zona agricola [(24)], in considerazione

---

[(24)] Sul punto, vale la pena di richiamare la giurisprudenza del Consiglio di Stato, il quale ha affermato, da un lato, che ‹‹*la previsione di una determinata tipologia urbanistica non è un vincolo preordinato all'espropriazione, né comportante l'inedificabilità assoluta, trattandosi di una prescrizione diretta a regolare concretamente l'attività edilizia, in quanto inerente alla potestà conformativa propria dello strumento urbanistico generale, la cui validità è a tempo indeterminato, come espressamente stabilito dall'art. 11 della legge 1150/1942*›› (cfr. Cons. St., sez. IV, 22 marzo 2001, n. 1686; sez. V, 6 ottobre 2000, n. 5326; sez. VI, 8 maggio 2000, n. 2639) e, dall'atro, che ‹‹*la destinazione a zona agricola contenuta in un piano regolatore non concretizza un vincolo a contenuto espropriativo, bensì conformativo del diritto di proprietà; ne consegue, che la relativa prescrizione non è indennizzabile,*

del carattere di generalità proprio di tali previsioni, che sono riconducibili, come illustrato, alla c.d. zonizzazione funzionale collegata al potere conformativo della proprietà e, dall'altro, la persistenza in capo al proprietario di apprezzabili possibilità di godimento del bene, mediante coltivazione agricola [25]. L'argomentazione impiegata dal giudice umbro, tuttavia, appare ben poco convincente, laddove si afferma che la destinazione a verde agricolo di una certa area ‹‹*non implica necessariamente che l'area soddisfi in modo diretto gli interessi agricoli, potendo giustificarsi con le esigenze di ordinato governo del territorio, quale la necessità di impedire un'ulteriore edificazione o un congestionamento delle aree […], preservando una residua porzione di verde atta a precludere, anche per la sua specifica collocazione, una ulteriore espansione dell'abitato sulle zone ancora libere*››. Tale orientamento [26], pertanto, sembrerebbe prescindere dall'effettiva vocazione agricola dell'area e, quindi, dalla sua effettiva coltivabilità, mirando piuttosto ad attribuire alla destinazione a zona agricola una valenza di salvaguardia dell'equilibrio territoriale, in funzione di contenimento dell'espansione edilizia. Come acutamente osservato dalla più attenta dottrina [27], tuttavia, una siffatta interpretazione, oltre ad essere poco giustificabile sul piano del principio di uguaglianza (in quanto finisce per sottoporre ad un regime diversificato terreni sostanzialmente uguali) appare del tutto irragionevole se solo si consideri che, per tale via, si potrebbe conformare come suolo agricolo, per determinazione dell'autorità, anche quel terreno che nei fatti risulti essere del tutto insuscettibile di ogni coltivazione. In realtà, se è vero che l'esercizio del potere conformativo della proprietà da parte dell'amministrazione non è del tutto libero, dovendo essere contenuto nei limiti della logicità e della ragionevolezza [28], potrà convenirsi che anche le oggettive caratteristiche fisico-economiche degli immobili possano costituire un limite a tale potere. Pertanto, sussistono indubbiamente delle situazioni di fatto idonee a condizionare la discrezionalità delle scelte di piano, come l'ubicazione del fondo, lo

---

né soggetta al limite temporale di efficacia di cui all'art. 2 l. 1187/1968›› cfr. Cons. St., sez. IV, 6 marzo 1998, n. 382).

[25] Il Consiglio di Stato ha ribadito che fra i vincoli espropriativi non rientra la destinazione a verde agricolo, atteso che quest'ultima ‹‹*non si configura come una limitazione tale da rendere inutilizzabile l'immobile in relazione alla destinazione inerente alla sua natura, restando al proprietario la possibilità di trarre un utile mediante la coltivazione*›› (Cons. St., sez. V, 7 agosto 1996, n. 881).

[26] Peraltro mutuato dalla costante giurisprudenza del Consiglio di Stato (cfr., da ultimo Cons. St., sez. IV, 22 giugno 2004, n. 4466).

[27] Il riferimento è alle interessanti osservazioni di Stella Richter, *cit.*, 85. Per un'opinione in senso contrario si veda, invece, Schinaia, *Brevi note sulla motivazione del piano regolatore generale, con particolare riferimento alla zona destinata a verde agricolo*, in *Foro Amm.*, 1970, II, 122 ss.

[28] Cfr. Cons. St., sez. IV, 21 maggio 2004, n. 3314; Id., 25 luglio 2001, n. 4078; Id., 8 febbraio 1999, n. 121.

sviluppo edilizio della zona, la prossimità alle vie di comunicazione, ecc… Nel caso di specie, sarebbe oggettivamente insensato attribuire la destinazione a zona agricola a terreni incoltivabili, perché ad esempio prevalentemente rocciosi, o perché, a causa della loro limitata estensione o della collocazione in un'area interamente interclusa da fondi edificabili[29], non consentono una coltivazione economicamente conveniente [30]. Peraltro ciò non significa che, in tali ipotesi, l'unica possibile conformazione sia quella edificatoria, ma solo che non potrà aversi destinazione a verde agricolo, restando ammissibili tutte le altre utilizzazioni compatibili con le caratteristiche intrinseche dell'area (es. un parcheggio, un'area riservata a parco o ad attrezzature sportive). Considerazioni analoghe, ad ogni modo, sembrano ipotizzabili anche per le aree destinate a verde privato, ossia a "giardino" a servizio dell'abitazione, di cui costituisce pertinenza e, in quanto tale, una simile destinazione dovrà pur sempre essere in rapporto di proporzionalità con l'immobile principale cui afferisce. Una villa con parco, pertanto, potrà dar luogo ad un verde privato anche molto esteso, ma spesso si assiste a destinazioni del tutto esorbitanti rispetto alle caratteristiche del fabbricato.

Da quanto sin qui affermato, dunque, si evince che l'esercizio del potere conformativo della proprietà da parte dell'autorità, pur essendo interamente rimesso alla discrezionalità dell'amministrazione, non può risultare scollegato da una corretta ed oggettiva valutazione della situazione di fatto, ossia dalle caratteristiche intrinseche del territorio interessato. Ne consegue, di necessità, che, qualora la destinazione a verde agricolo sia disposta nonostante l'inidoneità delle aree colpite a formare oggetto di proficua coltivazione, anche in virtù della collocazione delle medesime in zone densamente urbanizzate (come contestato dalla ricorrente nel caso in oggetto), la relativa previsione finirà per perdere la propria natura conformativa, rischiando di assumere efficacia sostanzialmente espropriativa, in quanto verrebbe a privare il proprietario del bene di quella che può considerarsi la sua naturale destinazione, in ragione della natura e della collocazione del bene medesimo.

3.2. *Il regime giuridico delle destinazioni aventi natura "mista"*

Sotto diverso profilo, poi, vengono in rilievo quelle previsioni del Nuovo

---

[29] Tale ipotesi è stata espressamente considerata e risolta nel senso suggerito in Cons. St., sez. IV, 9 aprile 1999, n. 594.

[30] Una simile concezione del potere conformativo, paradossalmente, sembra essere confermata laddove, proprio nella decisione in commento, i giudici si preoccupano di chiarire che le destinazioni di zona contestate sarebbero tali da ‹‹*non travisare e contraddire in modo evidente la natura e la vocazione degli immobili desumibili dalle caratteristiche oggettive delle aree e dal contesto territoriale in cui si collocano*››, salvo poi omettere di specificare quali operazioni di carattere istruttorio sono state eseguite per legittimare tale valutazione.

P.R.G., oggetto di contestazione da parte della ricorrente, che individuano per determinate aree destinazioni definite "miste"[31] nella sentenza. L'approccio ermeneutico seguito dai giudici, da ritenersi senz'altro condivisibile, sembra ricondurre siffatte previsioni al *genus* del c.d. "verde attrezzato", sempre più diffuso nella prassi dei piani regolatori. Come precedentemente accennato, si tratta di particolari vincoli qualificati dalla "funzione collettiva per destinazione", in quanto preordinati alla realizzazione di opere di pubblico interesse, che risultano caratterizzati dalla possibilità che i relativi interventi siano posti in essere, in alternativa al Comune, anche da parte dei privati proprietari, previo accordo con il soggetto pubblico[32]. Tali vincoli, secondo la Corte costituzionale ‹‹*Sono al di fuori dello sche-*

---

[31] Il riferimento è alle aree qualificate dal Piano Regolatore come: "area per spazi pubblici attrezzati a parco per il gioco o lo sport", "area per grandi infrastrutture per parcheggio", "area per attrezzature per lo sport", "parco campagna urbano", "fasce di igiene ambientale", "parco privato attrezzato".

[32] La realizzazione diretta da parte dei proprietari delle aree vincolate delle opere di pubblico interesse previste dal P.R.G., tuttavia, è stata oggetto di una recente sentenza della Corte costituzionale, nella quale si è affermata l'esigenza che tali interventi siano comunque attuati nel rispetto delle procedure di evidenza pubblica previste dalla normativa comunitaria. Il riferimento è alla sentenza n. 129 del 28 marzo 2006, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del combinato disposto dell'articolo 9, co. 12, e dell'articolo 11, comma 3, della nuova legge urbanistica regionale della Lombardia, ‹‹*nella parte in cui non prevede l'obbligo di procedure ad evidenza pubblica per tutti i lavori, da chiunque effettuati, di importo pari o superiore alla soglia comunitaria*››. La pronuncia della Corte è intervenuta a seguito del ricorso di legittimità costituzionale presentato dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri in data 16 maggio 2005, in cui si sosteneva l'illegittimità delle norme contenute nella legge lombarda per il governo del territorio che prevedono, per le aree sottoposte a vincolo espropriativo in vista della realizzazione di attrezzature e servizi pubblici, la possibilità a favore del proprietario di eseguire in via diretta e a proprio carico le opere predette, con ciò finendo implicitamente per escludere il rispetto delle procedure di evidenza pubblica nella scelta del contraente anche per gli appalti di valore superiore alla soglia comunitaria. Più precisamente, difatti, l'articolo 9, comma 12, stabilisce in via di principio che ‹‹I vincoli preordinati all'espropriazione per la realizzazione, esclusivamente ad opera della pubblica amministrazione, di attrezzature e servizi previsti dal piano dei servizi hanno la durata di cinque anni, decorrenti dall'entrata in vigore del piano stesso (…). *È comunque ammessa*, *da parte del proprietario dell'area*, entro il predetto termine quinquennale, *la realizzazione diretta di attrezzature e servizi per la cui attuazione è preordinato il vincolo espropriativo* [...]. La realizzazione diretta è subordinata alla stipula di apposita convenzione intesa a disciplinare le modalità attuative e gestionali››. Il successivo articolo 11, comma 3, inoltre, prevede che ‹‹alle aree destinate alla realizzazione di interventi di interesse pubblico o generale (…) possono essere attribuiti, a compensazione della loro cessione gratuita al comune, aree in permuta o diritti edificatori trasferibili su altre aree edificabili (…)›› oppure ‹‹in alternativa a tale attribuzione di diritti edificatori, (…) *il proprietario può realizzare direttamente gli interventi di interesse*

ma ablatorio-espropriativo con le connesse garanzie costituzionali›› [33], in quanto non comportano quell'assoluta inutilizzabilità degli immobili che costituisce, come più volte ricordato, il presupposto indefettibile della teoria dell'espropriazione implicita o "larvata". Nelle zone vincolate a verde attrezzato, difatti, si possono realizzare attrezzature urbane di uso pubblico e di interesse generale con particolare riguardo agli impianti ricreativi, sportivi e culturali [34], mentre restano esclusi i normali interventi di edilizia residenziale e di manutenzione conservativa per gli edifici eventualmente esistenti. Seguendo tale orientamento, pertanto, non sembra residuare alcun margine di apprezzamento per le censure avanzate dalla ricorrente che, considerando sostanzialmente espropriative le suddette destinazioni, lamentava in sostanza la mancata previsione di un indennizzo a seguito della loro reiterazione.

Ad ogni modo, se l'individuazione del regime giuridico di siffatte destinazioni non presenta particolari profili critici, non può disconoscersi come, dalla peculiare natura del vincolo considerato, che sicuramente è pubblico per la funzione, ma non necessariamente per l'iniziativa edilizia, discendono ragionevoli dubbi in merito alla sua qualificazione giuridica. In particolare si pone l'esigenza di chiarire una volta per tutte se il vincolo di verde attrezzato debba inquadrarsi fra le prescrizioni conformative, ossia nell'ambito della zonizzazione, ovvero debba inquadrarsi fra le misure di localizzazione di opere pubbliche [35]. In realtà, a giudizio dello scrivente, le destinazioni a verde attrezzato hanno natura ambivalente, in quanto, se è pur vero che la possibilità riconosciuta al proprietario di realizzare interventi edificativi imporrebbe di escludere la natura localizzativa delle relative previsioni, in quanto essa non sarebbe compatibile con l'efficacia sostanzialmente ablatoria caratteristica dei vincoli localizzativi (i quali, per definizione precludono ogni possibilità edificatoria, determinando il completo svuotamento del diritto di proprietà), ciò non toglie che, rispetto alle tradizionali prescrizioni conformative tali vincoli risultano qualificati dalla finalità, sconosciuta a

---

pubblico o generale, mediante accreditamento o stipulazione di convenzione con il comune per la gestione del servizio››. Sul punto, peraltro, i giudici della Consulta hanno stabilito che ‹‹*le direttive comunitarie in materia di procedure ad evidenza pubblica per l'attribuzione di lavori, forniture e servizi, debbano essere osservate anche nell'ipotesi che sia conferito ad un privato il compito di realizzare direttamente l'opera necessaria per la successiva prestazione del servizio pubblico, la cui gestione può essere affidata, mediante convenzione, al privato medesimo*››.

[33] Cfr. C. Cost., 20 maggio 1999, n. 179.

[34] Isolata è rimasta quella giurisprudenza secondo la quale nella zona a verde attrezzato è anche ammissibile la costruzione di un supermercato: Cons. St., sez. V, 23 marzo 1993, n. 405.

[35] Secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato i vincoli a verde attrezzato avrebbero natura meramente conformativa (si veda: Cons. St., sez. V, 6 ottobre 2000, n. 5327).

quest'ultime, di provvedere alla individuazione a titolo particolare di aree da destinare alla realizzazione di opere di interesse pubblico, come tipicamente avviene ad opera della potestà localizzativa [36]. Inoltre, non può tacersi come, sia nell'ipotesi in cui il suolo non presenti alcuna vocazione per interventi di carattere sportivo, ricreativo o di interesse generale, sia nell'ipotesi in cui, nell'inerzia dell'amministrazione pubblica, il proprietario non disponga della capacità tecnica ed economica per realizzare impianti di interesse generale, il vincolo di verde attrezzato finisce per precludere inevitabilmente l'utilizzabilità del suolo, con effetti del tutto analoghi a quelli derivanti dai vincoli localizzativi. Ne discende che, sovente, tali destinazioni urbanistiche assumono una funzione palesemente elusiva delle regole in materia di vincoli preordinati all'esproprio, consentendo alle amministrazioni comunali di vincolare in modo tendenzialmente perpetuo aree private, in attesa dei futuri provvedimenti ablatori, senza dover sopportare gli oneri derivanti dall'adempimento dell'obbligo di indennizzo [37].

A ben vedere, pertanto, la posizione del proprietario di un lotto vincolato a verde attrezzato risulta essere deteriore sia rispetto a quella del proprietario di un lotto vincolato a verde pubblico, sia rispetto a quella del proprietario di un lotto qualificato come verde agricolo. Nel primo caso, difatti, decorso il quinquennio senza che il comune abbia provveduto a realizzare un giardino pubblico o un parco, sorge per il proprietario il diritto all'indennizzo, qualora tale vincolo venga reiterato. A sua volta, il proprietario di un lotto soggetto a verde agricolo può realizzare, sia pure entro limiti volumetrici limitati, costruzioni al servizio dell'agricoltura e interventi produttivi di carattere agricolo e non è soggetto a tributi previsti per le aree edificatorie. Il proprietario di un lotto vincolato a verde attrezzato, invece, nell'ipotesi in cui nessuna iniziativa per la realizzazione di un impianto di interesse generale venga assunta né da privati né dall'ente pubblico, non può esercitare alcuna attività edilizia a scopo residenziale, rimanendo vincolato a tempo indefinito e soggetto ai tributi che la legge prevede per le aree edificatorie [38]. Ne discende che, in considerazione della situazione particolarmente

---

[36] Per un'opinione in senso contrario si veda Virga, *Il verde attrezzato qualificato come vincolo "conformativo"*, in *www.giustamm.it*, a giudizio del quale il vincolo di verde attrezzato, non essendo necessariamente preordinato alla espropriazione e non comportando inedificabilità assoluta, sarebbe inquadrabile fra i vincoli "conformativi", non soggetti a limiti temporali e come tale non indennizzabili. L'autore, tuttavia, rileva come l'eventuale inerzia del comune nel realizzare le opere pubbliche previste nel piano regolatore nelle aree a verde attrezzato potrebbe in concreto determinare l'inedificabilità del suolo, con risultati di fatto analoghi a quelli derivanti dai vincoli localizzativi.

[37] In tal senso si veda Martinetti, *La reiterazione di vincoli urbanistici senza indennizzo al vaglio della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Riv. Giur. Urb.*, 2006, 33.

[38] Come acutamente osservato da Virga, *cit.*

svantaggiosa in cui si viene a trovare il proprietario di un lotto vincolato a verde attrezzato, si deve ritenere che incombe sugli amministratori una particolare cautela nella imposizione di tale destinazione. In particolare, si richiede, oltre una spiccata "vocazione" della zona alla destinazione prescelta, anche una ponderata valutazione in merito alla "ragionevole prevedibilità" e alla praticabilità concreta di future iniziative edilizie ad opera dell'amministrazione o di privati[39]. Anche in riferimento all'apposizione di tali vincoli, pertanto, in virtù delle conseguenze particolarmente sfavorevoli derivanti al privato, il potere discrezionale riconosciuto all'amministrazione in sede di pianificazione generale viene ad incontrare precisi limiti, con particolare riguardo ai profili attinenti la ragionevole previsione della realizzabilità degli interventi previsti.

3.3. *I vincoli morfologici*

Altra questione particolarmente delicata è quella concernente la possibilità da parte dei piani regolatori di inserire prescrizioni tendenti a sottoporre determinati beni a limitazioni in considerazione di particolari caratteristiche "morfologiche" dei beni medesimi. Nel caso di specie, la ricorrente contestava la classificazione come "edificio di interesse tipologico" di un fabbricato rurale di sua proprietà. A giudizio del T.A.R. Umbria questa destinazione deve ritenersi del tutto legittima, stante, da un lato, il possesso da parte dell'immobile considerato ‹‹*dei caratteri del casolare tipico delle campagne umbre*›› e, dall'altro, l'idoneità dello strumento urbanistico a dettare una disciplina conformativa ispirata a finalità conservative di valori ambientali e culturali. Tale ultima affermazione, in effetti, risulta conforme all'orientamento espresso in seno al Consiglio di Stato, che ha ormai da tempo chiarito che l'amministrazione comunale, in sede di pianificazione urbanistica, non deve limitarsi a recepire i vincoli morfologici individuati, mediante i procedimenti previsti dalla disciplina settoriale, ad opera delle amministrazioni competenti, ma può liberamente prevedere ulteriori vincoli, in funzione della tutela di interessi storici e paesaggistico-ambientali [40].

---

[39] Una preziosa indicazione in proposito si può ricavare dalla più volte richiamata sentenza della Corte n. 179/1999, laddove si afferma che la scelta di destinare certe aree a verde attrezzato ‹‹*può essere il risultato di una politica programmatoria tutte le volte che gli obiettivi di interesse generale di dotare il territorio di attrezzature e di servizi siano ritenuti realizzabili (e come tali specificamente compresi nelle previsioni pianificatorie), anche attraverso la iniziativa economica privata, pur se accompagnati da strumenti di convenzionamento*››.

[40] In questo senso si veda, da ultimo, Cons. St., sez. IV, 4 marzo 2003, n. 1197, laddove si afferma che ‹‹*la sussistenza di specifiche competenze dello Stato (ora delegate alle regioni), in materia di ambiente, paesaggio ed ecosistema, non esclude che la tutela di tali valori sia un obiettivo primario anche per la pianificazione urbanistica; pertanto, in sede di approvazione di piano regolatore, l'amministrazione*

La sentenza potrebbe apparire, a un primo sguardo, sostanzialmente condivisibile anche sotto tale aspetto. Ciò nondimeno, sembra opportuno dedicare qualche breve riflessione al tema considerato. Secondo la giurisprudenza costituzionale e amministrativa i c.d. vincoli ricognitivi, accomunati dall'esigenza di preservare determinate conformazioni naturali o aventi valore di testimonianza storica del territorio, non assumono mai natura sostanzialmente espropriativa, poiché l'apposizione del vincolo, in tali casi, deriva dal riconoscimento di qualità intrinseche sussistenti *ab origine* nei beni considerati che, in quanto tali, appartengono alla categoria dei beni di interesse originariamente pubblico, la cui disciplina è estranea alla materia dell'espropriazione e dei relativi indennizzi [41]. Ne consegue che l'atto amministrativo con il quale un bene viene dichiarato di pubblico interesse svolge una funzione meramente dichiarativa di qualità intrinseche nel bene medesimo, riconosciute come rilevanti dal legislatore[42]. Il vincolo di immodificabilità che ne deriva, pertanto, non è idoneo ad intaccare il contenuto minimo della proprietà fondiaria.

In realtà, come rilevato da autorevole dottrina [43], se già la tenuta dogmatica della teoria c.d. dell'originarietà può apparire discutibile, per la sua impostazione palesemente "aprioristica", essa entra inevitabilmente in crisi di fronte alle ipotesi in cui siano atti di pianificazione urbanistica comunale a disporre la misura di inedificabilità assoluta. Affermare, sulla base della mera dichiarazione contenuta nel piano regolatore che qualifica una data previsione come posta a tutela dell'ambiente, la natura non ablativa di tali vincoli ‹‹*appare una sorta di petizione di principio, che di fatto implica lo svuotamento della categoria, i cui confini vengono a dipendere da valutazioni, operate in sede amministrativa, non sindacabili e non verificabili, e non già dalla "tipizzazione" operata dalla legge dei caratteri del bene "originariamente di interesse pubblico"*›› [44]. Per tornare al caso in esame, in effetti, è innegabile come la sottoposizione a vincolo di un edificio rurale, pur riconoscendo il valore storico-paesaggistico collegato a tali testimonianze edilizie, finisca per determinare una compressione delle facoltà del proprietario che può rivelarsi del tutto sproporzionata rispetto alle qualità intrinseche del bene interessato. Affermare l'esigenza di tutelare, indipendentemente da ogni considerazione specifica di carattere estetico ed architettonico, "il casolare tipico delle campagne umbre", sembra, a giudizio di chi scrive, il

---

a ciò competente può introdurre vincoli diretti alla protezione dell'ambiente e del paesaggio […]›› (in senso conferme, si vedano anche Cons. St., sez. VI, 22 dicembre 1983, n. 923 e sez. V, 23 gennaio 1984, n. 70).

[41] Cfr. C. Cost., 23 luglio 1997, n. 262; Cons. St., sez. IV, 8 giugno 2000, n. 3214 e sez. VI, 28 giugno 1995, n. 643.

[42] Sul punto si veda Corte Cost., 29 maggio 1968, n. 56.

[43] Il riferimento è a Civitarese Matteucci, *cit.*, 821.

[44] Cfr. Urbani, Civitarese Matteucci, *cit.*, 285.

portato dell'ormai cronica carenza di adeguate competenze urbanistiche nell'ambito delle amministrazioni locali [45].

Un discorso a parte meritano quelle prescrizioni, oggetto di specifico gravame, concernenti le c.d. "fasce di rispetto" da opere di pubblico interesse[46]. Si tratta, nella fattispecie, di vincoli imposti *ope legis*[47] che, postulando l'osservanza di determinate distanze minime da cimiteri, strade, ferrovie, aeroporti, demanio idrico, marittimo, militare o doganale, ed altre opere di pubblico interesse, provocano l'inedificabilità assoluta dell'area compresa nella relativa fascia di rispetto. Ne discende che, in sede di pianificazione urbanistica, l'amministrazione deve limitarsi alla concreta individuazione delle aree da sottoporre a regime di in edificabilità, secondo quanto prescritto dalla normativa vigente, non essendo consentito ai piani urbanistici, che costituiscono fonte normativa di grado inferiore, di derogare a tali vincoli legali di inedificabilità, né di individuare ulteriori ipotesi rispetto a quelle contemplate dalla legge[48]. Le zone di rispetto, tuttavia, non danno luogo ad un fenomeno espropriativo, bensì ad una conformazione della proprietà in funzione della tutela di preminenti interessi pubblici[49]. La legittimità di tali prescrizioni, ad ogni modo, è stata riconosciuta anche dalla giurisprudenza amministrativa[50] e costituzionale[51], che ha sottolineato come esse, avendo carattere generale ed indifferenziato, non siano soggette a limitazione temporale, in quanto ricadenti su una pluralità di beni immobili individuati a priori dal legislatore nazionale, in ragione del loro rapporto di contiguità rispetto a determinate opere pubbliche.

Nel caso di specie, tuttavia, accanto ai vincoli relativi alle fasce di rispetto, la cui legittimità, per i motivi indicati, non può essere revocata in dubbio, vengono in considerazione un altro genere di vincoli, solo apparente assimilabili ai primi, che il P.R.G. qualifica come "fasce di igiene ambientale", in quanto ricadenti su aree ‹‹*interposte tra le infrastrutture viarie e le zonizzazioni di piano per garantire adeguate condizioni di salubrità degli insediamenti*››. La funzione propria delle suddette fasce di igiene ambientale, sottoposte ad un regime di assoluta inedificabilità, pertanto,

---

[45] Nel caso di specie, tali affermazioni sembrano confermate dalla possibilità, riconosciuta dal piano al proprietario di tali edifici, della realizzazione, accanto all'immobile originario, di un nuovo corpo di fabbrica con materiali, forme, e tecnologie tradizionali. Non è chiaro, pertanto, quale senso abbia vincolare un certo bene in considerazione del suo valore di testimonianza storica e poi consentire l'edificazione di corpi nuovi, che vengono pesantemente a modificare la struttura dell'edificio tradizionale.

[46] Classificate dal P.R.G. come "Fascia di rispetto alle strade e ferrovie".

[47] Così Carbone, Nasti, *cit.*, 870, e Salvago, *cit.*, 924.

[48] Significativa, al riguardo, è anche Cass., sez. I, 21 ottobre 1991, n. 11133.

[49] Come rilevato da Assini, *cit.*, 183.

[50] Si veda, da ultimo, Cons. St., sez. IV, 13 marzo 2008, n. 1095.

[51] Cfr. Corte Cost., 22 giugno 1971, n. 133.

sembrerebbe consistere nel garantire un ulteriore margine di distanza fra le principali vie di comunicazione e le aree abitate. Tuttavia, come rilevano i giudici, ‹‹*l'ampiezza di dette fasce non è stabilita da una normativa, ma discende […] da una valutazione tecnico discrezionale, sindacabile nei limiti in cui risulti in contrasto con i criteri di logicità*››. A ben vedere, pertanto, la reale natura giuridica di tali destinazioni non consente di ricondurle ai vincoli imposti *ope legis*, essendo le medesime espressione di una scelta discrezionale effettuata direttamente dall'amministrazione, anziché dal legislatore nazionale con carattere di generalità e astrattezza, rispetto a beni individuati sulla base della loro collocazione in relazione a determinate opere pubbliche, con la conseguenza che risulta difficile, alla luce della più volte menzionata giurisprudenza costituzionale, immaginare la possibilità di sottrarre le relative previsioni al regime giuridico proprio delle misure a carattere sostanzialmente espropriativo. Si ritiene, pertanto, di dover dissentire dal collegio laddove afferma la legittimità di tali previsioni atipiche, stante la natura sostanzialmente espropriativa delle medesime, che discende sia dall'azzeramento delle possibilità edificatorie, sia dalla durata indefinita della relativa apposizione. È di tutta evidenza, difatti, come il proprietario delle aree soggette a un tale vincolo venga a trovarsi in una condizione particolarmente gravosa, e comunque assai più svantaggiosa rispetto a quella del *dominus* di aree destinate a verde agricolo, il quale, come già osservato, conserva almeno la possibilità di ricavare talune utilità in senso economico dai terreni. Sembrerebbe, di conseguenza, più corretto imprimere a tali aree una destinazione a verde pubblico, che consentirebbe un miglior bilanciamento fra la garanzia del diritto di proprietà e le richiamate esigenze di salubrità ambientale degli insediamenti.

3.4. *La disciplina dei vincoli preordinati all'espropriazione*

Infine, vengono in considerazione le censure relative alla reiterazione da parte del Nuovo P.R.G. di taluni vincoli preordinati all'espropriazione di terreni di proprietà della ricorrente. Si tratta di aree destinate alla realizzazione di opere di viabilità in base a previsioni, più volte decadute e reiterate nel tempo, aventi indubbiamente natura localizzativa, in quanto ricadenti su singoli beni immobili individuati a titolo particolare[(52)]. Nella fattispecie, i giudici, aderendo al prevalente indirizzo ermeneutico della

---

[(52)] Tale prescrizione, pertanto, risulta pienamente conforme a quanto previsto dall'art. 9 del D.P.R. 327/2001, in base al quale, attualmente, la localizzazione delle opere pubbliche è attribuita, in via principale, proprio agli strumenti di pianificazione generale (ovvero alle varianti dei piani urbanistici), mentre, in precedenza, secondo l'impostazione della legge urbanistica tale funzione di localizzazione puntuale delle opere di pubblico interesse era devoluta alla pianificazione attuativa, dovendo il P.R.G. limitarsi a disporre previsioni meramente programmatiche.

giurisprudenza amministrativa, hanno ritenuto fondato il ricorso, dichiarando l'illegittimità della reiterazione per insufficienza della motivazione. In particolare si contesta nella decisione che l'amministrazione, in sede di reiterazione dei vincoli scaduti, avrebbe omesso di specificare le ragioni sottese alla rinnovazione della scelta di collocare le progettate infrastrutture viarie sulle aree di proprietà della ricorrente. Viene richiamata, sul punto, quella giurisprudenza che afferma, come presupposto della reiterazione, la necessità di una congrua motivazione in ordine alla persistente attualità dei pubblici interessi che determinarono in origine l'imposizione del vincolo. Più precisamente, osservano i giudici che la motivazione deve essere concepita in modo tale da evidenziare le specifiche ragioni del ritardo che ha determinato la decadenza del vincolo, la mancanza di soluzioni alternative, la ragionevole dimostrazione che la rinnovazione del vincolo sulle medesime aree è indispensabile per realizzare le opere pubbliche, nonché la serietà e l'affidabilità della effettiva realizzazione nel quinquennio delle opere di cui trattasi[53].

Orbene, pur dovendosi ritenere assolutamente corretta e condivisibile una simile ricostruzione della problematica considerata, non può tacersi che l'orientamento sposato dai giudici nella pronuncia in commento non corrisponde ad un indirizzo univoco e coerente della giurisprudenza amministrativa, la quale, come anticipato in premessa, si è resa protagonista, a partire dal poco felice intervento dell'Adunanza Plenaria del 1999[54], per un continuo e tormentato susseguirsi di decisioni palesemente contraddittorie, che impediscono, ancora allo stato attuale, di definire un sistema di regole preciso e consolidato. Pertanto, accanto a pronunce che prediligono l'orientamento maggiormente garantista, da cui deriva un onere motivazionale in sede di reiterazione particolarmente incisivo e ponderoso (c.d. motivazione "polverizzata", cioè specifica per ogni area interessata), convivono decisioni connotate da un approccio meno restrittivo rispetto al profilo contenutistico[55], e tendenzialmente riconducibili all'assunto, elaborato dal Supremo Consesso, per il quale, una volta riconosciuto che il provvedimento di reiterazione del vincolo è una variante generale che partecipa, in quanto tale, ‹‹*della natura di atto generale ed in parte normativo del piano regolatore*

---

[53] Con riferimento a tale aspetto, la pronuncia richiama Cons. St., sez. IV, 21 agosto 2006, n. 4843; Id., 12 dicembre 2005, n. 7030; Id., 9 agosto 2005, 4225.

[54] Il richiamo è a Cons. St., Ad. Pl., 22 dicembre 1999, n. 24. Nell'occasione, i giudici di Palazzo Spada hanno affermato, discostandosi dalla linea tracciata dalla Corte Costituzionale nella coeva sentenza 179/1999, che la reiterazione dei vincoli urbanistici preordinati all'espropriazione o che comportino l'inedificabilità ‹‹*non richiede una motivazione specifica circa la destinazione di zona delle singole aree, ma soltanto una motivazione circa le esigenze urbanistiche che sono a fondamento della variante medesima*››.

[55] Si vedano, in proposito: Difino, *cit.*, 335; Fiale, *cit.*, 236.

generale››[56], ne consegue che ‹‹*le scelte urbanistiche di carattere generale non devono di massima essere sorrette da altra motivazione oltre a quella che è dato evincere dall'esame dei criteri di ordine tecnico seguiti per la redazione dell'atto*[57] ››. Le sentenze che aderiscono a tale ultima impostazione, pertanto, sottolineano la superfluità di una specifica motivazione in merito alla concreta persistenza delle esigenze urbanistiche che originariamente determinarono l'apposizione del vincolo, ritenendo sufficiente a tal fine la motivazione generale enucleabile dai criteri di ordine tecnico seguiti nella redazione del piano, così come descritti nella relazione illustrativa ad esso allegata[58]. Fanno eccezione, necessitando di apposito corredo motivazionale, le ipotesi di superamento degli standards minimi di cui al d.m. 2 aprile 1968, di lesione dell'affidamento qualificato del privato (derivante da convenzioni di lottizzazione, accordi di diritto privato intercorsi con tra il comune ed i proprietari delle aree, aspettative nascenti da giudicati di annullamento di dinieghi di concessione edilizia o di silenzio rifiuto su domanda di concessione) e di modifica in zona agricola della destinazione di un'area limitata, interclusa da fondi edificati in modo non abusivo[59].

Peraltro, va sottolineato come neanche il recente intervento del legislatore nazionale, occasionato dall'approvazione del D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, abbia contribuito a risolvere la descritta *querelle* all'interno della giurisprudenza amministrativa. La disposizione di cui all'art. 9, co. 4, della richiamata normativa si limita infatti a stabilire che il vincolo preordinato all'espropriazione, dopo la sua decadenza, debba essere ‹‹*motivatamente reiterato*››, senza specificare alcunché circa l'intensità della motivazione richiesta ai fini della legittimità del provvedimento[60].

Da ultimo, tuttavia, va segnalato il tentativo dell'Adunanza Plenaria

---

[56] Sul complesso problema della natura giuridica della motivazione del piano regolatore generale si vedano: Schinaia, *cit.,* 122 ss.; Colarizi, *La funzione della motivazione nella pianificazione urbanistica del territorio*, in *Atti del convegno "La motivazione del provvedimento amministrativo: presente e futuro"*, Roma, 2002, in *www.arsg.it*; Carbonelli, *cit.*, 1118; Rapelli; *cit.*, 164.

[57] Cfr. : Cons. St., Ad. Pl. 22 dicembre 1999, n. 24.

[58] A titolo puramente indicativo e senza alcuna pretesa di esaustività, si possono ricordare, in riferimento all'indirizzo che prescrive una motivazione specifica ed approfondita per la reiterazione dei vincoli le seguenti sentenze del Consiglio di Stato sez. IV, 22 giugno 2006, n. 3895; Id., 12 dicembre 2005, n. 7030; Id., 9 agosto 2005, n. 4225; Id., 30 giugno 2005, n. 3535; Id., 30 giugno 2005, 3536; Id., 22 giugno 2004, n. 4397; Id., 3 luglio 2000, n. 3646; sez. V, 28 settembre 2000, n. 5185; Id. 21 maggio 1999, n. 593. In merito all'orientamento che propende per il mero richiamo ai principi guida indicati nella relazione illustrativa al P.R.G. si segnalano: Cons. St., sez. IV, 31 maggio 2007, n. 2863; Id., 26 aprile 2006, n. 2301; Id., 3 ottobre 2001, n. 5207; Id., 22 maggio 2000, n. 2706.

[59] Cfr., da ultimo: Cons. St., sez. IV, 26 aprile 2006, n. 2301.

[60] Cfr. Carbonelli, *cit.*, 1122.

di accedere ad una tesi intermedia[61], in base alla quale l'onere motivazionale viene ad assumere gradazioni diverse a seconda che la reiterazione del vincolo riguardi una pluralità di aree individuate in via generale per la soddisfazione dei prescritti standards urbanistici o soltanto un'area ben specificata per la realizzazione di singole opere pubbliche. Nella prima ipotesi, difatti, e quando la reiterazione sia disposta "in blocco", ossia rispetto a tutte le aree già soggette a vincolo, non è richiesta una specifica motivazione per ogni singola area interessata, poiché in questi casi ‹‹*la sussistenza di un attuale specifico interesse pubblico risulta dalla perdurante insufficienza delle aree destinate a standards, mentre l'assenza di un intento vessatorio si evince dalla parità di trattamento fra i proprietari delle aree interessate*››[62]. Diversamente, qualora l'autorità decida di reiterare soltanto alcuni di tali vincoli, liberando le aree restanti, si pone l'esigenza di corredare il provvedimento di una motivazione idonea ad esplicitare le ragioni di interesse pubblico sottese ad una scelta così palesemente discriminatoria. In merito alla rinnovazione delle previsioni relative a singole aree, invece, il Supremo Consesso ha ritenuto sussistere uno specifico obbligo motivazionale solo allorché la reiterazione sia disposta per più di una volta. In particolare, se in sede di prima reiterazione può ritenersi sufficiente il semplice richiamo alle originarie valutazioni che ne determinarono l'apposizione, altrettanto non può dirsi quando il rinnovato vincolo sia a sua volta decaduto. In tal caso, pertanto, ‹‹*l'Autorità urbanistica dovrà procedere con una ponderata valutazione degli interessi coinvolti, esponendo le ragioni che inducano ad escludere profili di eccesso di potere e ad ammettere l'attuale sussistenza dell'interesse pubblico*››. Una simile ricostruzione, tuttavia, pare criticabile soprattutto laddove, nel prevedere un regime differenziato a seconda dell'estensione spaziale e temporale del vincolo, sembra ammettere, con riferimento a talune ipotesi, una deroga al generale obbligo di motivazione di cui al già menzionato art. 9, co. 4, del c.d. testo unico sugli espropri, il quale non opera invece alcuna distinzione fra reiterazione in blocco e reiterazione individuale[63].

In realtà, a giudizio di chi scrive, una corretta impostazione del problema non può prescindere dalla considerazione della natura giuridica degli atti di pianificazione urbanistica. Senza addentrarci nell'annosa questione circa la natura provvedimentale o normativa dei piani medesimi, sembra possi-

---

[61] Il riferimento è a Cons. St., Ad. Pl., 24 maggio 2007, n. 7, nella quale il Supremo Consesso ha preso atto del contrasto giurisprudenziale in atto all'interno della giurisprudenza amministrativa in relazione al contenuto della motivazione dei provvedimenti di reiterazione dei vincoli scaduti.

[62] Tale orientamento trova il suo logico antecedente in Cons. St., sez. IV, 17 gennaio 1994, n. 26, laddove la reiterazione "totale" dei vincoli è ammessa senza bisogno di motivazione specifica per le singole aree.

[63] Così Carbonelli, *cit.*, 1123.

bile ricavare talune preziose indicazioni dalla constatazione della funzione programmatoria pacificamente riconosciuta agli strumenti urbanistici[64]. Pertanto, una volta preso atto che ‹‹*il piano è frutto di una molteplicità di momenti nei quali si articolano e prendono corpo le scelte programmatorie*[65]››, si pone l'esigenza di stabilire entro quali limiti tali scelte programmatorie possono essere esercitate dall'autorità amministrativa. A tal fine, è opportuno ricordare come gli strumenti di programmazione e controllo, in linea generale, siano volti a garantire l'efficienza, l'efficacia e l'economicità nell'impiego delle risorse pubbliche, in attuazione del fondamentale principio di buon andamento dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 Cost. Ne discende, come evidenziato dalla giurisprudenza amministrativa[66], che ‹‹*la programmazione, proprio perché finalizzata alla migliore allocazione delle risorse pubbliche in relazione ai bisogni da soddisfare, […] deve rappresentare la sintesi di scelte condotte alla stregua del principio di buona amministrazione, nonché la base di riferimento per l'attività gestionale successiva e l'espletamento dei necessari controlli interni sulla gestione amministrativa e finanziaria*››. Da quanto affermato, pertanto, sembra possibile dedurre che l'attività di programmazione posta in essere ad opera dell'amministrazione in sede di pianificazione urbanistica deve essere concepita in modo tale da perseguire, in ogni sua concreta espressione, soluzioni il più possibili adeguate e conformi alle specifiche esigenze pratiche di cui si persegue la soddisfazione. Anche in sede di apposizione dei vincoli urbanistici, specie laddove essi siano collegati alla realizzazione di opere di pubblico interesse, che rappresentano indubbiamente un momento cruciale dell'attività programmatoria, la scelta discrezionale operata dall'autorità amministrativa in relazione al concreto assetto da attribuire agli interessi coinvolti sarà valutabile, in primo luogo, alla stregua dei principi di proporzionalità ed adeguatezza. La relativa misura urbanistica, di conseguenza, dovrà risultare idonea, necessaria e non manifestamente sproporzionata rispetto al sacrificio imposto al privato.

Tali considerazioni, di tutta evidenza, valgono a maggior ragione nel caso della reiterazione, dove il giudice dovrebbe essere messo nella condizione di poter verificare se la medesima favorisca effettivamente il risultato desiderato, se costituisca il mezzo più mite fra quelli disponibili, e infine se non integri una manifesta sproporzione fra la lesione imposta all'interesse privato ed il vantaggio conseguibile per l'interesse pubblico(67). A suffragio di tale opinione, può essere invocata anche la giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'uomo, la quale, pur riconoscendo all'amministrazione

---

[64] Cfr. sul punto, Colarizi, *cit.*, 2.

[65] Come correttamente osservato da Carbonelli, *cit.*, 1120.

[66] Si veda, *ex multis* TAR Lombardia, sez. Brescia, 15 novembre 2004, n. 1658.

[67] Cfr. Rapelli, *cit.*, 164; Carbonelli, *cit.*, 1161.

un ampio margine di discrezionalità nelle scelte urbanistiche, purtuttavia ritiene necessario che l'ordinamento interno garantisca l'equilibrio delle opposte esigenze[68]. Da quanto osservato, dunque, non può non riconoscersi come la scelta di privare il provvedimento di reiterazione del vincolo urbanistico del necessario corredo motivazionale finirebbe per determinare un decisivo *vulnus* al principio di effettività di tutela, togliendo al giudice uno strumento indispensabile ai fini della valutazione della correttezza dell'operato dell'amministrazione. E' ovvio, d'altro canto, che siffatta tutela non può ritenersi garantita ogniqualvolta la motivazione del provvedimento di reiterazione si limiti a richiamare le generiche esigenze urbanistiche contenute nella relazione illustrativa, omettendo di specificare le ragioni concrete che hanno determinato la ripetizione del vincolo sulle singole aree interessate; predicare l'adozione di una motivazione simile, significa esporre il privato proprietario al rischio di abusi.

Peraltro, l'opzione ermeneutica che predilige il ricorso alla motivazione specifica sembra trarre spunto anche dalla constatazione di una certa casualità che, nella prassi, pare affliggere l'imposizione dei vincoli, i quali risultano sovente del tutto disancorati da un razionale disegno programmatico, che sappia prevedere ed interpretare i possibili sviluppi dei bisogni della collettività[69], finendo così per risolversi in una pratica inutilmente vessatoria.

4. *Conclusioni: le modalità di ristoro alternative all'indennizzo pecuniario*

Dall'esame della sentenza del Tar dell'Umbria, come visto, è stato possibile ricavare una pluralità di spunti critici meritevoli di specifico approfondimento, a testimonianza della complessità della materia e dell'ampiezza degli studi ad essa dedicati. Le soluzioni prospettate nella decisione in commento, seppure sostanzialmente condivisibili e coerenti, non sempre appaiono del tutto persuasive, suscitando talora il sospetto che esse rappresentino più che altro il frutto di un aprioristico convincimento, ereditato in modo pedissequo ed acritico dalla giurisprudenza prevalente.

A giudizio dello scrivente, pertanto, sembra ormai auspicabile il superamento dell'attuale "fossilizzazione" giurisprudenziale, secondo gli indirizzi delineati nelle pagine precedenti. A tal fine, è stato da più parti invocato un intervento risolutore da parte del legislatore nazionale, anche se va rilevato come molte leggi urbanistiche regionali abbiano già provveduto a predisporre, in via autonoma, una serie di strumenti in funzione alternativa al ricorso ai classici schemi ablatori. Il riferimento è a quelle modalità in-

---

[68] Come si legge in C. Eu. Dir. Uomo, 23 settembre 1982, *Sporrong e Lonnroth*.

[69] Così Martinetti, *cit.*, 28.

dennitarie differenziate, che risultano in linea generale fondate sul metodo della perequazione. La legittimità di tali previsioni, d'altro canto, sembra ricavabile dalla stessa giurisprudenza costituzionale che, nella sentenza n. 179/1999, ha giudicato adeguate a rappresentare un serio ristoro a favore di chi subisce il vincolo ‹‹*misure alternative riparatorie anche in forma specifica, mediante offerta e assegnazione di altre aree idonee alle esigenze del soggetto che ha diritto al ristoro […] ovvero mediante altri sistemi compensativi che non penalizzano i soggetti interessati alle scelte urbanistiche che incidono su beni determinati*[70] ››. Tale pronuncia sembra chiaramente alludere a quelle disposizioni normative, contenute in talune leggi regionali, che disciplinano modalità di ristoro essenzialmente riconducibili al modello della compensazione o perequazione urbanistica, attraverso l'attribuzione al soggetto espropriato dei c.d. diritti edificatori[71], ossia di una situazione soggettiva di vantaggio avente ad oggetto una facoltà di edificare, nei limiti e nelle forme previste dagli strumenti urbanistici, che risulta essere, tuttavia, separata dalla proprietà immobiliare, e dunque esercitabile anche in aree diverse da quelle nelle quali è sorta. Per esigenze di chiarezza, vale la pena ricordare come, secondo la migliore dottrina, per "compensazione" si intende quel ‹‹*gruppo di rimedi […] che mirano a ripagare il proprietario inciso dal vincolo espropriativo del sacrificio da sopportare e che comporta la possibilità di un equo ristoro in termini di quote di edificabilità o di recupero di cubature in altre aree oppure la possibilità di permuta con altre aree o ancora la possibilità di mantenere la proprietà dell'area e di realizzare direttamente gli interventi pubblici per servizi e di gestirli mediante convenzione*[72]››; mentre con il termine "perequazione" si indica l'attribuzione di un ‹‹*valore edificatorio uniforme a tutte le proprietà che possono concorrere alla trasformazione urbanistica di uno o più ambiti del territorio comunale prescindendo dall'effettiva localizzazione della capacità edificatoria sulle singole proprietà e dalla imposizione di vincoli d'inedificabilità ai fini della dotazione di spazi da riservare alle opere collettive*[73]››. In entrambe le ipotesi descritte, pertanto, si assiste alla cessione volontaria del bene oggetto di vincolo espropriativo all'amministrazione o alla sua espropriazione in cambio del riconoscimento al proprietario, in alternativa all'indennizzo pecuniario, di un credito di volumetria, da esercitarsi su aree limitrofe o addirittura su altre zone individuate dal piano regolatore.

---

[70] Sul punto, la Corte si è richiamata all'ordinanza 8 maggio 1998, n. 165, concernente il rapporto fra la responsabilità amministrativa derivante dalla lesione di interessi legittimi e conseguenti forme di ristoro patrimoniale..

[71] Sul tema dei diritti edificatori si segnala il recente saggio di Bartolini, *Profili giuridici del c.d. credito di volumetria*, in *Riv. Giur. Urb.*, 2007, 302 ss.

[72] Cfr. Urbani, *Territorio e poteri emergenti*, Torino, 2007, 170.

[73] Così Urbani, *cit.*, 173.

Da quanto considerato emerge come sia oramai tracciata la prospettiva verso un nuovo modo di concepire il rapporto fra soggetto pubblico e privato in relazione alle scelte di piano. L'amministrazione, secondo questa prospettiva, non viene più a configurarsi come fonte di determinazioni autoritativamente imposte, dovendo perseguire l'incontro con la volontà e l'interesse del privato[(74)]. Il ricorso ai suddetti modelli compensativi o perequativi, di conseguenza, potrebbe consentire il conseguimento di obiettivi improntati ad una maggiore equità nell'esercizio della funzione di pianificazione urbanistica.

ALESSANDRO FORMICA

[(74)] Cfr. DIFINO, *cit.*, 345.

OSSERVATORIO DI DIRITTO COMUNITARIO

LE NUOVE NORME PROCESSUALI IN MATERIA DI CONTENZIOSO RELATIVO AL RECUPERO DI AIUTI DI STATO

SOMMARIO: 1. *Premessa*. – 2. *I presupposti della tutela provvisoria.* – 2.1 *I gravi motivi di illegittimità della decisione di recupero.* – 2.2 *L'errore evidente nella individuazione del soggetto tenuto alla restituzione dell'aiuto o nel calcolo della somma da recuperare.* – 2.3 *Il pericolo di un pregiudizio imminente ed irreparabile.* 2.4 *La carenza di legittimazione all'esperimento del ricorso diretto in annullamento.* – 3. *La trattazione nel merito.* – 3.1 *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia della questione di legittimità.* – 3.2 *Le misure acceleratorie della trattazione nel merito.*

1. La piena attuazione del mercato unico comunitario, fondato sulla instaurazione di uno spazio di libera circolazione dei beni, delle persone, dei servizi e dei capitali, richiede necessariamente la presenza di meccanismi di salvaguardia rispetto ai comportamenti posti in essere dalle imprese o agli interventi nell'economia da parte degli Stati membri che, avendo per scopo o per effetto una limitazione degli scambi intracomunitari, sono suscettibili di riprodurre o perpetuare quelle barriere che l'ordinamento comunitario ha inteso eliminare. È questa la finalità della politica comunitaria della concorrenza, sancita e disciplinata dagli artt. 81-89 CE [1].

In tale contesto si colloca il divieto, posto dall'art. 87 CE agli Stati membri, di concedere, nella misura in cui incidano sugli scambi comunitari, aiuti mediante risorse statali sotto qualsiasi forma che, favorendo

---

[1] Sulla politica comunitaria della concorrenza si veda in particolare: I. VAN BAEL, BELLIS, *Il diritto comunitario della concorrenza*, Milano, 2009; A. SANTA MARIA, *Diritto commerciale europeo*, Milano, 2008; A. FRIGNANI, R. PARDOLESI, *La concorrenza*, Torino, 2006; E. MOAVERO MILANESI, *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Napoli, 2004.

talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza. Laddove quindi la Commissione Europea, organo competente secondo le previsioni del Trattato, accerti, a seguito della procedura formale prevista dall'art. 88 CE, che una misura nazionale di aiuto, illegale perché erogata in violazione degli obblighi di notifica e di sospensione previsti dall'art. 88, par. 3, CE, sia anche incompatibile con tale divieto, può attivare uno specifico strumento volto al ripristino dell'equilibrio concorrenziale turbato, costituito dall'ordine di recupero [(2)].

Non esplicitamente contemplato dal Trattato, il potere di imporre agli Stati membri il recupero degli aiuti erogati è in realtà il frutto di una progressiva elaborazione giurisprudenziale ad opera della Corte di Giustizia, a partire dalla sentenza *Kohlengesetz* [(3)], volta ad assicurare l'effetto utile del divieto di aiuti di Stato incompatibili e trova oggi il proprio riconoscimento positivo ad opera dell'art. 14, Regolamento CE n. 659/1999 [(4)].

Tale norma dispone al paragrafo 1 che, nel caso di decisioni negative relative a casi di aiuti illegali, la Commissione adotta una decisione con la quale impone allo Stato membro interessato di adottare tutte le misure necessarie per recuperare l'aiuto dal beneficiario (decisione di recupero), salvo nelle ipotesi in cui ciò sia in contrasto con un principio generale del diritto comunitario. A sua volta, il paragrafo terzo della medesima norma prevede che, fatta salva un'eventuale ordinanza sospensiva della Corte di Giustizia adottata ai sensi dell'art. 242 CE, il recupero vada effettuato senza indugio secondo le procedure previste dalla legge dello Stato membro interessato, a condizione che esse consentano l'esecuzione immediata ed effettiva della decisione della Commissione. A tal fine e

---

(2) In generale, sul diritto comunitario degli aiuti di Stato: A. Santa Maria (a cura di), *Concorrenza e aiuti di Stato: un osservatorio sulla prassi comunitaria*, Torino, 2006; A. Blasi, F. Munari, *Commento agli artt. 87-89 CE*, in Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea e della Comunità Europea*, Milano, 2004; O. Porchia, *Il procedimento di controllo degli aiuti pubblici alle imprese tra ordinamento comunitario e ordinamento interno*, Napoli, 2001; S. Bariatti (a cura di), *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, Milano, 1998; G.M. Roberti, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, Padova, 1997; T. Ballarino, L. Bellodi, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, Napoli, 1997.

(3) Corte di Giustizia del 12 luglio 1973, causa C-70/72, *Commissione c. Repubblica Federale di Germania*, in *Racc.* 1973, 813, punto 13.

(4) Si tratta in particolare del Regolamento (CE) n. 659/1999 del Consiglio, del 22.03.1999, recante modalità di applicazione dell'art. 93 del Trattato CE, pubblicato in *GUCE* n. L 83/1 del 27.03.1999. Deve essere segnalato in proposito anche il Regolamento (CE) n. 794/2004 della Commissione, del 21.04.2004, recante disposizioni di esecuzione del Regolamento (CE) n. 659/1991, pubblicato in *GUCE* n. L 140 del 30.04.2004.

in caso di procedimento dinanzi ai tribunali nazionali, gli Stati membri interessati adottano tutte le misure necessarie disponibili nei rispettivi ordinamenti giuridici, comprese le misure provvisorie, fatto salvo il diritto comunitario [(5)]. Direttamente connesso alla effettività e immediatezza delle azioni di recupero intraprese dalla autorità nazionali, considerate dalla Commissione [(6)] un momento centrale al fine di assicurare un effetto utile all'intero sistema di controllo sugli aiuti di Stato, è il tema dei ricorsi di fronte al giudice nazionale contro i provvedimenti interni che danno attuazione alla decisione comunitaria di recupero.

Il tema del recupero degli aiuti di Stato e delle procedure nazionali volte a dare attuazione alla decisione della Commissione Europea che lo impone è destinato ad assumere una crescente rilevanza nella vita degli operatori economici nazionali. In conseguenza, infatti, del sempre più ampio utilizzo dell'ordine di recupero da parte dell'esecutivo comunitario, questi si trovano sempre più spesso ad essere destinatari, il più delle volte a distanza di anni dalla percezione del beneficio e con un notevole impatto economico, di provvedimenti nazionali che impongono loro la restituzione di tali benefici, ed il ricorso al giudice nazionale contro il provvedimento interno di recupero è considerato come estremo tentativo di sottrarsi ad un obbligo di restituzione percepito spesso come contrario a giustizia, perché frutto solo della inadempienza dello Stato erogante agli obblighi posti dal Trattato in tema di notifica e sospensione della misura nazionale di aiuto in attesa della decisione della Commissione Europea.

In tale delicato contesto è quindi recentemente intervenuto il legislatore con gli artt. 1 e 2 del D.L. 8 aprile 2008 n. 59 [(7)], convertito in L. 6 giugno 2008, n. 101 [(8)], dettando, rispettivamente, disposizioni in materia di recupero di aiuti di Stato dinanzi agli organi di giustizia civile e introducendo una nuova previsione, l'art. 47 *bis*, nel corpo della disciplina del rito tributario dettata dal D. Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546.

Tale intervento normativo è motivato innanzitutto, come riferisce la Relazione al D.L. 59/2008, dalla pressante esigenza di evitare allo Stato

---

(5) Sulle modalità di esecuzione nell'ordinamento italiano dell'ordine di recupero si veda, in particolare, A. Santa Maria (a cura di), *Concorrenza e aiuti di Stato* cit., 238 ss.; O. Porchia, *Il procedimento di controllo* cit., 233 ss.; T. Ballarino, L. Bellodi, *Gli aiuti di Stato* cit., 122 ss.

(6) Comunicazione della Commissione 2007/C 272/05 "*Verso l'esecuzione effettiva delle decisioni della Commissione che ingiungono agli Stati membri di recuperare gli aiuti di Stato illegali ed incompatibili*", in *GUCE* C 272/04 del 15.11.2007.

(7) Pubblicato in *GURI* n. 84 del 09.04.2008.

(8) Pubblicata in *GURI* n. 132 del 07.06.2008, insieme al testo coordinato del decreto.

italiano un nuovo deferimento alla Corte di Giustizia della Comunità Europea per il perdurante inadempimento a due risalenti decisioni di recupero emanate dalla Commissione, e con esso il rischio concreto di vedersi questa volta irrogare ingenti sanzioni pecuniarie. Nel gennaio 2008, la Commissione ha infatti inviato due pareri motivati con i quali ha contestato allo Stato italiano la mancata esecuzione delle Decisioni 2000/193/CE [9] e 2000/128/CE [10], preannunciando, dopo aver già ottenuto una duplice condanna, un nuovo ricorso alla Corte di Giustizia al fine di ottenere questa volta i provvedimenti sanzionatori previsti dall'art. 228 CE, vale a dire la condanna al pagamento di una somma forfetaria ovvero di una penalità di mora.

Se tali sono le esigenze contingenti che hanno spinto il Legislatore alla novella normativa, con il citato D.L. n. 59/2008 ci si è posti tuttavia un obiettivo di ben più ampia portata: quello, per citare le parole della Relazione al Decreto, di "*conformare il diritto processuale nazionale applicabile, anche in futuro, ai casi di recupero di aiuti di Stato in attuazione di decisioni della Commissione Europea ai requisiti di immediatezza ed effettività previsti dal diritto comunitario*". Ed è infatti proprio sulla fase dell'eventuale contenzioso sui provvedimenti interni, che impongono ai beneficiari la restituzione degli aiuti ricevuti, che si concentrano le censure mosse dalla Commissione Europea nei recenti pareri motivati del 2008. In particolare, ad essere messa sotto accusa è l'ampia possibilità, concessa dal diritto processuale interno ai destinatari dei provvedimenti nazionali di recupero, di ottenere dal giudice competente provvedimenti sospensivi dell'efficacia esecutiva di tali provvedimenti e dilatare così nel tempo l'effettiva attuazione delle decisioni negative in materia di aiuti di Stato.

La nostra indagine avrà perciò ad oggetto i meccanismi processuali introdotti dal legislatore al fine di colmare tali presunte debolezze del diritto nazionale, allo scopo di valutare non solo se ed in quale misura il nuovo modello processuale sia in grado di venire incontro alle esigenze

---

[9] Decisione della Commissione Europea n. 2003/193/CE, pubblicata in *GUCE*, n. L 077 del 24.03.2003, con la quale la Commissione Europea ha giudicato incompatibili con il mercato comune, e ordinato il recupero, degli aiuti di Stato concessi dallo Stato italiano a favore di imprese di pubblico servizio a prevalente capitale pubblico sotto forma di esenzioni fiscali e prestiti a tasso agevolato.

[10] Decisione della Commissione Europea n. 2000/128/CE, pubblicata in GUCE, n. L 042 del 15.02.2000, con la quale l'esecutivo comunitario ha invece ritenuto incompatibili con il quadro comunitario gli aiuti concessi alle imprese sotto forma di sgravi contributivi collegati alla stipulazione di contratti di formazione e lavoro ed alla loro trasformazione in contratti di lavoro a tempo indeterminato, imponendone anche in tale caso il recupero.

di speditezza ed effettività delle procedure nazionali di recupero, ma anche, e soprattutto, se ed in quale misura tale modello sia in grado di fornire una sede adeguata nella quale possano compiutamente trovare ingresso e soluzione le complesse problematiche legate al recupero o, più in generale, al diritto sostanziale degli aiuti di Stato.

Un'indagine che dovrà perciò tenere necessariamente conto degli interessi, potenzialmente confliggenti, coinvolti in simili vicende: l'interesse comunitario, da un lato, che richiede allo Stato membro di agire speditamente al fine di recuperare tali benefici, ma anche, dall'altro, l'interesse dell'operatore economico, il quale, anche di fronte ad atti e procedure nazionali avviate in esecuzione di una decisione di recupero della Commissione Europea, deve trovare una piena tutela del proprio diritto di effettivo ricorso agli organi giurisdizionali e di difesa di fronte agli stessi.

I commi 1 dell'art. 1, D.L. n. 59/2008 e del novellato art. 47 *bis*, D. Lgs. n. 546/1992, si occupano di individuare i presupposti per poter accedere alla tutela provvisoria nella forma della sospensione del titolo amministrativo o giudiziale di pagamento.

Tali norme costituiscono in realtà attuazione di un più ampio disegno di protezione giuridica. Il Trattato istitutivo della Comunità Europea ha inteso delineare un sistema completo e uniforme di tutela dei singoli contro gli atti illegittimi delle istituzioni comunitarie, al quale sono chiamati a dare applicazione non solo gli organi giurisdizionali comunitari, in sede di ricorso in annullamento ex art. 230 CE, ma anche i giudici nazionali, primi interpreti ed applicatori del diritto comunitario direttamente efficace, mediante il meccanismo del rinvio pregiudiziale previsto dall'art. 234 CE. Parallelamente, ad offrire la tutela cautelare accessoria sarà chiamato il giudice comunitario, ai sensi e nei limiti dell'art 242 CE, quando adito con ricorso diretto, mentre sarà erogata dal giudice nazionale quando la questione di legittimità dell'atto comunitario sia sollevata di fronte a quest'ultimo [(11)].

In particolare, il potere del giudice nazionale di concedere la sospensione dei provvedimenti interni adottati in esecuzione di un atto comunitario sospetto di illegittimità è stato oggetto di due importanti sentenze della Corte di Giustizia nei casi *Zuckerfabrik* [(12)] e *Atlan-*

[(11)] Sul sistema di tutela giurisdizionale predisposto dal Trattato istitutivo della Comunità Europea si veda P. Biavati, *Diritto processuale dell'Unione Europea*, Milano, 2005, 9 ss.

[(12)] Corte di Giustizia del 21.02.1991, cause riunite C-143/88 e C-92/89, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen A.G. c. Hauptzollamt Itzehoe e Zuckerfabrik Soest GmbH contro Hauptzollamt Paderborn*, in *Racc.* 1991, I-415, punti 23 ss.

ta [13]. Secondo tali pronunce, il giudice nazionale può ordinare la sospensione provvisoria a condizione che: (i) questi nutra gravi riserve sulla validità dell'atto comunitario e provveda direttamente ad effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia della questione di legittimità, se questa non sia già stata deferita all'organo giurisdizionale comunitario; (ii) ricorrano gli estremi dell'urgenza, nel senso che i provvedimenti provvisori sono necessari per evitare al richiedente un danno grave ed irreparabile; (iii) venga tenuto pienamente conto dell'interesse della Comunità e (iv) siano rispettate, nella valutazione di tutti questi presupposti, le pronunce della Corte di Giustizia o del Tribunale di Primo Grado in ordine alla legittimità dell'atto comunitario o un ordinanza resa in sede di procedimento sommario diretta alla concessione, sul piano comunitario, di provvedimenti provvisori analoghi.

In conformità alla richiamata giurisprudenza comunitaria, il primo dei presupposti contemplati dal Legislatore del D.L. n. 59/2008 per far luogo alla sospensione del titolo amministrativo o giudiziale di pagamento è quindi l'insorgere di un grave dubbio di legittimità della decisione di recupero adottata dalla Commissione Europea ai sensi dell'art. 14, Reg. n. 659/1999 e posta a fondamento del provvedimento nazionale.

All'attenzione del giudice nazionale deve quindi essere portata, ovvero questi può rilevare d'ufficio, la questione relativa alla sussistenza di uno dei motivi che l'art. 230 CE contempla quali cause di annullamento di un atto comunitario, vale la dire l'incompetenza, la violazione di forme sostanziali, la violazione di regole del Trattato ovvero di qualsiasi altra regola di diritto relativa alla sua applicazione o lo sviamento di potere[14].

Una volta che la questione sia stata sollevata, in ossequio alla giurisprudenza *Fotofrost* [15], il giudice nazionale non può autonomamente decidere della validità dell'atto comunitario, perché porrebbe in pericolo l'uniforme applicazione del diritto comunitario, ma deve necessariamente investire della questione la Corte di Giustizia attraverso lo strumento del rinvio pregiudiziale dell'art. 234 CE. Nel contempo, e sussistendo

---

[13] Corte di Giustizia del 9.11.1995, causa C-465/1993, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft mbH e altri c. Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, in *Racc.* 1995, I-3761, punto 51.

[14] In generale, sui vizi di legittimità degli atti comunitari, P. Biavati, *Diritto processuale* cit., 66 ss.; i possibili vizi delle decisioni della Commissione Europea in materia di aiuti di Stato sono stati oggetto di indagine soprattutto in A. Santa Maria (a cura di), *Concorrenza e aiuti di Stato* cit., 246 ss.

[15] Corte di Giustizia del 22 ottobre 1987, causa C-314/1985, *Foto-Frost contro Hauptzollamt Lübeck-Ost*, in *Racc.* 1987, 4199, punti 13 ss.

i presupposti individuati dalle sentenze *Zuckerfabrik* e *Atlanta*, potrà adottare i provvedimenti provvisori che si rendano necessari.

La giurisprudenza comunitaria e le stesse norme ora introdotte nel nostro ordinamento non contemplano invece, quale possibile presupposto per ottenere tutela in via provvisoria, l'insorgere di una questione di interpretazione del diritto comunitario.

Tuttavia, è necessario rilevare come, al pari di una questione di legittimità della decisione di recupero, l'interpretazione delle norme comunitarie è suscettibile anch'essa di incidere sulla pretesa recuperatoria dello Stato. Questioni interpretative possono porsi sia in relazione alla stessa decisione di recupero che in merito alla applicazione, nei singoli casi, delle norme del Trattato che disciplinano gli aiuti di Stato ovvero di ogni altra regola di diritto derivato in materia; infine, e data la loro rilevanza, non possono essere sottovalutate le questioni relative alla applicazione ed interpretazione di principi generali del diritto comunitario, quali quelli di legittimo affidamento, certezza del diritto e proporzionalità.

Va anche ricordato come, nell'ottica sopra ricordata di offrire un sistema completo di tutela delle posizioni giuridiche individuali discendenti dal diritto comunitario, lo strumento del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia di una questione di interpretazione costituisca il mezzo ordinario attraverso il quale al giudice nazionale è consentito di ottenere tutti gli elementi necessari per poter valutare la compatibilità di norme di diritto interno con l'ordinamento comunitario. E ciò allo scopo di colmare la lacuna, pienamente avvertita dalla giurisprudenza comunitaria, della impossibilità per i privati di esperire ricorso per infrazione ai sensi dell'art. 226 CE, strumento riservato alla sola Commissione ovvero agli Stati membri.

Sotto tale profilo, è la stessa sentenza resa nel caso *Zuckerfabrik* [16] a evidenziare come la tutela cautelare garantita dal *diritto comunitario ai singoli dinanzi ai giudici nazionali non può variare a seconda che essi contestino la compatibilità delle norme nazionali con il diritto comunitario oppure la validità di norme del diritto comunitario derivato, vertendo la contestazione, in entrambi i casi, sul diritto comunitario medesimo: nella misura in cui, quindi, la questione di interpretazione sollevata di fronte al giudice nazionale coinvolga profili di incompatibilità della normativa nazionale che dà esecuzione alla decisione di recupero con il quadro normativo comunitario in tema di aiuti di Stato, pare innegabile che il giudice a quo sia tenuto, nell'attesa della sentenza dell'organo giurisdizionale comunitario, a concedere la sospensione del provvedimento interno di recupero, ricorrendo tutti i presupposti sopra evidenziati.*

---

[16] *Zuckerfabrik* cit., punto 21.

Con una previsione originale rispetto agli orientamenti della giurisprudenza comunitaria, il legislatore italiano ha ritenuto che idonei presupposti per la concessione del provvedimento di sospensione del titolo di pagamento possano essere costituiti anche dall'errore in cui sia incorsa l'amministrazione recuperante nella individuazione del soggetto tenuto alla restituzione dell'aiuto, ovvero dall'errore nel calcolo della somma da recuperare, nei limiti di tale errore.

Rispetto ad entrambe le ipotesi, il legislatore si è preoccupato di specificare che deve trattarsi di un errore evidente, la cui rilevanza dovrebbe essere quindi limitata alle sole ipotesi in cui questo sia immediatamente percepibile allo stato degli atti e senza necessità di complesse indagini di fatto, incompatibili con la natura sommaria dei provvedimenti adottati in sede di sospensione e riservate invece al merito della controversia.

Di tale tenore sono del resto le prime prese di posizione sul punto provenienti dalla pubblica amministrazione. In una apposita circolare dedicata alle nuove norme in tema di contenzioso sul recupero degli aiuti di Stato [17], l'Agenzia delle Entrate ha mostrato di ritenere come "*l'erroneità nell'individuazione del soggetto chiamato alla restituzione deve emergere prima facie, ossia allo stato degli atti e senza che sia necessaria alcuna indagine o apprezzamento coinvolgente il merito*", circoscrivendola in definitiva alla sola ipotesi di "*discrasie soggettive palesi*" [18].

Non sembrano perciò poter assumere rilevanza in sede cautelare le più complesse problematiche, alle quali si può in questa sede solo accennare, legate alla individuazione dell'effettivo beneficiario in quelle ipotesi in cui, in conseguenza di operazioni straordinarie, quali fusioni, scissioni o cessioni di rami d'azienda o ancora privatizzazioni sostanziali, il vantaggio competitivo attribuito dalla percezione dell'aiuto possa essere stato trasferito ad altri soggetti, nei confronti dei quali dovrà perciò essere estesa l'azione di recupero. In queste ipotesi, decisiva è la valutazione della rispondenza dell'operazione posta in essere ai criteri e prezzi di mercato, valutazione che tuttavia non può che richiedere una complessa attività istruttoria [19].

---

[17] Agenzia delle Entrate, C*ircolare n. 42/E* del 29.04.2008, reperibile sul sito *www.agenziaentrate.it*.

[18] Agenzia delle Entrate, *Circolare* cit., 8-9.

[19] Sul tema vedi *Comunicazione* cit., parr. 32-35 e la giurisprudenza ivi citata. In dottrina, tali problematiche sono state affrontate in particolare da A. Santa Maria (a cura di), *Concorrenza e aiuti di Stato* cit., 208 ss. e, con particolare riferimento alle imprese pubbliche, da G.M. Roberti, *Aiuti di Stato alle imprese pubbliche e privatizzazioni* in S. Bariatti (a cura di), *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario* cit., 67 ss.

Errore di calcolo evidente è poi, sempre secondo la restrittiva lettura fornita dall'Agenzia delle Entrate, "*solo quello facilmente rilevabile dagli elementi indicati dall'Ufficio dell'atto di recupero*" e ricorre unicamente nel caso in cui "*l'importo complessivamente preteso dall'Ufficio sia superiore a quello risultante dalla liquidazione delle singole voci poste a base del recupero*" [(20)].

Anche qui, diverse e più complesse questioni legate alla determinazione dell'importo da restituire sembrano destinate ad essere confinate alla sola fase di merito del procedimento, per la necessità di una approfondita attività istruttoria. Ciò vale innanzitutto per la quantificazione dell'importo dell'aiuto alla luce dei criteri dettati dalla stessa decisione comunitaria di recupero, laddove questa non determini direttamente l'importo, ma vale anche per l'obbligazione, sancita dall'art. 14, par. 2, Reg. n. 659/1999, di pagare gli interessi calcolati in base a un tasso adeguato stabilito dalla Commissione, con decorrenza dalla data in cui l'aiuto è divenuto disponibile per il beneficiario e fino alla data di recupero.

Sempre in conformità alle sentenze *Zuckerfabrik* e *Atlanta*, per fare luogo alla sospensione del provvedimento di recupero è richiesto il *periculum in mora*, nella forma di un pregiudizio imminente ed irreparabile che potrebbe derivare al ricorrente dall'eventuale esecuzione dell'ordine di recupero.

Importanti indicazioni per il giudice nazionale nell'interpretazione ed applicazione della previsione possono trarsi dalla giurisprudenza comunitaria formatasi in relazione all'analogo presupposto per la concessione dei provvedimenti provvisori previsti dall'art. 242 CE, e ciò per l'esigenza di uniformità applicativa che deve ispirare l'intero sistema di tutela cautelare voluto dal Trattato [(21)].

Secondo tali orientamenti, innanzitutto, l'imminenza del danno non deve essere provata con un'assoluta certezza, ma è sufficiente, specialmente quando la realizzazione del danno dipende dal verificarsi di un complesso di fattori, che essa sia prevedibile con un grado di probabilità sufficiente [(22)].

Per quanto riguarda invece l'irreparabilità del danno, le Corti CE

[(20)] Agenzia delle Entrate, *Circolare* cit., 9.

[(21)] Sugli istituti delle tutela cautelare e provvisoria nel sistema giurisdizionale comunitario, P. Biavati, *Diritto processuale* cit. 290 ss. Sulla applicazione di tali istituti al contenzioso comunitario sugli aiuti di Stato, A. Santa Maria (a cura di), *Concorrenza e aiuti di Stato* cit., 278 ss.

[(22)] Ordinanza del Presidente del Tribunale del 8 dicembre 2000, causa T-237/99 R, *BP Nederland vof, BP Direct vof e Actomat BV c. Commissione*, in Racc. 2000,

ritengono in via di principio che un danno di carattere pecuniario non può essere considerato, salvo circostanze eccezionali, irreparabile o anche solo difficilmente riparabile, dal momento che può sempre essere oggetto di una compensazione finanziaria successiva [23]. Tuttavia, i giudici comunitari si sono mostrati propensi a tutelare in via di urgenza anche tale tipologia di situazioni, laddove il pagamento di forti somme, se non sospeso da una misura provvisoria, potrebbe recare danni irreversibili all'attività economica del ricorrente o alla sua posizione di mercato [24]. In particolare, il determinarsi di una situazione nella quale l'impresa sarebbe costretta a *chiedere l'avvio di una procedura fallimentare può costituire un danno grave ed irreparabile, in considerazione sia del rischio che l'impresa interessata scompaia dal mercato sia delle rilevanti conseguenze che tale procedura genera e che ostacolano il suo normale funzionamento* [25]. Si tratta comunque di una valutazione che i giudici comunitari si riservano di effettuare caso per caso, tenendo conto delle circostanze di fatto e di diritto che caratterizzano ogni caso concreto [26].

Nella prospettiva del giudice comunitario, infine, la sola sussistenza di un danno grave ed irreparabile non è condizione sufficiente per fare luogo alla concessione dei provvedimenti provvisori, dovendo il *giudice dell'urgenza ponderare, da un lato, l'interesse del richiedente a ottenere*

II-3849, punto 49; ordinanza del Presidente del Tribunale del 3 dicembre 2002, causa T-181/02 R, *Neue Erba Lautex c. Commissione*, in *Racc.* 2002, II-5081, punto 84; ordinanza del Presidente del Tribunale del 10 novembre 2004, causa T-316/04 R, *Wam S.p.A. c. Commissione*, in *Racc.* 2004, II-3917, punto 27; ordinanza del Presidente del Tribunale del 25 giugno 2002, causa T-34/02 R, *B c. Commissione*, in *Racc.* 2002, II-2803, punto 85.

[23] Ordinanza *Neue Erba Lautex* cit., punto 83; ordinanza *Wam S.p.A.* cit., punto 29.

[24] Ordinanza del Presidente del Tribunale del 25 aprile 2006, causa T-455/05 R, *Componenta Oyj c. Commissione*, in *Racc.* 2005, II-38, punto 36; ordinanza del Presidente del Tribunale del 27 luglio 2004, causa T-148/04 R, *TQ3 Travel Solutions Belgium c. Commissione*, in *Racc.* 2004, II-3027, punto 46; ordinanza *Neue Erba Lautex c. Commissione* cit., punto 84; Ordinanza del Presidente del Tribunale del 20 luglio 2000, causa T-169/00 R, *Esedra c. Commissione*, in *Racc.* 2000, II-2951, punto 45; ordinanza *Wam S.p.A.* cit., punto 29; aperture in questo senso emergono anche dalla richiamata circolare dell'Agenzia delle Entrate, secondo la quale "*l'accertamento in ordine a tale presupposto, che l'istante deve provare con elementi certi ed univoci, non può essere sommariamente limitato all'entità dell'importo richiesto, quindi rapportato a soli criteri quantitativi, ma deve tener conto anche degli elementi soggettivi, della complessiva situazione patrimoniale ed aziendale del richiedente, nonché della sottesa finalità del recupero che trova radice nelle determinazioni comunitarie*", vedi Agenzia delle Entrate, *Circolare* cit., 10.

[25] Ordinanza *Neue Erba Lautex c. Commissione* cit., punto 88.

[26] Ordinanza *Neue Erba Lautex c. Commissione* cit., punto 89.

i provvedimenti provvisori sollecitati e, dall'altro, l'interesse pubblico collegato all'esecuzione delle decisioni adottate nell'ambito del controllo degli aiuti di Stato, ritenuto peraltro particolarmente forte [27].

In tale prospettiva di bilanciamento degli interessi in gioco, è stata ritenuta idonea a salvaguardare l'interesse comunitario all'integrale recupero dell'aiuto la subordinazione della concessione del provvedimento sospensivo alla prestazione di un'adeguata garanzia bancaria, soprattutto laddove la situazione economica e finanziaria del ricorrente sia tale da non consentire di ritenere che al termine del giudizio residuino attivi sufficienti per effettuare il recupero [28]. *Tale possibilità è prevista anche dalle norme in esame, mediante il richiamo operato dal nuovo art. 47 bis D. Lgs. n. 546/1992 al comma 5 dell'art. 47 del medesimo testo, limitatamente, tuttavia, ai soli giudizi che si svolgono di fronte al giudice tributario.*

A nostro parere, e pur nel silenzio della legge, anche il deposito dell'importo dell'aiuto da recuperare presso un conto bancario, bloccato durante lo svolgimento del giudizio nazionale, potrebbe essere ritenuto uno strumento idoneo a tal fine, dal momento che consentirebbe di dare un'attuazione provvisoria alla decisione comunitaria di recupero evitando però l'immediata esecuzione coattiva a carico del beneficiario [29].

Ai sensi degli artt. 1, comma 2, della L. n. 101/2008 e 47 *bis*, comma 2, D. Lgs. n. 546/1992, l'istanza di sospensione dell'atto interno impu-

---

[27] Ordinanza *Neue Erba Lautex* cit., punti 111-113; ordinanza del Tribunale del 26 ottobre 1994**,** cause riunite T-231/04 R, T-232/04 R e T-234/04 R, *Transacciones Maritimas Sa, Recursos Marinos Sa e Makuspesca Sa c. Commissione***,** in *Racc.* 1994, II-885, punto 45.

[28] Ordinanza *Transacciones Maritimas* cit., punti 45 e 46.

[29] Vedi *Comunicazione* cit., par. 70; la Legge Finanziaria 2007 (L. 27 dicembre 2006 n. 296, in *GURI* n. 299 del 27.12.2006), dando attuazione ai principi emergenti dalla giurisprudenza *Deggendorf* (Tribunale di Primo Grado del 13 settembre 1995, cause riunite T-244/93 e T-486/93, *TWD c. Commissione*, in *Racc.* 1995, II-2265) ha stabilito al comma 1223 che "*i destinatari degli aiuti di cui all'articolo 87 del Trattato che istituisce la Comunità europea possono avvalersi di tali misure agevolative solo se dichiarano, ai sensi dell'articolo 47 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, e secondo le modalita' stabilite con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, da pubblicare nella Gazzetta Ufficiale, di non rientrare fra coloro che hanno ricevuto e, successivamente, non rimborsato o depositato in un conto bloccato, gli aiuti che sono individuati quali illegali o incompatibili dalla Commissione europea, e specificati nel decreto di cui al presente comma*". Lo strumento del conto bloccato si dimostra così idoneo non solo ad assicurare, in via temporanea e nella pendenza del giudizio nazionale, l'attuazione della decisione comunitaria ma anche a consentire l'erogazione di nuovi aiuti, evitando gli effetti anticoncorrenziali del cumulo tra l'aiuto precedente non ancora restituito e le nuove misure.

gnato per motivi attinenti alla legittimità della decisione comunitaria di recupero non può essere accolta qualora l'istante, pur avendone facoltà perché individuato o chiaramente individuabile, non abbia proposto ricorso di annullamento ex art. 230 CE contro l'atto comunitario ovvero quando, pur avendo esperito il ricorso diretto, non abbia richiesto la sospensione della decisione di recupero ai sensi dell'art. 242 CE o questa sia stata respinta.

Le Corti lussemburghesi si sono occupate più volte della questione del coordinamento tra i due diversi rimedi. Il legislatore italiano, in particolare, sembra aver accolto l'orientamento restrittivo espresso nel caso *TWD* [30], secondo il quale il beneficiario di un aiuto di Stato non può opporsi al recupero di fronte al giudice nazionale eccependo l'illegittimità della decisione comunitaria quando, pur avendone la possibilità perché legittimata ai sensi dell'art. 230 CE, ha lasciato decorrere i termini per il ricorso diretto, perché ciò equivarrebbe a consentirgli di eludere il carattere definitivo della decisione nei suoi confronti una volta decorsi i termini di impugnazione.

La rigorosa alternativa posta dall'orientamento in esame solleva evidentemente la complessa problematica della legittimazione dei singoli ad agire con ricorso di annullamento nei confronti della decisione comunitaria di recupero [31]. Sotto tale profilo, va necessariamente ricordato come, ai sensi dell'art. 25, Reg. n. 659/1999, destinatario della decisione negativa è solo ed unicamente lo Stato membro erogante. Ragione per cui, ai sensi dell'art. 230 CE, i beneficiari di tali aiuti potranno proporre ricorso in annullamento solamente quando tale decisione li riguardi direttamente ed individualmente, trattandosi di una decisione presa nei confronti di altro soggetto qual è lo Stato membro.

Per quanto riguarda il requisito dell'interesse diretto, che ricorre laddove l'atto comunitario produca direttamente effetti sulla situazione giuridica dell'interessato e la sua applicazione abbia carattere meramente automatico, senza che ad essa si frappongano norme intermedie, la giurisprudenza comunitaria non ha difficoltà a riconoscere che il beneficiario di un aiuto che la Commissione ha ritenuto incompatibile

---

[30] Corte di Giustizia del 9 marzo 1994, causa C-188/92, *TWD c. Germania*, in *Racc.* 1994, I-833, punto 18.

[31] Le problematiche attinenti alla legittimazione ad agire in ricorso per annullamento dei privati c.d. ricorrenti non privilegiati sono affrontate da P. Biavati, *Diritto processuale* cit., 63 ss.; in relazione a ricorso di annullamento contro decisioni in materia di aiuti di Stato, A. Santa Maria (a cura di), *Concorrenza e aiuti di Stato* cit., 252 ss.; A. Frignani, R. Pardolesi, *La concorrenza* cit., 484 ss.; T. Ballarino, L. Bellodi, *Gli aiuti di Stato* cit., 143 ss.

con il Trattato imponendone il recupero deve considerarsi direttamente interessato da tale decisione [32].

Più complessa è la prova del requisito dell'interesse individuale, a cui allude il legislatore nazionale con l'espressione "individuabile o chiaramente individuabile" in riferimento alla posizione del ricorrente di fronte alla decisione comunitaria. Tale interesse ricorre, secondo i rigidi criteri generali elaborati dalla Corte di Giustizia nel caso *Plaumann* [33], laddove la decisione incida sul singolo a causa di determinate qualità personali o di particolari circostanze idonee a distinguerlo dalla generalità e perciò ad identificarlo alla stessa stregua del destinatario ovvero, secondo alcune più recenti pronunce [34], qualora la decisione riguardi soggetti individuati o chiaramente individuabili al momento dell'adozione dell'atto comunitario, in quanto appartenenti ad un gruppo ristretto di operatori economici e secondo i criteri propri di tale gruppo.

In materia di aiuti di Stato assume inoltre rilevanza se la decisione negativa della Commissione abbia ad oggetto aiuti individuali ovvero regimi di aiuti [35]. La giurisprudenza comunitaria è pacifica nel riconoscere che il beneficiario di un aiuto individuale dichiarato illegale ed incompatibile con il mercato comune sia individualmente riguardato dalla stessa [36]. Maggiormente oscillanti sono le posizioni in relazione all'interesse individuale del beneficiario di un regime di aiuti. In numerose sentenze la Corte di Giustizia ha mostrato di adottare un approccio

---

[32] Corte di Giustizia del 19 ottobre 2000, cause riunite C-15/98 e C-105/99, *Repubblica Italiana e Sardegna Lines c. Commissione*, in *Racc.* 2000, I-8855, punto 36.

[33] Corte di Giustizia del 15 luglio 1963, *Plaumann c. Commissione*, causa C-25/62, in Racc. 1963, 195.

[34] Corte di Giustizia del 17 gennaio 1985, causa C-11/82, *Piraiki-Patraiki e al. c. Commissione*, in *Racc.* 1982, 207, punto 31; Corte di Giustizia del 22 giugno 2006, cause riunite C-182/03 e C-217/03, *Belgio e Forum 187 / Commissione*, in *Racc.* 2003, I-5479, punto 60.

[35] Ai sensi dell'art. 1, lett. d) del Reg. n. 659/1999, per regime di aiuti deve intendersi "*l'atto in base al quale, senza che siano necessarie ulteriori misure di attuazione, possono essere adottate singole misure di aiuto a favore di imprese definite nell'atto in linea generale ed astratta e qualsiasi atto in base al quale l'aiuto, che non è legato ad uno specifico progetto, può essere concesso ad una o più imprese per un periodo di tempo indefinito e / o per un ammontare indefinito*", laddove per aiuti individuali, secondo la lett. e) della medesima norma, si intendono "*gli aiuti non concessi nel quadro di un regime di aiuti e gli aiuti soggetti a notifica concessi nel quadro di un regime*".

[36] Corte di Giustizia del 14 novembre 1984, causa C-323/82, *Intermills c. Commissione*, in *Racc.* 1984, 3809, punto 5; Corte di Giustizia del 13 marzo 1985, cause riunite C-296 e 318/82, *Regno dei Paesi Bassi e Leeuwarder Papierwarenfabriek c. Commissione*, in *Racc.* 1985, 809, punto 13; sentenza *TWD c. Commissione* cit., punto 14.

restrittivo, considerando irricevibili i ricorsi da questi proposti, a motivo che, nei loro confronti, la decisione di recupero appare come un provvedimento di portata generale, che si applica a situazioni determinate obiettivamente ed implica effetti giuridici nei confronti di una categoria di persone considerate in modo generale ed astratto [37].

Un atteggiamento più aperto si rinviene tuttavia nelle sentenze *Sardegna Lines* [38], *CETM* [39] e *Alzetta* [40], laddove la Corte ha invece riconosciuto l'interesse individuale delle ricorrenti non solo in quanto potenziali beneficiarie dei regimi di aiuto dichiarati incompatibili con il mercato comune, ma soprattutto nella loro qualità di effettive beneficiarie di aiuti individuali concessi nel quadro del regime e di cui la Commissione aveva ordinato il recupero.

Nel caso, quindi, che in capo al ricorrente in sede nazionale sussistano i requisiti di interesse diretto ed individuale, ma siano decorsi i termini per la proposizione del ricorso in annullamento ex art. 230 CE, al giudice nazionale è inibito di adottare i provvedimenti sospensivi richiesti.

Vale la pena rilevare, tuttavia, come la necessità di un rigoroso accertamento dei requisiti di legittimazione viene meno se si segue l'orientamento emerso invece con le sentenze *Atzeni* e *Unicredito* e attualmente prevalente in seno alla giurisprudenza della Corte di Giustizia. secondo il quale il rinvio pregiudiziale di legittimità deve essere giudicato ricevibile ogniqualvolta non sia manifesto che un ricorso di annullamento proposto dal beneficiario della misura di aiuto sarebbe stato ricevibile [41]. Lo stesso organo giurisdizionale ha ritenuto il riferimento alla giurisprudenza *TWD* del tutto ininfluente, al di fuori delle limitate ipotesi in cui il beneficiario era indiscutibilmente legittimato, ed era stato informato di esserlo, a proporre un ricorso di annullamento

---

[37] Corte di Giustizia del 10 luglio 1986, causa C-282/85, *DEFI c. Commissione,* in *Racc.* 1986, 2469, punti 16-20; Corte di Giustizia del 2 febbraio 1988, cause riunite 66, 67 e 70/85, *Kwekerij Gebroeders Van der Kooy BV e altri contro Commissione*, in *Racc.* 1988, 219, punto 15; Corte di Giustizia del 7 dicembre 1993, causa C-6/92, *Federazione Sindacale dell'Industria Estrattive e al. c. Commissione*, in *Racc.* 1993, I-6357.

[38] Sentenza *Repubblica Italiana e Sardegna Lines* cit., punti 31-35.

[39] Tribunale di primo grado del 29 settembre 2000, causa T-55/99*, CETM c. Commissione*, in *Racc.* 2000, II-3207, punti 24 e 25.

[40] Tribunale di primo grado del 15 giugno 2000, cause riunite T-298/97, T-312/97 e al., *Alzetta e al. c. Commissione*, in *Racc.* 2000, II-2319, punti 37-39.

[41] Corte di Giustizia del 15 dicembre 2005, causa C-148/04, *Unicredito Italiano c. Agenzia delle Entrate – Ufficio Provinciale di Genova*, in *Racc.* 2005, I-11137; Corte di Giustizia del 23 febbraio 2006, cause riunite C-346/03 e C-529/03, *Atzeni e al. c. Regione Autonoma della Sardegna*, non ancora pubblicata in *Racc.*, punti 30-34.

contro l'atto comunitario del quale eccepiva l'illegittimità di fronte al giudice nazionale [42].

Questione poi di non secondaria importanza per la concreta applicazione della norma è quella relativa alla competenza a verificare la ricevibilità del rinvio pregiudiziale alla luce dei criteri appena esaminati. La norma in commento sembra attribuire tale compito al giudice nazionale, nell'ambito della cognizione sulla sussistenza delle condizioni per fare luogo alla concessione della tutela sospensiva. Tuttavia, trattandosi evidentemente di una questione di rito che appartiene al processo che si svolge di fronte agli organi di giustizia comunitaria, non può negarsi che solo questi siano legittimati a statuire sulla ricevibilità delle azioni promosse di fronte a sé. Proprio per tale ragione deve ritenersi che il giudice nazionale, di fronte al quale sia sollevata la questione di legittimità di un atto comunitario, sia comunque tenuto ad operare il rinvio pregiudiziale agli organi di giustizia comunitaria perché ne venga vagliata la ricevibilità, quantomeno nelle ipotesi in cui non sia manifesta la legittimazione al ricorso diretto in annullamento. Così come il diritto sostanziale, anche il diritto processuale comunitario necessita di un'interpretazione uniforme, che non può che essere assicurata dagli organi di giustizia istituiti dal Trattato.

Dove non ricorrano quindi i presupposti per la concessione dei provvedimenti provvisori, il giudizio prosegue nelle forme previste, rispettivamente, dall'art. 1, comma 4, e 2, commi 5, 6 e 7 del D.L. 59/2008.

Per quanto attiene al rito civile, il legislatore, al fine di garantire una rapida definizione del contenzioso avente ad oggetto il recupero di aiuti di Stato, si è affidato alle forme contratte di un rito modellato sul processo di opposizione a ordinanza-ingiunzione disciplinato dagli artt. 22 e 23 della L. 1981, n. 689, ad eccezione dei commi terzo, quarto e decimo dell'art. 23 citato [43]. Per quanto riguarda invece il contenzioso di competenza del giudice tributario, le forme sono

---

[42] Corte del 12 dicembre 2006, causa C-241/95, *The Queen c. Accrington Beef Co. Ltd.*, in *Racc.* 1996, I-6699, punti 14-16; ordinanza del Tribunale di Primo Grado del 10 marzo 2005, causa T-228/00, *Gruppo Ormeggiatori del Porto di Venezia Soc. Coop. a r.l. c. Commissione*, in *Racc.* 2005, II-787, punti 31-33; Tribunale di primo grado del 14 aprile 2005 causa T-141/03, *Sniace c. Commissione*, non ancora pubblicata in *Racc.*, punto 40.

[43] Non trovano quindi applicazione le disposizioni che sanciscono il rispetto dei termini di comparizione di cui all'art. 163-bis c.p.c. tra il giorno della notificazione e quello dell'udienza di comparizione, la facoltà di difesa personale per il ricorrente o l'amministrazione resistente e l'esenzione del giudizio da imposte o tasse.

quelle ordinarie del rito di fronte alle Commissioni Tributarie, salvo alcuni correttivi [44].

Se ricorrono invece i presupposti per la sospensione del provvedimento interno di recupero, si delineano diversi percorsi processuali a seconda dei motivi posti a fondamento dell'accoglimento dell'istanza.

Qualora emerga un dubbio grave e rilevante in ordine alla legittimità della decisione comunitaria di recupero, il giudice nazionale, nel concorso del *periculum in mora*, è autorizzato a procedere con ordinanza alla sospensione del titolo amministrativo o giudiziale di pagamento.

Ai sensi degli artt. 1, comma 2, e 2, comma 2, del D.L. in esame, inoltre, deve sospendere il giudizio di fronte a sé e provvedere all'immediato rinvio pregiudiziale della questione alla Corte di Giustizia della Comunità Europea [45], con richiesta di trattazione d'urgenza ai sensi dell'art. 104-*ter* del Regolamento di Procedura della Corte [46], se a questa non sia stata già deferita la questione di validità dell'atto comunitario contestato. Come sottolineato in precedenza, al giudice nazionale è inibito di decidere della questione di legittimità dell'atto comunitario, potendo solo avvalersi dello strumento del rinvio pregiudiziale di validità previsto dall'art. 234 CE.

Alla remissione della questione di fronte al giudice comunitario deve obbligatoriamente accompagnarsi, secondo le nuove previsioni, l'istanza di trattazione d'urgenza. Si tratta di un meccanismo processuale di carattere eccezionale, al quale però può farsi ricorso solo laddove sussistano ragioni di straordinaria urgenza, rimesse alla valutazione del Presidente della Corte di Giustizia, sentito l'Avvocato Generale. Se accolta la relativa richiesta, la trattazione accelerata del procedimento di rinvio comporta l'immediata fissazione dell'udienza orale di fronte alla Corte e la riduzione dei termini per le difese scritte. La *ratio* dell'istituto è evidentemente quella di supplire alla inapplicabilità ai procedimenti

---

[44] I commi 5, 6 e 7 del nuovo art. 47 bis D. Lgs. n. 546/1992 prevedono che le controversie relative agli atti di recupero vengano discusse in pubblica udienza e, subito dopo la discussione, la decisione venga deliberata in camera di consiglio, con lettura del dispositivo nella medesima udienza a pena di nullità. Il deposito delle motivazioni deve avvenire entro i successivi quindici giorni, con immediata comunicazione alle parti. In caso poi di impugnazione della sentenza, tutti i termini del giudizio di appello, fatto eccezione per il solo termine per la proposizione del ricorso, sono ridotti della metà.

[45] Sul rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia della Comunità Europea, anche sotto il profilo della obbligatorietà o meno della remissione della questione al giudice comunitario da parte del giudice nazionale, vedi P. Biavati, *Diritto processuale* cit., 407 ss.

[46] Regolamento di procedura della Corte di Giustizia della Comunità Europea del 19 giugno 1991, in *GUCE* n. L 176 del 4 luglio 1991.

di rinvio pregiudiziale delle misure di sospensione previste dall'art. 242 CE.

Tuttavia, proprio la circostanza che l'accoglimento della richiesta di trattazione d'urgenza sia soggetta al preventivo vaglio del Presidente della Corte, solleva molti dubbi in ordine alle reali possibilità di applicazione dell'istituto nelle ipotesi delineate dal legislatore nazionale, se si pensa che in questi casi il rinvio pregiudiziale segue l'adozione da parte del giudice nazionale di provvedimenti provvisori idonei a tutelare il ricorrente *medio tempore* e a farsi carico così delle esigenze di urgenza che dovrebbero giustificare la trattazione accelerata.

Sotto altro profilo, la norma autorizza il giudice nazionale a procedere alla sola sospensione del titolo di pagamento e del giudizio di fronte a sé, in tutte quelle ipotesi in cui la questione di legittimità della decisione comunitaria sia già stata portata alla cognizione degli organi giurisdizionali comunitari. Tale è sicuramente il caso in cui lo stesso ricorrente di fronte alla giurisdizione nazionale abbia previamente esperito il ricorso per annullamento *ex* art. 230 CE ed il Tribunale di Primo Grado, competente per il ricorso diretto, lo abbia giudicato ricevibile, muovendo quindi all'esame del merito.

Vi è da chiedersi però se il ricorrente possa avvalersi del ricorso in annullamento proposto da altri soggetti privati o, come accade normalmente, dallo stesso Stato italiano. La risposta fornita dalla giurisprudenza nazionale è positiva: la Corte di Cassazione, Sezione Lavoro [(47)] ha ammesso la sospensione del processo nazionale per motivi di pregiudizialità ai sensi dell'art. 295 c.p.c., anche nel caso in cui il ricorrente in sede comunitaria non sia parte al processo nazionale, e ciò per esigenze di garanzia di applicazione *erga omnes* della sentenza di annullamento resa dall'organo giurisdizionale comunitario. Tale facoltà non priva comunque il giudice nazionale del potere di fare luogo ad un autonomo rinvio pregiudiziale alla Corte, laddove ravvisi o siano portati alla sua attenzione profili diversi di illegittimità, senza che rilevi il quesito già oggetto di rinvio.

Vi è ancora da chiedersi se il medesimo criterio possa essere esteso anche alle ipotesi in cui, nell'ambito di un diverso giudizio nazionale, si sia già provveduto a rimettere la questione di validità alla cognizione della Corte. A tale proposito va sottolineato come, benché l'efficacia delle sentenze rese in sede di rinvio pregiudiziale sia limitato al giudizio *a quo*, queste contengono pur sempre un accertamento di illegittimità

[(47)] Cass., 21 giugno 2006, n. 14411, in *Foro it.*, 2007, I, 1886, con nota di P. Porreca, *Giudizio comunitario di annullamento e sospensione ex art. 295 c.p.c.*

dell'atto comunitario, che ne comporta comunque la totale paralisi, e che potrà essere fatto valere da tutti i soggetti dell'ordinamento. Non a caso, l'atto viene spesso rimosso ad iniziativa delle stesse istituzioni comunitarie. Anche in questo caso, perciò, le esigenze di uniforme applicazione del diritto comunitario già sottolineate dovrebbero indurre il giudice nazionale a concedere la sospensione del titolo di pagamento e del giudizio fino alla pronuncia pregiudiziale della Corte.

Ovvio, infine, che la carenza dei presupposti per la concessione del provvedimento di sospensione del titolo di pagamento non impedisce che il giudice, insorta di fronte a lui questione di legittimità o anche di interpretazione della decisione comunitaria rilevante per la decisione della controversia, provveda comunque alla sospensione del giudizio, questa volta ai sensi dell'art. 3, Legge 1958, n. 104 ed alla rimessione della questione alla Corte, essendogli solo inibito in tali casi di sospendere il titolo di pagamento.

Quando, invece, la sospensione del titolo amministrativo o giudiziale di pagamento trovi il proprio fondamento nelle ipotesi di errore evidente in cui sia incorsa l'amministrazione recuperante, l'adozione del provvedimento sospensivo comporta una decisa accelerazione dei tempi processuali, al cui rispetto, peraltro, le norme subordinano l'efficacia del provvedimento sospensivo.

Per quanto concerne il rito civile, l'art. 1, comma 3, D. L. n. 59/2008 dispone che, con il medesimo provvedimento di sospensione, il giudice fissi la data dell'udienza di trattazione nel termine di trenta giorni e la causa venga decisa entro i sessanta giorni successivi. Nel processo tributario, il comma 4 del novellato art. 47 *bis*, D. Lgs. n. 546/1992 prevede che le controversie in oggetto vengano definite entro il termine di sessanta giorni dalla adozione del provvedimento di sospensione.

Per entrambi i riti, alla scadenza dei termini previsti per la trattazione nel merito della controversia, il provvedimento di sospensione perde efficacia, salvo che il giudice, su apposita istanza di parte, riesamini lo stesso e ne disponga la conferma, anche parziale, ricorrendo i presupposti di sospensione, fissando un termine di efficacia comunque non superiore a sessanta giorni.

Con una previsione incomprensibilmente non estesa anche al rito civile, è previsto che, di fronte al giudice tributario, peraltro, i predetti termini di conclusione del processo vengano sospesi dal giorno del deposito dell'ordinanza di rinvio pregiudiziale e riprendano a decorrere dalla data di trasmissione della decisione della Corte.

Tali misure acceleratorie trovano evidentemente la loro giustificazione nell'esigenza di definire con maggior celerità il merito della pretesa recuperatoria proprio nel momento in cui il procedimento nazionale di

recupero subisce un arresto per effetto del provvedimento giurisdizionale di sospensione [48].

Tuttavia, qualora tali termini dovessero considerarsi strettamente perentori, è dubbio che un processo così concentrato potrebbe rivelarsi in grado di affrontare compiutamente le complesse questioni di fatto che possono porsi in sede di recupero: come si è già accennato in precedenza, problematiche legate alla individuazione del soggetto effettivamente tenuto alla restituzione dell'aiuto ed alla corretta quantificazione dell'importo da restituire possono richiedere lo svolgimento di una complessa attività istruttoria, con la dilazione dei tempi processuali che a questa inevitabilmente si accompagna. D'altro canto, potrebbe anche porsi un problema di onere della prova: qualora il rispetto dei rigidi tempi processuali non consentisse l'espletamento di una completa istruttoria sui profili più complessi e raggiungere così la prova della pretesa recuperatoria, questa dovrebbe essere automaticamente respinta, non rendendosi così un servizio nemmeno alle più volte richiamate esigenze di effettività e celerità del recupero.

Nel caso in cui, invece, i termini di cui sopra venissero qualificati come termini indicativi e perciò meramente ordinatori, il giudice potrebbe infrangerli nell'esigenza di assicurare una difesa piena ed effettiva. Si pone però, in questo caso, un diverso problema, quello legato alla previsione da parte del legislatore di una necessaria correlazione tra i tempi del giudizio e l'efficacia del provvedimento sospensivo del titolo di pagamento. A fronte di una durata del processo solo indicativamente predeterminata, ma legata in concreto alla complessità del caso singolo, si avrebbe invece una forma di tutela cautelare di efficacia temporale rigidamente definita e non più agganciata ai tempi effettivi del giudizio.

Una prima soluzione al problema sarebbe attribuire natura di termini ordinatori anche ai termini di efficacia del provvedimento di sospensione, ma questo sembra essere un *iter* difficilmente percorribile alla luce della chiara lettera delle norme. Più convincente pare invece ritenere che l'istanza di parte volta alla conferma del provvedimento sospensivo del titolo di pagamento possa essere reiterata senza limiti fino alla conclusione del processo: va rilevato, tuttavia, come il comma 4 del nuovo art. 47 *bis*, D. Lgs. n. 546/1992 dichiari espressamente non ulteriormente prorogabile il termine fissato dal giudice tributario a seguito della prima conferma del provvedimento di sospensione.

---

[48] Compiti di vigilanza sul rispetto dei termini processuali sono attribuiti ai singoli Presidenti di Sezione, i quali dovranno inoltre riferire con relazione trimestrale, rispettivamente, al Presidente del Tribunale o Corte d'Appello e al Presidente della Commissione Tributaria Provinciale o Regionale.

Non privo di interesse è anche il diritto transitorio dettato dagli artt. 1, comma 5, e 2, comma 2, del D.L. n. 59/2008 in relazione ai giudizi civili e tributari aventi ad oggetto il recupero di aiuti di Stato già pendenti alla data di entrata in vigore del decreto legge.

La prima delle norme richiamate dispone, in particolare, che nei giudizi civili, laddove sia già stato concesso il provvedimento di sospensione, la causa venga decisa nei più accelerati termini previsti dalla nuova normativa, previa eventuale anticipazione dell'udienza di trattazione già fissata.

Inoltre, il giudice, su istanza di parte, è tenuto a riesaminare il provvedimento sospensivo già adottato e a disporne la revoca qualora non ricorrano i presupposti di cui ai commi precedenti.

In maniera del tutto analoga dispone il comma 2 dell'art. 2 per quanto riguarda i giudizi di fronte al giudice tributario, imponendo la conclusione dei giudizi nell'ambito dei quali siano già stati adottati provvedimenti sospensivi entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del decreto e il loro riesame, su istanza di parte, alla luce dei presupposti più restrittivi previsti dall'art. 47 *bis*, D. Lgs. n. 546/1992.

DANIELE MIGLIORATI

DOTTRINA

IL CONTRATTO AUTONOMO DI GARANZIA: ECCEZIONI OPPONIBILI E TUTELA DEI SOGGETTI

SOMMARIO: 1. *Introduzione.* – 2. *L'autonomia e le clausole «a prima richiesta» e «senza eccezioni».* – 3. *Tutela preventiva del garante: il regime delle eccezioni: a) Le eccezioni inerenti al rapporto di garanzia.* – 4. *(Segue): b) Le eccezioni inerenti al rapporto principale.* – 5. *Tutela successiva del garante: azione di rivalsa e condictio indebiti.* – 6. *Tutela preventiva dell'ordinante.* – 7. *Tutela successiva dell'ordinante.* – 8. *L'escussione fraudolenta o abusiva.*

1. Secondo la definizione tradizionale, il contratto autonomo di garanzia «è il contratto avente ad oggetto l'impegno, generalmente assunto da una banca o compagnia di assicurazioni, di pagare un determinato importo al beneficiario allo scopo di garantire la prestazione di un terzo a lui dovuta, e ciò a semplice richiesta del garantito e quindi con rinuncia a far valere qualsivoglia eccezione relativa all'esistenza, validità e coercibilità del rapporto obbligatorio garantito corrente tra beneficiario della garanzia ed il debitore principale»[(1)].

Nonostante l'ampia diffusione a livello internazionale e l'indiscussa ammissibilità nel nostro ordinamento[(2)], il contratto autonomo di garan-

---

[(1)] M. SESTA, *Le garanzie atipiche*, Padova, 1988, 455.

[(2)] F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, Torino, 1995, 353; G.B. PORTALE, *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia nella prassi bancaria,* in *Jus*, 1977, II, 2; F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, 52 ss., secondo il quale la ragione principale per la quale la garanzia autonoma è da considerare valida risiede nella sua diffusione internazionale; secondo Cass., 1 ottobre 1987, n. 7341, in *Foro it.*, 1988, I, 3088, il contratto autonomo di garanzia, valido contratto atipico, realizzerebbe interessi meritevoli di tutela connessi, tra l'altro, all'espansione del commercio internazionale. Secondo parte della dottrina, M. VIALE, *Le garanzie bancarie*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da Galgano, XVIII, Padova, 1994, 183

zia solleva ancor oggi ampi dibattiti dottrinali, soprattutto per quanto concerne l'articolazione dell'autonomia – elemento peculiare del contratto in esame – e l'individuazione di adeguati strumenti di tutela dei soggetti in ipotesi di escussione abusiva da parte del beneficiario [(3)].

Dalla dottrina sono state avanzate varie soluzioni a queste questioni; lo sforzo è volto soprattutto a dare giustificazione dogmatica ad un istituto che ha la funzione di garanzia, ma prescinde dall'accessorietà che è considerato requisito necessario di ogni garanzia come è dato desumere dalla fideiussione, prototipo delle garanzie personali [(4)].

2. Un primo tentativo di dare soluzione alla problematica relativa all'autonomia si rinviene in una sentenza della Suprema Corte [(5)], risalente agli anni ottanta, nella quale si richiama la suddivisione dei contratti di garanzia operata dalla dottrina tedesca[6]: quelli accessori ad un'obbligazione principale (fideiussione) e quelli che trovano nell'autonomia privata il loro fondamento, a prescindere da qualsiasi rapporto con altra obbligazione, così da generare un'obbligazione autonoma.

Tuttavia, ad avviso della Corte, tale autonomia deve essere intesa in senso relativo, giacché la definizione del rapporto principale è in ogni caso destinata a determinare quella del negozio fideiussorio. Ciò implica che, una volta effettuato il pagamento ingiusto, la situazione giuridica delle parti potrà essere ristabilita e riequilibrata con il sistema delle

---

ss., il contratto autonomo di garanzia è da considerare meritevole per il solo fatto di essere diffuso a livello internazionale

(3) G. Chinè, *Garanzia a prima richiesta*, in *I precedenti. La formazione giurisprudenziale del diritto civile* a cura di Alpa, in *Giur. sist. civ. comm.*, Torino, 2000, 85, secondo il quale ci si trova di fronte a un diritto vivente in continua evoluzione, che soffre di aggiustamenti e bruschi cambiamenti di rotta.

(4) A. Sassi, *Garanzia del credito e tipologie commissorie,* Camerino-Napoli, 1999, 54 ss.

(5) Cfr. Cass., sez. un., 1 ottobre 1987, n. 7341, in *Foro it.*, 1988, I, 103, ove si legge che: «il contratto autonomo di garanzia, che genera un'obbligazione del promittente svincolata da qualsiasi rapporto con l'obbligazione principale garantita ed in base al quale il garante si impegna a soddisfare il creditore su semplice richiesta del medesimo, senza la possibilità di eccepire l'eventuale adempimento del debitore garantito, è un valido contratto atipico, realizzante interessi meritevoli di tutela connessi, tra l'altro all'espansione del commercio internazionale». La Corte non specifica, tuttavia, se l'azione di ripetizione spetti al garante oppure al debitore principale, precisazione essenziale per stabilire la natura accessoria o autonoma della garanzia.

(6) L'espressione contratto autonomo di garanzia risulta dalla trasposizione nel nostro sistema della distinzione presente in Germania tra contratti di garanzia accessori e contratti di garanzia connotati dall'autonomia dal rapporto base e, come tali, idonei a fornire al beneficiario una garanzia più forte. La nascita e la teorizzazione del contratto autonomo di garanzia va ricondotta, com'è noto, al saggio di R. Stammler, *Der Garantievertrag.* Per una ricostruzione del pensiero di Stammler cfr. F. Nappi, *La garanzia autonoma. Profili sistematici*, Napoli, 1992, 22 ss.

rivalse, essendo inammissibile che attraverso la clausola di pagamento «a prima domanda» il creditore possa conseguire due volte la prestazione dovutagli: dal debitore garantito e dal fideiussore [7].

Tale impostazione è stata oggetto di numerose critiche: l'idea che l'autonomia debba essere intesa in senso relativo finisce per ridimensionare la reale portata della garanzia autonoma fino a rendere tale contratto un sottotipo legale della fideiussione.

Nella giurisprudenza successiva si assiste al tentativo di affermare in maniera più incisiva l'autonomia dell'obbligazione assunta dal garante, facendo riferimento agli elementi che caratterizzano il contratto autonomo di garanzia e che lo distinguono dalla fideiussione. In tal senso, particolare interesse rivestono le clausole di pagamento «a prima richiesta» e «senza eccezioni», considerate quali elementi che qualificano le garanzie autonome e che influiscono sulla disciplina delle azioni di rivalsa. Secondo tale impostazione le clausole «a prima richiesta» e «senza eccezioni» hanno la funzione di eliminare l'accessorietà e precludono al garante la possibilità di opporre le eccezioni tratte dal rapporto principale.

Le recenti pronunce in materia hanno rilevato che l'inserimento di siffatte clausole non attribuisce automaticamente al contratto autonomo di garanzia la qualifica di garanzia autonoma [8], potendosi ben trovare anche in un negozio fideiussorio, nel cui contesto avrebbero un'efficacia processuale equivalente al *solve et repete* di cui all'art. 1462 c.c.

La distinzione tra garanzia autonoma e garanzia accessoria, dunque, va desunta non già dalla pura e semplice utilizzazione delle clausole in esame, bensì dall'interpretazione del testo contrattuale, più precisamen-

---

[7] M. Lobuono, *I contratti di garanzia*, in *Tratt. dir. civ. del Cons. Naz. Not.*, dir. da Perlingieri, Napoli, 2007, 133 ss.

[8] Diversa opinione è espressa da Cass., 14 febbraio, 2007, n. 3257, in *Obbl. contr.*, 2008, II, 143, nota 16, secondo cui la clausola con la quale è espressamente prevista la possibilità per il creditore garantito, di esigere dal garante il pagamento immediato del credito «a semplice richiesta» o «senza eccezioni» ha portata derogatoria della disciplina della fideiussione. In particolare è stato ritenuto che «una clausola siffatta, inserita nel contratto di assicurazione fideiussoria o cauzionale, in quanto preclude al garante l'opponibiltà al beneficiario delle eccezioni spettanti al debitore principale ai sensi dell'art. 1945 c.c., risulta invero incompatibile con il principio di accessorietà che caratterizza la fideiussione e vale, per converso, a qualificare il negozio come contratto autonomo di garanzia». Nello stesso senso Cass., 6 aprile 1998, n. 3552, in *Giur. it.*, 1999, 502. La pattuizione della clausola di pagamento a prima richiesta, secondo un orientamento, comporterebbe automaticamente, anche se implicitamente, una deroga all'operare dell'art. 1957 c.c. In tal senso, Trib. Cagliari, 20 maggio 1994, in *Riv. giur. sarda*, 1996, 28, con nota di A. Sassi, *Chiose sulla natura giuridica della c.d. polizza fideiussoria e sull'operatività della deroga all'art. 1957 c.c.*

te dalla relazione che le parti hanno posto tra obbligazione principale e obbligazione di garanzia [9]. Si potrebbe, dunque, parlare di presunta autonomia, nel senso che spetta alle parti determinare il carattere autonomo della garanzia attraverso l'inserimento esplicito [10] di clausole idonee ad escludere un collegamento tra rapporto principale e rapporto di garanzia [11]. Pertanto, se in sede di interpretazione della volontà delle parti, accanto alla previsione di una clausola «a prima richiesta», non si evinca la contestuale rinuncia del garante di far valere eccezioni inerenti al rapporto principale, non si potrà parlare di contratto autonomo di garanzia, ma di fideiussione con clausola *solve et repete,* con la quale il fideiussore si obbliga a pagare senza eccepire alcunché, salva la possibilità di sollevare le relative eccezioni in un momento successivo ai fini della ripetizione dell'indebito.

Gli interpreti, nell'analizzare il tema delle garanzie autonome ed in particolare la questione relativa al significato e alla portata delle clausole «a prima richiesta» e «senza eccezioni», si trovano ad affrontare un quadro complesso e, a volte, contrastante che si riflette inevitabilmente sulle eccezioni opponibili dal garante in sede di escussione della garanzia e, dunque, sulla tutela dei soggetti.

3. Pur in presenza di un contratto autonomo, il garante può sempre opporre al beneficiario le eccezioni derivanti dal contratto di garanzia:

---

[9] F. Bonelli, *Le garanzie bancarie «a prima domanda»,* in Aa.Vv., *Le garanzie contrattuali. Fideiussione e contratti autonomi di garanzia nella prassi interna e nel commercio internazionale*, a cura di Draetta e Vaccà, Milano, 1994, 199 ss.; G.B. Portale, *o.c.*, 7 ss.

[10] Cass., 7 gennaio 2004, n. 52, in *Banca borsa tit. cred.*, 2004, II, 497, rileva che «gli elementi idonei a differenziare tali contratti dalla fideiussione devono essere necessariamente esplicitati nel contratto con l'impiego di specifiche clausole idonee ad indicare la esclusione della facoltà del garante di opporre al creditore eccezioni spettanti al debitore principale, ivi compresa l'estinzione del rapporto».

[11] Cfr. Cass., 17 gennaio 2008, n. 903, in *Juris data on line*, secondo cui «in tema di contratto autonomo di garanzia elemento caratterizzante, rispetto alla fideiussione, è l'assenza dell'accessorietà della garanzia rispetto all'obbligazione principale, secondo una relazione di autonomia che le parti debbono aver posto allorché risulti esclusa la facoltà del garante di opporre al creditore le eccezioni spettanti al debitore principale, in deroga alla regola di cui all'art. 1945 c.c., compresa l'estinzione del rapporto». Nella specie, la suprema Corte, confermando la sentenza impugnata, ha negato la decisività, quanto al predetto contratto, dell'impiego di formule come «a semplice richiesta» o «a prima richiesta del creditore», essendo sufficiente, per l'indipendenza dell'obbligazione di garanzia dall'obbligazione principale, la previsione in una polizza cauzionale, da un lato, dell'obbligo da parte della società assicuratrice di pagare entro trenta giorni dalla richiesta del beneficiario e per l'importo dal medesimo determinato in modo unilaterale sulla base della contabilità dell'appalto e, dall'altro, del previo avviso al debitore senza però che questi potesse vincolare il pagamento al proprio consenso né eccepire alcunché riguardo all'appalto.

le eccezioni letterali; le eccezioni attinenti all'invalidità od inefficacia del contratto di garanzia; le eccezioni dirette e personali [12].

Le eccezioni letterali attengono alla mancanza dei requisiti formali al momento dell'escussione della garanzia e consentono al garante di opporsi alla richiesta di pagamento del beneficiario. Si tratta, in sostanza, di quelle ipotesi in cui il pagamento non sia stato richiesto nelle forme e con le modalità, anche temporali, previste nel contratto di garanzia: diversità qualitativa o quantitativa del credito richiesto rispetto a quello coperto da garanzia; escussione intempestiva perché effettuata dopo la scadenza del termine di validità della garanzia; mancata presentazione da parte del creditore della documentazione richiesta; ecc.

Il garante prima di effettuare il pagamento, è legittimato, anzi tenuto, a verificare i presupposti formali della garanzia. Si tratta non di una facoltà, bensì di un obbligo poiché il garante è legato al debitore principale da un rapporto di mandato ed è quindi tenuto ad adempiere con diligenza e secondo buona fede.

Il garante può ovviamente far valere le eccezioni relative all'invalidità – ad es. nullità – del contratto di garanzia. Si tratta di ipotesi piuttosto infrequenti dal momento che il contratto in esame è generalmente utilizzato da operatori professionali che si avvalgono di modelli ampiamente collaudati e vagliati nei contenuti da operatori del diritto all'uopo incaricati della redazione anche per il tramite delle associazioni di categoria [13].

Infine il garante è legittimato ad opporre tutte le eccezioni legate ai rapporti personali con il creditore, compresa l'ipotesi di compensazione.

In tutte queste ipotesi il garante è tenuto a non pagare, per cui l'opposizione delle eccezioni esaminate costituisce una tutela preventiva per il garante.

4. Più problematica è la questione circa l'opponibilità al beneficiario delle eccezioni derivanti dal rapporto principale.

Secondo l'impostazione tradizionale, il garante è tenuto al pagamento in tutti i casi in cui la garanzia sia escussa conformemente alle norme che la regolano e, persino, quando l'obbligazione garantita sia invalida, la prestazione non dovuta o, addirittura, sia stata già adempiuta dal debitore principale [14]. Si ritiene, infatti, che il garante debba effettuare

---

[12] Sul punto vi è un'assoluta univocità di opinioni in dottrina e in giurisprudenza. Cfr. F. Bonelli, *Le garanzie bancarie a prima domanda,* cit., 78 ss.

[13] L. Ruggeri e S. Monticelli, *Garanzie personali*, in *Tratt. dir. civ. del Cons. Naz. Not.*, dir. da Perlingieri, Napoli, 2005, 251.

[14] F. Fezza, *Le garanzie atipiche*, Torino, 2006, 137.

il pagamento a vantaggio del beneficiario quando costui ne faccia semplice richiesta, senza che il garante possa opporre le eccezioni tratte dal rapporto negoziale intercorrente tra debitore principale e beneficiario, ovvero le eccezioni relative all'esistenza, validità di tale rapporto, al quale egli rimane del tutto estraneo. E ciò in considerazione dell'indipendenza, genetica e funzionale, dei due rapporti.

Questo particolare atteggiarsi della relazione tra rapporto di garanzia e rapporto garantito non poteva non sollevare problemi di non agevole soluzione.

Si tratta di capire in che modo si articola l'autonomia, vale a dire se essa debba essere intesa in senso assoluto – ossia assoluta indipendenza tra i due rapporti – ovvero in senso relativo. L'adesione all'una o all'altra posizione è rilevante ai fini della nostra indagine [15].

La dottrina cerca di risolvere il problema dell'articolazione dell'autonomia spostando l'attenzione sulla questione circa l'astrattezza o la causalità del contratto autonomo di garanzia.

L'opinione prevalente è propensa a considerare le garanzie autonome come contratti causali, caratterizzati dalla funzione di garanzia del rapporto principale idonea a giustificare l'obbligazione del garante[16]. Secondo tale impostazione, il rapporto di garanzia troverebbe la sua giustificazione in una causa esterna, ossia nel contratto principale richiamato in quello di garanzia [17]. Si ritiene che una *relatio* con un

---

[15] Si tratta infatti di individuare il giusto compromesso tra le conseguenze dell'autonomia, che costituisce l'elemento caratterizzante il contratto di garanzia in esame e che porterebbe a comprimere al massimo la possibilità di proporre eccezioni fondate sul rapporto principale, e l'esigenza di salvaguardare i tre seguenti elementi: a) la natura di rapporto giuridico di garanzia (pur se autonomo); b) la tutela del fondamentale principio di buona fede, con la conseguenza che al garante deve ritenersi consentito opporre l'esecuzione fraudolenta o abusiva del contratto di garanzia c) l'impossibilità di giungere a garantire (e quindi indirettamente a tutelare) risultati che l'ordinamento vieta; con la conseguenza che al garante deve ritenersi consentito opporre la nullità del contratto per contrarietà a norme imperative o per illiceità della sua causa.

[16] La giurisprudenza e la dottrina formatesi in materia di contratti autonomi di garanzia, tendono ad esaltare il ruolo causale dell'interesse che muove un soggetto a rilasciare la garanzia, anche in forme autonome e senza alcun corrispettivo. In tal senso, cfr. A. Sassi, *La c.d. polizza fideiussoria fra fideiussione, assicurazione e contratto autonomo di garanzia,* in questa *Rivista,* 1996, 110 ss.

[17] G.B. Portale, *Fideiussione e «Garantievertrag» nella prassi bancaria*, in *Le operazioni bancarie* a cura di Portale, II, Milano, 1978, 1044 ss. L'A. sostiene che, nel contratto autonomo di garanzia, non si farebbe menzione del fondamento della prestazione, ossia del rapporto obbligatorio garantito, con la conseguenza che, per la validità del contratto, sarebbe sufficiente dichiararne lo scopo che le parti hanno inteso raggiungere e l'invalidità dell'attribuzione patrimoniale non determinerebbe la nullità del contratto, legittimando esclusivamente una ripetizione di indebito. Secondo un'altra autorevole dottrina, il contratto autonomo di garanzia avrebbe

quid esterno sia insito al concetto stesso di garanzia. Sembra, infatti, difficile ipotizzare che la funzione di garanzia possa essere assolta se non rispetto ad un rapporto che debba essere garantito [18].

Il contratto autonomo di garanzia, dunque, non può dirsi astratto, giacché la causa risiederebbe sempre nella copertura del rischio di inadempimento [19].

La Suprema Corte, in una recente sentenza [20], argomentando rispetto al motivo del ricorso, nega la natura astratta del contratto autonomo di garanzia, individuandone la causa specifica nella «*copertura del rischio connesso all'oggettivo inadempimento del rapporto di riferimento*». La Corte, dunque, riconosce la natura causale del contratto autonomo di garanzia e ne individua il presupposto causale esterno nell'inadempimento del debito principale.

La Corte rileva, infatti, che il pagamento debba essere comunque rifiutato ogni qual volta il presupposto causale della garanzia venga meno, ad esempio per «*avvenuto adempimento o altre ragioni*»[21].

Se la pronuncia in esame ha il merito di avere risolto la questione circa l'astrattezza o causalità del contratto autonomo di garanzia, pone, al tempo stesso, il problema di individuare i limiti in cui quanto attiene al rapporto base possa ripercuotersi sul rapporto garantito.

Aderire alla ricostruzione della Cassazione circa la causalità del contratto autonomo di garanzia significa asserire che esso abbia una causa esterna ravvisabile nella funzione di garantire il rapporto di valuta. Allo stesso tempo, ravvisare la causa del contratto autonomo di garanzia nella funzione di garantire il rapporto di valuta è, però, inconciliabile con una supposta autonomia del rapporto di garanzia dal rapporto principale[22], poiché ne confermerebbe il collegamento teleologico e funzionale con il rapporto base.

Il dubbio di un legame tra rapporto principale e rapporto di garanzia è

---

una doppia causa, una relativa ai rapporti garante e creditore e l'altra relativa ai rapporti garante e debitore: così C.M. Bianca, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 1994, 517.

[18] F. Fezza, *o.c.*, 137.

[19] G.B. Portale, *Le garanzie bancarie internazionali*, cit., 9; F. Bonelli, *Le garanzie bancarie a prima richiesta nel commercio internazionale,* Milano, 1991, 144; Cass., 6 ottobre 1989, n. 4006, in *Giur. comm.*, 1990, II, 725. Conf. Cass., 20 agosto 1998, n. 8248, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 1739.

[20] Cass., 16 novembre 2007, n. 23786, in *Giur. civ. comm.*, 2008, II, 742, con commento di A. Bertolini.

[21] La suprema Corte si discosta da precedenti orientamenti ben più restrittivi in cui la sola nullità per contrarietà a norme imperative, o per illiceità della causa era considerata inficiare la garanzia.

[22] L. Ruggeri e S. Monticelli, *Garanzie personali,* cit., 226.

sollevato, inoltre, dalla circostanza che ai fini della validità del contratto autonomo di garanzia è necessario il riferimento esplicito nel testo della garanzia del contratto corrente tra il beneficiario e l'ordinante. Il richiamo esplicito nel contratto di garanzia del rapporto di valuta legittima il dubbio che esso possa legare, sotto il profilo causale, il contratto di garanzia con il contratto base con le relative conseguenze in ordine al regime delle eccezioni opponibili al beneficiario [23].

La Corte [24] torna nuovamente sulla questione delle eccezioni e afferma che: «il contratto autonomo di garanzia, sebbene autonomo, ha pur sempre la funzione di garantire l'adempimento di un diverso contratto». Ribadisce, inoltre, che: «le principali eccezioni opponibili dal garante al beneficiario sono: eccezione di inesistenza del contratto; nullità per contrarietà a norme imperative o illiceità della causa; esecuzione fraudolenta o abusiva».

Il divieto del garante di sollevare eccezioni riguardanti l'invalidità del contratto principale deve subire una sicura deroga nei casi in cui lo stesso sia nullo per illiceità della causa o per violazione a norme imperative o per escussione abusiva o fraudolenta [25].

Tale orientamento conferma la tesi di chi ravvisa la causa del contratto autonomo di garanzia nella funzione di garantire il rapporto di valuta (presupposto causale esterno). Solo così, infatti, è possibile sostenere che l'illiceità della causa del contratto principale si comunica al contratto di garanzia [26] con la conseguente possibilità per il garante di opporre la relativa eccezione al beneficiario [27].

5. Effettuato il pagamento, l'ordinamento giuridico prevede stru-

---

[23] L. Ruggeri e S. Monticelli, *o.c.*, 214.

[24] Cfr. Cass., 24 aprile 2008, n. 10652, in *Juris data on line.*

[25] Deve ritenersi sostanzialmente abbandonata la tesi che esclude totalmente la possibilità al garante di sollevare eccezioni attinenti al rapporto principale. Cfr. tra le altre Cass.,14 dicembre 2007, n. 26262, in *Juris data on line*; Cass., 19 novembre 2007, n. 23922, *ivi*; Cass., 19 giugno 2001, n. 8324, in *Banca borsa tit. cred.*, 2002, II, 654.

[26] L. Ruggeri e S. Monticelli, *o.c.*, 226.

[27] Cfr. Cass., 14 febbraio 2007, n. 3277, in *Juris data on line*. La Corte afferma che, nel caso in cui il garante assuma l'impegno di pagare una determinata somma di denaro in favore del beneficiario della garanzia per il solo fatto che tale soggetto, allegando l'inadempimento dell'obbligazione principale, ne faccia richiesta, egli rinunzia ad opporre eccezioni inerenti al rapporto che lega il debitore principale al beneficiario della garanzia. Siffatto principio incontra, tuttavia, una prima eccezione costituita dall'escussione fraudolenta o abusiva, a fronte della quale il garante può e deve opporre la *exceptio doli*. Una seconda deroga è costituita dal caso in cui l'eccezione sia fondata sulla nullità del contratto principale per contrarietà a norme imperative o per illiceità della causa. In questa ultima ipotesi in cui, con il secondo contratto si intende assicurare il risultato che l'ordinamento vieta, l'invalidità del contratto si comunica al contratto di garanzia, rendendo la sua causa illecita.

menti di tutela successiva di cui il garante può avvalersi per recuperare quanto pagato: la rivalsa nei confronti del debitore principale e la *condictio indebiti*.

Per quanto riguarda l'azione di rivalsa, il garante che, a seguito dell'escussione, abbia pagato la somma richiesta al beneficiario, ha diritto di rivalersi sull'ordinante, salvo che il pagamento della garanzia sia derivato da negligente esecuzione dell'incarico da parte del garante il quale abbia pagato nonostante una richiesta irregolare o la consapevolezza di un'escussione abusiva, dal momento che egli ha l'obbligo di sollevare l'*exceptio doli*. Non è, infatti, ammessa l'azione di rivalsa nel caso in cui il garante non abbia, consapevolmente, sollevato la relativa eccezione.

Se invece l'inesistenza dei presupposti per l'operatività della garanzia siano emersi in un secondo momento, oppure se la tutela cautelare volta a paralizzare l'escussione della garanzia non sia stata invocata o concessa con sufficiente tempestività, il garante potrà recuperare le somme indebitamente pagate mediante l'esercizio dell'azione di ripetizione. Al riguardo, il problema di maggiore rilievo concerne l'individuazione del soggetto legittimato attivamente all'esercizio di tale azione a seconda che la garanzia sia accessoria o autonoma.

Se la garanzia ha natura accessoria, anche se dotata di clausola «a prima richiesta», la *condictio indebiti* spetterà al garante che abbia eseguito il pagamento nei confronti del beneficiario [28]. In tal caso la clausola opera alla stregua di una *solve et repete*, implicando che dopo l'avvenuto pagamento il garante potrà agire in ripetizione verso il beneficiario, facendo valere tutti i diritti spettanti al debitore principale in virtù del rapporto principale.

Se la garanzia è autonoma, la *condictio indebiti* spetterà all'ordinante che abbia subito la rivalsa dal garante.

La nostra giurisprudenza valorizza questo sistema di rivalsa per desumerne che il rapporto di garanzia sarebbe collegato a quello principale: «l'autonomia di tale contratto, rispetto al negozio principale, non è assoluta ma relativa, essendo possibile, in caso di pagamento non dovuto, il riequilibrio delle diverse posizioni contrattuali attraverso il sistema di regresso» [29].

Secondo parte della dottrina, l'azione esperibile dal garante nei confronti del debitore principale non sarebbe propriamente un'azione di regresso, come quella che compete al fideiussore *ex* art. 1950 c.c., ma si tratterebbe di un'*actio mandati contraria* [30].

---

[28] L. Ruggeri e S. Monticelli, *Garanzie personali,* cit., 285.

[29] Cass., 1 ottobre 1999, n. 10864, in *Contratti*, 2000, II, 139; Trib. Torino, 27 settembre 2003, in *Giur. merito,* 2004, I, 280.

[30] Cfr. E. Navarretta, *Causalità e sanzione degli abusi nel contratto autonomo di garanzia,* in *Contr. impr.,* 1991, 290; è stato rilevato che qualora tra garante e

6. Le forme di tutela concesse all'ordinante hanno la finalità di evitare che il garante paghi nonostante la sussistenza di eccezioni legittimamente opponibili ed essere, poi, soggetto alle richieste dello stesso di restituzione della somma pagata [31]. Dal punto di vista sostanziale, dunque, questi mezzi di tutela possono essere utilizzati tutte le volte in cui sono le stesse situazioni che potrebbero consentire di non pagare (quindi i presupposti della garanzia, la validità della garanzia e l'*exceptio doli*). In tutte queste ipotesi il debitore, a fronte della disponibilità del garante di effettuare prontamente il pagamento, può chiedere un provvedimento giurisdizionale .

Vi è concordia nel ritenere ammissibile un provvedimento d'urgenza *ex* art. 700 c.p.c. [32] proposta dall'ordinante nei confronti del garante che inibisca il pagamento della garanzia autonoma o la rivalsa del garante nei confronti dell'ordinante in caso di escussione fraudolenta o dolosa da parte del beneficiario in presenza di prove liquide dalle quali risulti in modo evidente, certo e incontestabile, l'escussione fraudolenta.

L'ordinante, dunque, è legittimato a richiedere un provvedimento d'urgenza *ex* art. 700 c.p.c. che vieti alla banca di rivalersi in modo automatico nei suoi confronti una volta effettuato il pagamento [33], poiché il pregiudizio non deriva dall'adempimento della garanzia da parte della

---

debitore principale sussista un contratto di mandato, il primo è legittimato a rivalersi sul secondo per il recupero delle somme erogate a titolo di garanzia. In questo caso, il regresso del garante nei confronti del debitore si traduce nell'esercizio dell'*actio mandati contraria* prevista dall'art. 1719 c.c., secondo cui il mandante deve rimborsare al mandatario le anticipazioni, con gli interessi legali dal giorno in cui sono state fatte e corrispondergli il compenso.

[31] Le banche potrebbero avere interesse a restare estranee alle liti tra debitore e beneficiario e ad adempiere l'obbligazione che hanno assunto, soprattutto quando è stata contratta con corrispondenti estere e ciò al fine di non compromettere la loro reputazione e per non correre il rischio di essere estromesse dal circuito dei grandi affari internazionali. La banca, dunque, a tutela del proprio *credit standing*, può scegliere di pagare in ogni caso, avendo la possibilità di rivalersi sull'ordinante, addebitando automaticamente e immediatamente il suo conto.

[32] M. Cuccovillo, *Garanzie autonome, «prova liquida» e inibitoria di pagamento,* in *Nuova giur. civ. comm.,* 2006, II, 103 ss.; L. Laudisa, *Garanzia autonoma e tutela giurisdizionale,* Milano, 1993, 28 ss.

[33] Cfr. Trib. Torino, 29 agosto 2002, in *Giur. it.,* 2003, 520, con nota di Spiotta; Trib. Genova, 24 settembre 2001, in *Giur. it.,* 2002, 744, con nota di Poggio; Cass., 2 luglio 1986, in *Banca borsa e tit. cred.,* 1987, II, 59; L. Laudisa, *Garanzia autonoma e tutela giurisdizionale,* cit., 35; D. Chindemi, *I contratti autonomi di garanzia e altre garanzie personali atipiche in materia bancaria e assicurativa,* in *Nuova giur. civ. comm.,* 1994, II, 339; F. Tommaseo, *Autonomia negoziale e tutela giurisdizionale nei rapporti di garanzia a prima richiesta,* in *Studi in onore di V. Denti,* Padova, 1994, II, 12.

banca quanto, piuttosto, dalla successiva azione di rivalsa promossa da quest'ultima nei confronti dell'ordinante o dall'addebito automatico della somma pagata effettuato dalla banca sul conto del cliente ordinante. Il provvedimento di inibitoria indurrà la banca a valutare con estrema cautela l'opportunità di onorare o meno la garanzia la cui escussione si presenta abusiva [34], anche se la banca non è obbligata da tale provvedimento ad opporre l'*exceptio doli* al beneficiario [35].

Tra le clausole che disciplinano i rapporti tra ordinante e garante e tra quest'ultimo e il beneficiario, forti dubbi ha manifestato la dottrina in ordine alla validità dei patti di preventiva rinuncia all'azione inibitoria che obbligano al pagamento nonostante vi sia un ordine giudiziale di "blocco" della garanzia. Queste clausole sono da ritenersi nulle per contrarietà all'ordine pubblico dal momento che esse costituirebbero una rinuncia preventiva inammissibile al diritto inderogabile alla tutela giurisdizionale[36]; inoltre, la mancata esecuzione di ordini giurisdizionali è sanzionata penalmente [37].

Altra questione è quella relativa alla possibilità di chiedere un sequestro conservativo del credito vantato dal beneficiario nei confronti del garante.

È da ritenersi inammissibile la possibilità per l'ordinante di difendersi contro l'escussione abusiva o fraudolenta chiedendo un sequestro conservativo. La ragione risiede nella considerazione dell'assenza di un credito attuale dell'ordinante nei confronti del beneficiario al momento della proposizione della domanda, poiché il diritto di credito in favore dell'ordinante sorgerà successivamente al pagamento del garante dell'importo dedotto nella garanzia laddove si dimostri l'illegittimità dell'escussione di essa, ed una volta che detto pagamento sia stato

---

[34] L. Ruggeri e S. Monticelli, *Garanzie bancarie,* cit., 271.

[35] L. Pontiroli, *Spunti critici e profili ricostruttivi per lo studio delle garanzie bancarie a prima richiesta,* in *Contr. impr.,* 1989, 1048. Il comportamento della banca garante è fortemente influenzato da considerazioni anche commerciali che possono indurre la banca a pagare nonostante che nei suoi confronti il debitore abbia ottenuto un provvedimento di inibitoria della rivalsa o del conteggio automatico del pagamento sul conto. La banca, infatti, ha interesse a non incrinare, resistendo all'escussione, il proprio *standing* nazionale e internazionale.

[36] F. Bonelli, *Escussione abusiva delle garanzie bancarie a prima domanda,* in *Dir. comm. internaz.,* 1988, 140; A. Giusti, *La fideiussione e il mandato di credito,* in *Tratt. dir. civ. comm.,* dir. da Cicu e Messineo, cont. da Mengoni, Milano, 1998, 354.

[37] Da altri si è detto che l'operatività di questi patti è subordinata al rispetto, da parte dei contraenti, della buona fede e della correttezza nella esecuzione del contratto, sicché essa viene meno di fronte al ricorso in mala fede alla garanzia da parte del beneficiario. Cfr. F. Benatti, *Il contratto autonomo di garanzia,* in *Banca borsa tit. cred.,* 1982, I, 185 nt. 10.

conteggiato all'ordinante o addebitato in conseguenza della rivalsa esercitata dalla banca [38].

7. Infine, l'ordinamento giuridico mette a disposizione dell'ordinante lo strumento di tutela successiva rappresentato dall'azione di ripetizione dell'indebito [39], azionabile quando il garante abbia effettuato il pagamento nei confronti del beneficiario, pur non essendo dovuto per motivi attinenti al rapporto principale e, successivamente, il debitore principale abbia restituito la somma al garante. In questa ipotesi il debitore principale potrà agire in ripetizione verso il beneficiario per la restituzione della somma indebitamente ricevuta dal garante.

È da sottolineare che la legittimazione all'azione di ripetizione sarà diversa a seconda che la garanzia sia accessoria o autonoma. Se accessoria, anche se dotata di clausola «a prima richiesta», la *condictio indebiti* spetterà al garante che abbia eseguito il pagamento non dovuto al beneficiario. In questo caso la clausola «a prima richiesta» si risolve in un patto di *solve et repete*, implicando soltanto che «dopo l'avvenuto pagamento da parte del garante, quest'ultimo possa agire in ripetizione verso il beneficiario, facendo valere tutti i diritti spettanti al debitore in base al rapporto principale» [40].

Diversamente, se la garanzia è autonoma la *condictio indebiti* spetterà all'ordinante che abbia subito la rivalsa dal garante e non a quest'ultimo che abbia effettuato il pagamento, in quanto il garante, sebbene abbia effettuato un pagamento non dovuto al beneficiario, era tenuto, in virtù dell'autonomia dell'obbligazione di garanzia, ad adempiere a seguito della richiesta rivoltagli dal beneficiario.

La mancanza di accessorietà della garanzia prestata comporta che la *condictio indebiti* spetti all'ordinante che abbia subito la rivalsa dalla banca-garante e non da quest'ultima che abbia effettuato il pagamento in favore del beneficiario.

Tuttavia l'operatività di tale regola risulta influenzata dalle circo-

---

[38] Prima di tali accadimenti il credito di cui si invocherebbe il sequestro non esiste né l'istante si presenta al giudice in veste di creditore, da qui la inconcepibilità della misura cautelare in questione per un diritto non solo non attuale ma del quale l'ordinante intende impedire la nascita. Cfr. L. Ruggeri e S. Monticelli, *Garanzie personali,* cit., 277.

[39] A. Sassi, *Le condizioni generali uniformi relative alle fideiussioni* omnibus, in *Banca borsa tit. cred.,* 1990, II, 805-822. La condotta della banca dovrà comunque ispirarsi a criteri di massima correttezza. Se il pagamento non andava per qualunque motivo effettuato, il fideiussore avrà diritto non solo alla ripetizione di ciò che ha indebitamente pagato con i relativi interessi dal giorno del pagamento, ma anche all'eventuale risarcimento del danno ulteriormente subito.

[40] L. Ruggeri e S. Monticelli, *o.c.*, 284.

stanze in cui è avvenuto l'adempimento del garante [41]. Nell'ipotesi di escussione abusiva della garanzia da parte del beneficiario, il garante ha l'obbligo di opporre l'*exceptio doli* nei confronti del beneficiario, in esecuzione del suo dovere di protezione nei confronti dell'ordinante; ove la banca dovesse comunque provvedere al pagamento, si priverebbe della possibilità di agire in rivalsa nei confronti del debitore. In tale ipotesi, dunque, la restituzione delle somme indebitamente versate dovrebbe essere richiesta dal garante nei confronti del beneficiario.

Allo stesso modo, nel caso in cui la banca avrebbe potuto evitare il pagamento opponendo al beneficiario un'eccezione letterale relativa alla mancanza di requisiti formali, dunque un pagamento non dovuto, sarà la banca, non già l'ordinante, a ripetere nei confronti del beneficiario il pagamento effettuato.

8. Il tema delle eccezioni opponibili dal garante al beneficiario trova un'ulteriore problematica nell'ipotesi di escussione fraudolenta o abusiva della garanzia e nel relativo strumento di tutela: l'*exceptio doli generalis.*

Nella giurisprudenza immediatamente successiva all'entrata in vigore del codice civile prevaleva un atteggiamento di chiusura verso l'*exceptio doli generalis* [42]. Le sentenze più recenti, invece, registrano un orientamento indubbiamente favorevole all'istituto e si può senz'altro affermare che oggi il dibattito sull'ammissibilità in generale dell'istituto nel nostro ordinamento è chiuso.

La giurisprudenza italiana ammette, ormai da qualche decennio, che il garante possa rifiutare di pagare, opponendo l'*exceptio doli generalis*, allorché l'escussione della garanzia sia fraudolenta, ossia configgente con il generico dovere di comportarsi secondo i canoni della correttezza [43].

L'escussione è abusiva nel caso in cui il debitore abbia già correttamente eseguito l'obbligazione principale [44], quando l'inadempimento dell'obbligazione garantita non è imputabile in maniera evidente al debitore o se è riconducibile alla condotta del beneficiario [45]; quando l'escussione della garanzia avvenga per uno scopo diverso rispetto a

---

[41] M. Lobuono, *I contratti di garanzia,* cit., 162 ss; L. Ruggeri e S. Monticelli, *o.c.*, 284; Cass., 26 giugno 1990, n. 6499, in *Giur. it.,* 1991, I, 446.

[42] Cass., 16 febbraio 1963, n. 357, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 1328, «un comportamento contrario ai doveri di lealtà, di correttezza e di solidarietà sociale non può essere reputato illegittimo e colposo, né può essere fonte di responsabilità per danni quando non concreti la violazione di un diritto altrui già riconosciuto in base ad altre norme».

[43] Cfr., Cass., 19 giugno 2001, n. 8324, in *Banca borsa tit. cred.,* 2002, II, 653.

[44] Trib. Roma, 26 marzo 2001, in *Riv. dir. comm.*, 2001, II, 141.

[45] Trib. Milano, 22 luglio 1994, in *Giur. it.*, 1996, II, 60.

quello per cui essa era stata concessa, ad esempio per ottenere una proroga della stessa; quando l'inesistenza del credito è confermata dalla prova documentale. Normalmente si tratta di circostanze sopravvenute rispetto alla conclusione del contratto autonomo di garanzia, ma non è da escludere che possano verificarsi anche circostanze concomitanti o persino preesistenti a tale conclusione, tra le quali sarebbe da ricomprendere, secondo alcuni autori, anche l'invalidità dello stesso contratto da cui trae origine il debito garantito [46].

L'eventualità che tale comportamento possa tradursi in un'ingiusta locupletazione del beneficiario, non è giudicata in maniera uniforme in ambito internazionale [47]. Vi è, infatti, chi evidenzia come tale situazione costituisca un inconveniente tanto inevitabile quanto indispensabile per beneficiare dei vantaggi collegati al tipo di garanzie in esame [48]. A questo orientamento si contrappone quello, ormai dominante, che riconosce in tale condotta del beneficiario un uso aberrante dell'istituto [49], rispetto al quale è necessario ricercare, all'interno dell'ordinamento giuridico, gli opportuni strumenti di reazione.

Nell'ambito del diritto interno si è tentato di individuare la legittimità del rifiuto, opposto dal garante alla richiesta di pagamento, nel difetto di causa dell'attribuzione patrimoniale: partendo dal fondamento causale dell'obbligazione di garanzia nell'interesse oggettivo del beneficiario, se ne è desunta l'assenza di ogni giustificazione quando tale interesse sia stato già soddisfatto o non possa più esserlo per motivi non imputabili allo stesso creditore [50].

Maggiori consensi ha accolto l'opinione che individua i motivi di illiceità dell'escussione abusiva sul piano degli effetti della garanzia: l'escussione abusiva si traduce in violazione dell'obbligo di buona fede *in executivis* [51], che legittima il garante a rifiutare il pagamento opponendo l'*exceptio doli,* considerato lo strumento più adeguato per inibire gli effetti di un ricorso fraudolento o abusivo della garanzia autonoma.

In entrambi i casi, comunque, l'escussione abusiva si presenta

---

[46] L. Garofalo, *L'eccezione di dolo generale,* Padova, 2006, 149.

[47] F. Fezza, *Le garanzie personali atipiche,* cit., 220 ss.

[48] V. Spano, *Garanzie bancarie internazionali ed exceptio doli,* in *Banche banchieri,* 1987, 55 ss., che esclude l'ammissibilità dell'eccezione di dolo.

[49] A. Calderale e G. Tucci, *Clausola di pagamento a prima richiesta e buona fede,* in Aa.Vv., *Fideiussione* ominibus *e buona fede,* a cura di Munari, Milano, 1990, 137 ss.

[50] F. Fezza, *Le garanzie personali atipiche,* cit., 221.

[51] F. Mastropaolo, *I contratti autonomi di garanzia,* cit., 374, precisa che proprio il contratto autonomo di garanzia costituisce fonte dell'obbligo del beneficiario nei confronti del garante di eseguire il contratto nel rispetto della buona fede e rende, conseguentemente, illegittime le pretese avanzate dal beneficiario in assenza dei presupposti previsti dal contratto per l'operatività della garanzia.

come un limite all'autonomia dell'obbligazione di garanzia, in quanto entrambe le valutazione affondano le proprie radici nella disciplina del rapporto principale che quindi, seppur eccezionalmente, finisce per influenzare la disciplina del rapporto di garanzia [52]. Non a caso l'abusività dell'escussione costituisce, per i giudici italiani e stranieri, la strada principale per legittimare il garante e l'ordinante ad opporre quelle eccezioni relative al rapporto principale normalmente precluse nelle garanzie autonome.

Il rifiuto del pagamento da parte del garante, nel caso di escussione abusiva, non costituisce una facoltà, bensì un dovere [53] poiché, in virtù degli artt. 1170, 1175 e 1375 c.c., il garante deve eseguire con diligenza e correttezza il mandato conferitogli dall'ordinante. Ne discende un obbligo di protezione nei confronti del mandante [54]. Tale obbligo può variamente sostanziarsi: dovere di dare puntuale avviso della richiesta di escussione della garanzia al debitore principale, affinché questi possa fornire al garante la prova per un'eventuale opposizione di eccezione di dolo [55] e possa tempestivamente adottare i provvedimenti idonei a

---

[52] F. Fezza, *o.c*, 222.

[53] Cfr. Cass., 17 marzo 2006, n. 5997, in *Foro it.*, 2006, 26, secondo la quale «nelle garanzie autonome, l'assunzione da parte del garante dell'impegno di effettuare il pagamento a semplice richiesta del beneficiario della garanzia e la sua rinunzia ad opporre le eccezioni inerenti al rapporto principale, ivi comprese quelle relative all'invalidità del contratto da cui tale rapporto deriva, a meno che non siano fondate sulla nullità per contrarietà a norme imperative o per illiceità della causa, non escludono l'operatività del principio della buona fede, quale fonte integrativa degli effetti degli atti di autonomia privata, in virtù della quale deve ritenersi giustificato il rifiuto del pagamento, qualora esistano prove evidenti del carattere fraudolento (o anche solo abusivo) della richiesta del beneficiario; tale rifiuto non rappresenta una mera facoltà, ma un dovere del garante, il quale è legato al debitore principale da un rapporto di mandato, che è tenuto ad adempiere con diligenza e secondo buona fede, con la conseguenza che l'accoglimento della richiesta di pagamento avanzata dal beneficiario in presenza di prove evidenti della sua pretestuosità preclude al garante la possibilità di agire in rivalsa nei confronti del debitore principale».

[54] Trib. Torino, 27 settembre 2003, in *Juris data on line,* «qualora il garante sia un istituto di credito, la facoltà di opporre la *exceptio doli* per rifiutare il pagamento costituisce non solo un diritto, ma anche un dovere; la banca, infatti, in virtù del rapporto di mandato che lo lega al proprio cliente, ha un preciso obbligo di protezione – riconducibile all'art. 1170 c.c. – che lo vincola a rifiutare il pagamento della garanzia quando sia in possesso di prove documentali o di pronta soluzione di abusi da parte del beneficiario; e l'abuso ricorre, all'evidenza, quando il beneficiario intenda escutere la fideiussione nonostante l'adempimento dell'obbligazione garantita. Se dunque la banca, pure in possesso della prova del dolo del beneficiario, paga l'importo garantito, perde il diritto di regresso verso il proprio ordinante».

[55] Poiché difficilmente il garante è in grado di riconoscere da se la fraudolenza della escussione, sarà il debitore ordinante, una volta avvisato dal garante dell'escussione della garanzia, a dover fornire a quest'ultimo le prove liquide necessarie per respingere le ingiustificate pretese del beneficiario.

propria tutela; verificare l'esistenza dei presupposti indispensabili per fare opposizione all'escussione della garanzia e negare, in caso positivo, il pagamento della somma richiesta, anche instaurando un procedimento cautelare che blocchi l'escussione della garanzia.

A diverse soluzioni perviene chi nega tale l'obbligatorietà [56] in considerazione del fatto che la banca potrebbe avere interesse a pagare, nonostante l'abusività dell'escussione, per mantenere il proprio *credit standing*: essa potrebbe adempiere provvisoriamente con fondi propri rinunciando al successivo addebito nei confronti dell'ordinante [57]. A tale tesi si è replicato ribadendo l'essenzialità del dovere di protezione e che tale dovere ha per contenuto di non provvedere al pagamento della garanzia a carico del mandante e non già di impedire in modo assoluto qualsiasi pagamento [58], essendo difficile affermare l'esclusione del dovere di protezione e, contestualmente, la perdita della possibilità di "contabilizzare" all'ordinante le somme corrisposte dalla banca in presenza di escussione abusiva.

Nel caso di mancato rifiuto di pagamento della garanzia in presenza di circostanze che l'avrebbero legittimato, il garante perde il diritto di rivalersi nei confronti del debitore principale. In sostanza, per effetto della mancata opposizione dell'*exceptio doli*, alla banca non resterebbe che agire nei confronti del beneficiario per ripetere quanto indebitamente versato, oltre alla possibilità di chiedere eventualmente il risarcimento del danno [59].

In assenza di una disciplina relativa all'eccezione di dolo, in dottrina non vi è concordia sulla concezione di dolo che giustificherebbe l'opposizione dell'eccezione in parola [60]. Si discute se basti a qualificare l'escussione abusiva la mera consapevolezza di non avere diritto al pagamento,

---

[56] C. Angelici, *In Tema di contratto autonomo di garanzia,* in *Banca borsa tit. cred.,*1983, II, 113 ss., esclude l'esistenza di doveri di protezione del garante nei confronti dell'ordinante. Secondo l'autore, il pregiudizio subito dal debitore non deriverebbe dal pagamento della banca, bensì dalla successiva rivalsa o dall'addebito a carico dell'ordinante. Inoltre, spetterebbe alla banca valutare se adempiere la prestazione di garanzia, anche nel caso di escussione fraudolenta.

[57] D. Loiacono, *La tutela cautelare dell'ordinante nelle garanzie bancarie autonome: recenti tendenze,* in *Banca borsa tit. cred*., 1986, II, 437 ss.

[58] M. Lobuono, *I contratti di garanzia,* cit., 152.

[59] A. Sassi, *Le condizioni generali uniformi relative alle fideiussioni* omnibus, cit., 815.

[60] L. Pontiroli, *Le garanzie autonome ed il rischio del creditore*, cit., 74, afferma che ricorre l'abuso manifesto «quando l'escussione del garante viola in misura evidente l'assetto di interessi divisato nel contratto tra ordinante e beneficiario», intendendo con ciò che l'escussione abusiva sussiste indipendentemente dallo stato soggettivo del beneficiario.

oppure se sia necessaria l'intenzione di conseguire un vantaggio ingiusto. Si nota, dunque, una divisione tra chi sostiene la nozione soggettiva di dolo [61], secondo la quale esso consisterebbe in una frode attuata mediante l'escussione della garanzia con la consapevolezza di ottenere un ingiusto profitto, e chi ne sostiene la nozione oggettiva [62], secondo la quale il dolo consisterebbe anche in una semplice scorrettezza o mala fede che possa condurre ad un vantaggio ingiustificato per il creditore.

È da preferire l'opinione di chi individua nella semplice mala fede del beneficiario, intesa come consapevolezza di perpetrare un abuso [63] in assenza del dritto al pagamento del garante, l'elemento che caratterizza l'escussione abusiva, a prescindere da ogni indagine sugli stati soggettivi dell'agente.

La fraudolenza o la dolosità dell'escussione, dunque, non devono concretarsi necessariamente in artifici o raggiri aventi attitudine ingannatoria, o nell'intenzione di nuocere, ma semplicemente in un uso distorto del diritto (appunto, in un abuso) al fine di ottenere un'indebita locupletazione [64].

Al fine di impedire un uso indiscriminato dell'eccezione di dolo, tale da pregiudicare gli obiettivi perseguiti con l'impiego delle garanzie autonome, in particolare quello della sicurezza dei traffici commerciali internazionali, si pongono dei limiti all'opponibilità dell'eccezione.

Il divieto nei confronti del beneficiario di abusare della garanzia deve essere contemperato con l'immediata verifica del carattere fraudolento della richiesta. A tal fine si afferma che l'*exceptio doli* può essere opposta solo se assistita da riscontri probatori evidenti, le cc.dd. "prove liquide", ossia deve risultare chiaro ed evidente, senza bisogno di difficili ricerche, analisi e complesse istruttorie, la fondatezza delle contestazioni.

Si esclude, cioè, che il comportamento illegittimo del beneficiario possa essere dimostrato in giudizio mediante il ricorso ad una istrutto-

---

[61] M. Viale, *I contratti autonomi di garanzia,* in *I contratti in generale,* diretto da Alpa e Bessone, Torino, 1991, 195.

[62] F. Mastropaolo, *I contratti autonomi di garanzia,* cit., 378 e 385; R. De Nictolis, *Nuove garanzie personali e reali,* Padova, 1998, 125; L. Laudisa, *Garanzia autonoma e tutela giurisdizionale,* cit., 23; F. Bonelli, *Le garanzie bancarie a prima richiesta nel commercio internazionale*, cit., 136.

[63] F. Mastropaolo, *o.c.*, 385 ss., puntualizza che la consapevolezza dell'abuso, e quindi la malafede del beneficiario, può mancare quando la frode provenga da terzi ed egli non ne sia a conoscenza e porta ad esempio il caso *United City Merchants vs. Royal Bank of Canada*, in cui i giudici di merito non ritennero fondata l'*exceptio doli* proposta dalla banca garante in conseguenza della frode proveniente da un terzo e di cui il beneficiario non era a conoscenza: la decisione, modificata in secondo grado, fu poi riconfermata dalla *House of Lords*.

[64] F. Mastropaolo, *I contratti autonomi di garanzia,* cit., 385 ss.

ria complessa, che richieda l'acquisizione di prove costituende o lunghe indagini.

Anche quando il giudice debba decidere l'emissione di un provvedimento d'urgenza *ex* art. 700 c.p.c. che blocchi l'abusiva escussione, la cognizione sommaria attraverso cui procede la delibazione del *fumus boni iuris,* non può prescindere dal riscontro di prove pronte e sicure [65].

Resta ora da capire quali caratteristiche debba possedere la prova liquida atta a sorreggere l'*exceptio doli*.

La maggioranza degli autori [66] ritiene che sia prova liquida quella idonea a convincere immediatamente il giudice del carattere abusivo dell'escussione, senza necessità di ricorrere ad accertamenti complessi. In questo senso costituirebbe prova liquida quella documentale e, più in generale, la prova precostituita in giudizio e non le prove costituende: testimonianze, presunzioni, dichiarazioni, perizie di parte [67]. Per prova «pronta e liquida», dunque, è da intendersi una prova di sicura ed immediata interpretazione da cui risulti in modo evidente la frode o l'abuso del beneficiario. Nel caso, poi, di abuso non dimostrabile con un semplice documento, possono venire in rilievo, come prove liquide, una sentenza passata in giudicato o un lodo arbitrale dichiarato esecutivo, che abbiano accertato il fatto in modo incontrovertibile [68].

Poiché il garante è, di norma, obbligato al pagamento anche in presenza di contestazioni, un rifiuto potrà essere legittimamente opposto solo avendo la certezza che la pretesa del beneficiario è abusiva. Tale certezza dovrà, quindi, essere esclusa qualora il garante non possa dimostrare i fatti posti a fondamento del suo diniego ma mostri con il suo comportamento processuale di volerli acquisire nel corso del giudizio attraverso l'impiego di strumenti probatori costituendi, o comunque esplorativi [69].

L'eccezione di escussione abusiva spetta al garante, anche se i fatti sui quali si fonda richiamano il rapporto garantito, come l'avvenuto

---

[65] Trib. Udine, 22 giugno 1995, in *Giur. it.*, 1996, 427; F. Mastropaolo, *o.c.*, 382.

[66] F. Mastropaolo, *o.c.*, 380; F. Benatti, *Il contratto autonomo di garanzia,* cit., 185; G.B. Portale, *Le garanzie bancarie internazionali,* cit., 82.

[67] L. Ruggeri e S. Monticelli, *Garanzie personali,* cit., 268; G. Bozzi, *Le garanzie atipiche,* Milano, 1993, 143.

[68] Può integrare una prova liquida anche un provvedimento cautelare: Pret. Roma, 25 gennaio 1993, in *Giur. it.*, 1993, I, 553; Pret. Roma, 10 marzo 1993 e Pret. Roma, 15 marzo 1993, in *Riv. dir. comm.*, 1993, II, 283, hanno considerato "prova liquida" il sequestro preventivo di una serie di contratti di garanzia emesso in sede penale in funzione di un procedimento per truffa in danno della società debitrice a carico del beneficiario e dell'amministratore delegato della società stessa.

[69] F. Fezza, *Le garanzie personali atipiche,* cit., 225.

adempimento del debitore principale, l'inadempimento della controprestazione, o il fatto che l'inadempimento non sia imputabile al debitore. All'ordinante sarebbe preclusa la possibilità di opporre la relativa eccezione nei confronti del beneficiario.

Tuttavia, accade spesso che il garante non sollevi la questione e preferisca pagare per mantenere il suo *credit standing*. Nella pratica, infatti, può accadere che la banca addirittura intervenga in giudizio per opporsi alla concessione dell'inibitoria all'escussione della garanzia invocata dall'ordinante, soprattutto quando la banca è attiva nel mercato internazionale e non voglia pregiudicare la propria immagine [(70)].

Sorge dunque l'esigenza di stabile se l'eccezione possa essere sollevata dall'ordinante, a tutela dei suoi interessi. Sebbene l'ordinante non possa opporre l'eccezione direttamente nei confronti del beneficiario, potrebbe conseguire vantaggi simili facendo valere l'abusiva escussione nel giudizio incardinato nei confronti del garante [(71)], per evitare il danno che ricaverebbe da una negligente esecuzione dell'incarico da parte di quest'ultimo. In questo caso l'eccezione di escussione abusiva serve all'ordinante per denunciare contro il garante la violazione dell'obbligo di protezione.

Uno dei punti in tema di *exceptio doli generalis* sui quali non vi è ancora concordia e chiarezza in dottrina è rappresentato dall'idea che l'eccezione in esame sarebbe un modo, seppure eccezionale, di fare valere le eccezioni tratte dal rapporto principale, dal momento che i fatti sui quali si fonda richiamano il rapporto principale. Sembra, dunque, che ammettere l'eccezione di dolo generale finisca per ledere l'autonomia della garanzia [(72)], nel senso che rappresenta una ipotesi in cui le vicende relative al rapporto sottostante possono riverberarsi sull'esecuzione della garanzia, ben potendo il garante rifiutare il pagamento dovuto opponendo al creditore l'eccezione di dolo [(73)].

[(70)] F. Bonelli, *Le garanzie bancarie a prima richiesta nel commercio internazionale,* cit., 90 e 153; G.B. Portale, *Le garanzie bancarie internazionali,* cit., 112; F. Mastropaolo, *I contratti autonomi di garanzia,* cit., 424.

[(71)] F. Fezza, *Le garanzie personali atipiche,* cit., 226: l'abusiva escussione della garanzia non coinvolge esclusivamente il rapporto tra garante e beneficiario, ma anche il rapporto ordinante-garante; per eseguire correttamente questo rapporto, il garante è obbligato a rifiutare il pagamento della garanzia quando le informazioni in suo possesso lascino emergere l'illegittimità della richiesta del beneficiario.

[(72)] M. Viale, *Le garanzie bancarie*, cit., 194, afferma che: «la regola della normale insensibilità del rapporto di garanzia alle vicende relative al contratto sottostante può essere eccezionalmente derogata tutte le volte che vi è la prova certa e sostanzialmente incontestata che il beneficiario non ha alcun diritto di chiedere il pagamento della garanzia in base al rapporto principale».

[(73)] P. Lambrini, *Contratto autonomo di garanzia ed exceptio doli generalis,* in *Riv. dir. civ*., 1998, 443 ss., riconduce *l'exceptio doli generalis* tra le eccezioni proprie del rapporto di garanzia e non del rapporto fondamentale: «non si tratta di un

Qualora il garante effettui comunque la propria prestazione, senza opporre la relativa eccezione, verrebbe meno al proprio obbligo di buona fede nell'esecuzione del contratto in violazione di quanto disposto dall'art. 1375 c.c., con tutte le possibili conseguenze alla propria responsabilità contrattuale nei confronti del debitore.

SABRINA MURGO

---

mezzo per tornare a dare indirettamente rilevanza, in via eccezionale e limitata, ai fatti attinenti al rapporto fondamentale, bensì uno strumento esperibile dal garante avverso possibili escussioni che risultino abusive in rapporto a circostanze, di qualunque tipo, sopravvenute, se non concomitanti, rispetto alla conclusione del contratto. L'*exceptio doli generalis* non serve a temperare l'astrattezza della garanzia autonoma, ma è piuttosto strettamente connaturata ad essa, come, inevitabilmente, a tutti i negozi che presentano profili di astrattezza».

FONDAZIONI DI ORIGINE BANCARIA

(Ancora qualche "vetrino" al microscopio)

Le anticipazioni della stampa specializzata relative sia alle risultanze del bilancio annuale delle banche spa, sortite dallo "scorporo" dai rispettivi enti primigenii, con il seguito – appunto – della "nascita" delle fondazioni di origine bancaria, sia agli impieghi delle somme corrisposte a queste da quelli, riportano a galla questioni che sembrano non risolte dalle sentenze nn. 300 e 301 del 29 settembre 2003 della Corte costituzionale.

Siffatte pronunce hanno riconosciuto, com'è noto, il carattere privato delle fondazioni di origine bancaria, ma lasciato in ombra – forse perché estranei al *petitum* e alla *causa petendi* delle fattispecie dalla Corte esaminate – problemi che, a nostro avviso, non sono affatto secondari.

I lampi e gli echi di tali discussioni sono via via balenati e rimbalzati sulla stampa specializzata, ma qui vorremmo riprendere le argomentazioni di allora per innestarvene di nuove, con l'auspicio che questa Rassegna possa, poi, ospitare altri interventi.

Già lo "scorporo" introdotto dalla riforma del 1990 aveva creato, nell'immediatezza dell'operazione, la coesistenza di due diversi organi amministrativi, composti – però – dalle *stesse* persone fisiche. Tali organi assicuravano, in tempi straordinari e non prevedibili, l'operatività di due diversi enti, genericamente definiti l'uno come conferente e l'altro come conferitario, l'uno controllore e l'altro controllato.

All'evidente anomalia, variamente criticata, si cercò di portare saggio rimedio ricorrendo all'istituto delle dimissioni e alla nomina di nuovi amministratori, scelti all'interno del corpo assembleare dell'ente primigenio, costantemente aggiornato in virtù di periodiche cooptazioni statutarie.

Sottesa alla denunciata anomalia era l'altra – delicata anzi che no – della "duplicazione" delle prebende, cui persone colte e sensibili posero, però, pronto riparo deliberando misure largamente riduttive degli emolumenti.

In tal modo si cercò di conciliare gli effetti – peraltro non voluti dagli amministratori – di una situazione temporanea ed eccezionale con il principio della *non gratuità* del lavoro che – se pure già svolto dagli stessi consiglieri – andava caricandosi, tuttavia, di responsabilità nuove e maggiori.

Sta di fatto – ed è qui il nucleo centrale del problema – che la "Riforma Amato" *ha stravolto l'atto costitutivo* dell'ente originario *e spogliato l'assemblea dei soci di ogni suo potere sovrano*, lasciando alla stessa competenze marginali, confinate nella facoltà di esprimere "pareri" sugli atti *dell'organo di indirizzo* della fondazione, strumento operativo di nuovo conio, *addirittura preminente* sul vetusto e bistrattato consiglio di amministrazione di quell'ente controllore.

Sta di fatto che l'ente originario ha patito un duplice *vulnus* riferito ad organi che sono espressione *diretta l'una* (assemblea) *e derivata l'altra* (consiglio di amministrazione) sia della società civile, sia del territorio in cui ha operato l'ente primigenio (si pensi ad una banca toscana fondata nel 1472, o ad una cassa di risparmio umbra fondata nel 1836, seconda a quella che vide la luce nel 1826 nella capitale dello Stato ecclesiastico).

È noto che nell'organo di indirizzo devono essere presenti "soggetti" espressi non dalla *società civile*, di cui l'assemblea dei soci era estrinsecazione naturale, bensì attraverso la griglia o il filtro artificiale della *società politico territoriale* (Comuni, Provincie, Regioni).

All'osservatore attento non possono sfuggire, a questo punto, ulteriori anomalie.

Infatti, la prima è costituita dalla presenza, in seno ad una *struttura associativa*, di soggetti "politico-territoriali" che sono, invece peculiari di istituti bancari aventi *struttura istituzionale* (ex CA.RI.P.LO.).

In proposito, non sembri inutile proporre subito alcune riflessioni. Infatti, tali soggetti "politico territoriali", nascendo da elezioni curate dalle forze politiche, non si sarebbero sottratti al sospetto di travasare un certo colore politico negli organi amministrativi delle fondazioni di origine bancaria, sospetto impossibile e inesistente nel pregresso sistema giuridico.

Oltre tutto, poi, se è in discussione la sopravvivenza della *provincia* e se per le *regioni* attuali, anacronisticamente disegnate, si vanno studiando accorpamenti geo-economici, le designazioni dei componenti degli organi delle fondazioni vedrebbero perdere la loro sorgente. Per l'altro soggetto politico territoriale, e cioè per il *Comune*, non può tacersi il rilievo che l'Assemblea dei soci della istituzione bancaria accoglieva nel suo seno, con criteri di cooptazione-elezione democratica immediata e diretta, commercianti, industriali, imprenditori agricoltori, coltivatori diretti, artigiani e professionisti, i cui personali talenti si erano affer-

mati ed imposti sull'intero territorio servito dalla *rete delle agenzie* che la "casa madre" aveva saputo intessere, con lungimiranza e pazienza, da tempo immemorabile.

Si vuol dire, insomma, che gli organi amministrativi degli enti bancari primigenii venivano eletti con voto fresco e genuino dall'assemblea; e che, invece, le "designazioni" dei membri di quegli organi – all'interno delle neonate fondazioni bancarie – da parte dei tre enti politico territoriali (Comune, Provincia, Regione) sapevano, per così dire, di pane raffermo.

La seconda anomalia – interna al nuovo regime – sta nell'aver negato ai componenti politico-territoriali dell'*organo di indirizzo* poteri di rappresentanza degli stessi enti designanti; e nell'aver negato, a detti enti, *poteri di indirizzo* (sic!, cioè di orientamento e/o direzione) e di revoca dei componenti medesimi. A siffatto diniego fa, poi, riscontro la *norma statutaria di auto tutela* (fidarsi è bene, non fidarsi è meglio!) assunta dalla Fondazione, per la quale i designati dei tre enti politico territoriali "non rispondono" (sic!) agli enti designanti.

Ad un osservatore, anche non troppo acuto, capiterà certamente di avvertire *la pruderie* di tale normativa, in cui l'ente pubblico territoriale designa, sì, un suo rappresentante cui, però, nel contempo nega qualsiasi legame o potere organico con il designatore pubblico; e di avvertire, ancora, che lo stesso Statuto della fondazione si affretta a garantire espressamente al membro così designato una libertà assoluta e incondizionata dal detto ente pubblico territoriale. Insomma, ci si chiede se una situazione, definibile forse come pirandelliana o kafkiana, possa ragionevolmente annidarsi in un organismo giuridico operativo, in cui genuinità e chiarezza dovrebbero dominare sovrane; e se la designazione dei membri degli enti *pubblici* territoriali (surrettiziamente segnalati in un clima in cui si faceva, forse, recondito affidamento sulla natura *pubblica* delle fondazioni di origine bancaria) conservi ancora oggi una sua logica giustificativa dopo le decisioni adottate dalla Corte costituzionale nel 2003.

È ben vero che tali pronunce mettono in minoranza quei membri designati, ma è su tale parte minoritaria – nascente da madre certa, ma senza alcun cordone ombelicale – che si appuntano le critiche odierne, perché la sua presenza vulnera in radice il principio generale della sovranità esclusiva dell'assemblea dei soci; sovranità che, così offesa, viene subito consolata (gran bontà dei cavalieri antichi!) con la facoltà di dare semplici "pareri" su programmi proposti da *organi spuri* per genesi, prerogative e competenze.

Qui si articola, per l'odierno osservatore, una sorta di corollario, ovvero si salda l'ultimo anello di una catena di logiche proposizioni.

Infatti, se il legislatore ha devitalizzato e snaturato il rapporto di

rappresentanza delle persone designate dagli enti politico-territoriali in seno alla fondazione di *origine associativa*, quando li ha amputati di quel potere di *rappresentanza-mandato* che è peculiare, invece, dei membri dell'ente di *origine istituzionale,* è palesemente contraddittorio e manifestamente assurdo che il regime previsto per i membri componenti dell'organo di indirizzo dell'ente a *struttura associativa*, *neghi* ad essi, dopo averli trapiantati dall'ente a *struttura istituzionale* (dove sono legati da un rapporto formale ed organico di rappresentanza), proprio quella *funzione di rappresentanza / mandato* che – *repetita juvant* – è l'inconfondibile contrassegno dei membri dell'ente *a struttura istituzionale.*

Da ultimo, è pacifico che il R.D.L. 204/1938, convertito nella legge n. 778/1938 (*di ispirazione autoritaria e dirigistica*), che imponeva *soltanto* la *nomina governativa* del Presidente e del Vice Presidente della Cassa di Risparmio, è stato abrogato dal D.L.vo n. 385/1993 (Testo unico bancario), *con la logica conseguenza che all'Assemblea generale dei soci sono stati restituiti i poteri sovrani di nomina anche dei due legali rappresentanti dell'ente a struttura associativa.*

Se ne deve inferire, quindi, che in un ordinamento – all'evidenza così contraddittorio – che ha espropriato l'assemblea del potere sovrano di nominare **l'intero** *Consiglio di Amministrazione* e creato, accanto a questo (stravolto nella sua formazione e nel suo funzionamento) *altro* organo collegiale (*organo di indirizzo*) avente addirittura preminenza assoluta sull'Assemblea e sul Consiglio di amministrazione, si profili, a nostro avviso, una ulteriore e più corposa ragione di incostituzionalità.

È ragionevole sperare che siffatta pietra di scandalo – contornata da lacci e laccioli – venga eliminata nel corso di qualche *nuovo caso,* sollevato da chi, rompendo il bozzolo di un assurdo *establishment*, rifiuti una mortificante *deminutio capitis*, in virtù di quei principi di libertà e democrazia che risultano accolti dagli Statuti medievali del Comune (già, del Comune) vanto della nostra storia di ieri e recepiti dalla Costituzione italiana?

FILIPPO DE MARCHIS

LA NOZIONE DI DISCRIMINAZIONE NEL RAPPORTO DI LAVORO TRA DIRITTO INTERNO E DIRITTO COMUNITARIO

SOMMARIO: 1. *Perché parlare della nozione di discriminazione nel rapporto di lavoro* – 2. *La discriminazione diretta.* – 3. *La nozione oggettiva di discriminazione: il problema della rilevanza dell'intento discriminatorio.* – 4. *L'accertamento della discriminazione: il regime della prova dopo la "sterilizzazione" del movente soggettivo.* – 5. *La discriminazione indiretta.*

1. – Una compiuta riflessione sulla parabola evolutiva segnata dalla nozione di discriminazione nei percorsi attigui del diritto comunitario e del diritto interno, ambisce ad essere un'operazione di indubbia utilità e rilevante interesse alla luce dell'apertura di quella che è stata efficacemente battezzata "età dell'oro" della legislazione antidiscriminatoria[1]. Il più vistoso dei tratti che la caratterizzano è rappresentato dalla costruzione di un solido apparato antidiscriminatorio di matrice comunitaria che esorbita dal tradizionale ambito della differenza di genere dei lavoratori affondando le sue radici nelle ambiziose basi giuridiche offerte dal Trattato di Amsterdam alla disciplina di contrasto delle discriminazioni. L'art. 13 conferisce al Consiglio il potere necessario per combattere le disparità di trattamento basate su una gamma di caratteristiche soggettive in grado di determinare conseguenze penalizzanti per chi ne è portatore: il sesso, la razza e l'origine etnica, la religione, le convinzioni personali, l'handicap, l'età e le tendenze sessuali. Sulla base offerta da tale norma con encomiabile decisione si è intrapresa la

---

[1] Cfr. BARBERA M., *Eguaglianza e differenze nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario,* in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2003, 399.

strada della regolazione imperativa, sostanziatasi nelle direttive c.d. di "seconda generazione", perché distinte dalle direttive primigenie degli anni settanta in materia di parità tra i sessi.

Occorre precisare che quanto accomuna i primi interventi in materia di parità di genere, la legge 903/1977 nel diritto interno, e le coeve direttive comunitarie 75/117/CEE e 76/207/CEE relative rispettivamente alla parità salariale e all'attuazione del principio di parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionale e le condizioni di lavoro è, in via generale, il confinarsi ad una concezione della parità in termini di eguaglianza formale e, quanto più interessa in questa sede, l'assenza di una definizione di discriminazione *ex lege*. Il grave vuoto normativo, responsabile di un *deficit* di tutela accordato alle vittime di trattamenti ingiustamente differenziati, è stato progressivamente colmato grazie agli sforzi interpretativi condotti dalla Corte di giustizia sulla base di una limitata piattaforma normativa. Gli impulsi provenienti da una lungimirante giurisprudenza comunitaria e la sostanziale ineffettività della tutela approntata dalla prima legge di parità, hanno spinto il legislatore italiano a formulare nell'ambito della legge 125/1991, intitolata alle "Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro", la prima compiuta definizione *ex lege* di discriminazione di cui, sin da ora, si deve segnalare la *vis expansiva*.

L'opportunità di riferirsi in questi termini alla mossa pionieristica del legislatore nazionale, è confermata dal recente sviluppo del diritto antidiscriminatorio di matrice comunitaria. A partire dalla formulazione di una nozione di discriminazione in uno strumento di carattere cogente, quale la direttiva 97/80/CE sull'onere della prova nei casi di discriminazione per motivi di genere, la disciplina di contrasto delle discriminazioni ha subito una brusca accelerazione. La straordinaria stagione di fioritura del diritto antidiscriminatorio si è aperta con l'adozione di una prima coppia di direttive, la 2000/43/CE, che attua il principio di parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, e la successiva 2000/78/CE che stabilisce un quadro generale in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, superando la monotematicità dell'ambito di intervento comunitario tradizionalmente confinato al genere. Con la seconda direttiva tutte le differenze progressivamente percepite come fattori di esposizione al rischio di trattamenti penalizzanti per il lavoratore, menzionate dall'art. 13 del Trattato, sono diventate oggetto di protezione antidiscriminatoria secondo il modello di tutela costruito sull'imponente patrimonio formatosi in riferimento al genere d'appartenenza. L'esportazione degli strumenti inibitorio-repressivi e promozionali verso dimensioni discriminatorie diverse dal sesso, pur determinando una certa omogeneizzazione normativa, non

ha implicato il superamento giuridico della specificità della differenza di genere, quale differenza prodromica e "trasversale" rispetto a tutte le altre[2]. L'approvazione della direttiva 2006/54/CE che rappresenta l'ultima tappa della politica paritaria comunitaria e la promulgazione del d.lgs. 198/2006 recante il Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, testimoniano l'intenzione delle autorità comunitarie e nazionali di mantenere quel fattore, su cui si gioca la prima fondamentale differenza tra esseri umani, su un piano distinto da quello in cui si collocano tutti gli altri tratti dell'identità personale del lavoratore. Ciononostante, il ruolo giocato dal «metamodello genere» ha perso la tradizionale preminenza proprio nel momento in cui il legislatore europeo, puntando al cuore della normativa antidiscriminatoria dettata per i nuovi «fattori di rischio»[3], si è trovato a codificare le acquisizioni più recenti della giurisprudenza comunitaria e a fronteggiare l'avvenuta estensione dell'ambito di applicazione della disciplina.

Esigenze di unitarietà e coerenza del diritto antidiscriminatorio comunitario hanno motivato il riflusso, all'interno della direttiva 2002/73/CE adottata sulla base del rinnovato art. 141 TCE, di disposti giuridici in certo modo estranei all'imponente patrimonio formatosi in relazione al genere. Le direttive sulle "nuove differenze" del Duemila hanno apportato modifiche terminologiche alla nozione di discriminazione modellata nell'arco della trentennale giurisprudenza in materia di parità di genere, tanto pregnanti da colpire in profondità capisaldi indiscussi della struttura definitoria: la modalità di rilevazione dell'impatto sperequato e l'instaurazione del giudizio comparativo. Per carpire la reale portata del *restyling* normativo operato, è essenziale percorrere le tappe che hanno condotto anzitutto alla formulazione della prima nozione di discriminazione, riferita al genere d'appartenenza, intrecciando l'analisi della struttura definitoria, necessariamente diversificata a seconda delle fattispecie, con le preziose indicazioni della giurisprudenza comunitaria che ha espresso, in materia di parità, l'elaborazione più consistente in ambito lavoristico. Una lucida riflessione sulle conquiste più risalenti nel tempo è in grado di fornire una mappa concettuale utile a muoversi nel rinnovato quadro normativo antidiscriminatorio, comunitario e nazionale.

---

(2) Si veda in tal senso GUARRIELLO F., *Il nuovo diritto antidiscriminatorio,* in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2003, 343.

(3) La discriminazione per motivi di genere è stata definita il «metamodello» sul quale è stata costruita la normativa antidiscriminatoria comunitaria riferita ai nuovi «fattori di rischio» ovvero a quei caratteri dell'identità personale suscettibili di determinare trattamenti sperequati; in tal senso cfr. DE SIMONE G., *Dai principi alle regole. Eguaglianza e divieti di discriminazione nella disciplina dei rapporti di lavoro,* Torino, 2001, 47 e 50 ss.

2. - Il diritto del lavoro può essere letto – nel suo insieme – come uno degli strumenti principali utilizzati dalla Repubblica per rimuovere quegli «*ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese*». I lavoratori/cittadini che «*hanno pari dignità sociale e sono eguali di fronte alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinione politiche, di condizioni personali e sociali*», in forza dell'affermazione prescrittiva contenuta nel 1° comma dell'art. 3 Cost., hanno trovato in questa disciplina un baluardo contro il mancato rispetto della loro eguale dignità.

Nel tempo il legislatore ha edificato una disciplina del rapporto di lavoro che, «pur mantenendo l'apparente universalità del soggetto protetto, ha progressivamente differenziato le tutele»[(4)] adattandole a quelle «preziose differenze extragiuridiche»[(5)] che, in forza del principio di eguaglianza formale, non dovrebbero essere considerate per giustificare trattamenti diversi pure se rivolti a soggetti eguali. Il primo passo nell'attuazione di questo disegno, è stato fatto ponendo una serie crescente di divieti di discriminazione, inizialmente volti a vietare l'arbitraria differenziazione di trattamento fondata sulla diretta considerazione di un fattore specifico di cui il diritto prescrive l'irrilevanza giuridica. Il trattamento sperequato dovrebbe risultare uniforme proprio in virtù del suo indirizzarsi a soggetti collocati in posizioni equivalenti che si diversificano tra loro esclusivamente in ragione di una certa caratteristica personale che l'ordinamento tutela perché è suscettibile di tradursi in uno svantaggio per il soggetto che ne è portatore. Nel caso della discriminazione diretta basata sul genere è il solo fatto di appartenere all'uno o all'altro sesso a fondare il trattamento diseguale e comparativamente sfavorevole.

Per quanto questa fattispecie abbia costituito il cuore della normativa antidiscriminatoria nella legislazione comunitaria e nazionale degli anni '70, ancorata ad una concezione formale dell'eguaglianza, sorprende la mancanza di una compiuta definizione *ex lege*. La tutela del fondamentale principio di eguaglianza di cui il divieto di discriminazione costituisce espressione specifica è stata garantita, pur in assenza di una nozione «scritta», dall'opera esegetica di natura dottrinale ma soprattutto giurisprudenziale. La Corte di Giustizia facendo leva sull'unica disposizione di carattere cogente contenuta nel capitolo originario delle politiche sociali

---

(4) Cfr. De Simone G., *Dai principi alle regole,* cit., 8.

(5) L'espressione è tratta da Guastini R., *La grammatica di "eguaglianza",* in *Lavoro e diritto*, 1992, 209.

del Trattato, l'art. 119, ha ravvisato questa fattispecie in ogni ipotesi in cui la violazione del divieto di discriminazione si configurava in quanto illegittima differenziazione causata dal requisito, come il sesso del lavoratore, di cui era espressamente vietata la considerazione. Solo agli albori dell'odierna «età dell'oro» del diritto antidiscriminatorio, il legislatore comunitario, in sede di modifica della originaria direttiva 76/207, ha introdotto una nozione che ricalca quella formalizzata poco prima nelle direttive di "seconda generazione" dedicate agli altri fattori di rischio. Mentre questi ultimi hanno potuto beneficiare della intelaiatura di base tessuta in merito al fattore genere, la nozione contenuta nella direttiva 2002/73 reca i segni delle modifiche rese necessarie dall'allargamento della disciplina verso dimensioni discriminatorie altre. In questo senso va intesa la configurabilità di un *comparator* ipotetico evidentemente funzionale ad agevolare l'individuazione del termine di comparazione quando viene in considerazione un fattore mutevole e meno evidente rispetto al sesso d'appartenenza.

Costituisce discriminazione diretta, ai sensi del comma 2° dell'art. 2, dir. 76/207, la «*situazione nella quale una persona è trattata meno favorevolmente in base al sesso di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga*».

Il diritto interno ha risentito della lacuna normativa presente nell'ordinamento comunitario: benché quella diretta fosse la forma di discriminazione più esplicitamente considerata e contrastata dalla prima legge di parità, la legge n. 903/1977, una compiuta definizione di questa fattispecie non si trova né in questo provvedimento, né nella successiva legge 125/1991, ove vengono invece accuratamente delineate sia la nozione generale di discriminazione che la nozione di discriminazione indiretta. Ci si auspicava in seguito all'intervento chiarificatore del legislatore comunitario che la definizione così elaborata, debitrice dello sforzo interpretativo impresso dall'opera della Corte, fosse presto introdotta nel nostro ordinamento. Una simile prospettiva non è stata disattesa: tuttavia, quella formalizzata in occasione dell'entrata in vigore del d.lgs. 198/2006, è una nozione che non coglie il *restyling* normativo operato a livello comunitario attirando le critiche da più parti sollevate circa «la scarsa padronanza di *drafting* legislativo»[6] mostrata dal nostro legislatore in sede di riordino delle disposizioni vigenti in materia di pari opportunità. Il gioco del raffronto tra le due strutture definitorie, nazionale e comunitaria, palesa non pochi momenti di difformità relativi ad aspetti centrali quali le modalità e le tecniche di formazione dell'atto discriminatorio.

---

[6] Cfr. Gottardi D., *Il Codice italiano delle pari opportunità e la direttiva comunitaria,* in *Guida al lavoro*, n. 37/ 2006, 31.

Ai sensi del comma 1° dell'art. 4 l. n. 125/1991 – cosi come modificato dall'art. 2 del d.lgs. n. 145/2005, e riproposto senza modifiche nell'art. 25 del Codice delle pari opportunità – costituisce discriminazione diretta «*qualsiasi atto, patto o comportamento che produca un effetto pregiudizievole, discriminando le lavoratrici e i lavoratori in ragione del loro sesso e comunque il trattamento meno favorevole rispetto a quello di un'altra lavoratrice o di un altro lavoratore in situazione analoga*».

L'identificazione della fattispecie nel diritto interno è centrata sull'azione che determina la situazione discriminatoria mentre, nella definizione comunitaria, vengono in rilievo direttamente le sue conseguenze. Il legislatore nazionale si riferisce agli «effetti pregiudizievoli», guardando all'impatto dell'azione mentre il legislatore comunitario richiama direttamente la situazione di sfavore che viene a determinarsi, prescindendo dall'agente causale. Entrambe le disposizioni accolgono ciononostante la concezione di un divieto oggettivo, che prescinde dall'intento dell'autore dell'illecito.

La difformità che suscita i problemi interpretativi più rilevanti riguarda l'individuazione dell'ambito di comparazione utile per valutare la natura discriminatoria dell'atto. L'assunto, pacificamente accolto dalla dottrina, è che l'instaurazione del giudizio antidiscriminatorio presuppone l'esistenza di un soggetto, che rappresenta la norma, a cui chi lamenta di essere vittima di disuguaglianze deve comparare la propria condizione per avere titolo ad essere trattato da eguale. D'altronde i criteri vietati corrispondono a fattori che denotano «l'appartenenza del soggetto passivo ad un gruppo svantaggiato le cui caratteristiche si definiscono in relazione a quelle di altri gruppi che tali non sono»[7]. Tecnicamente si può parlare di discriminazione solo quando la differenza di trattamento è prodotta rispetto a situazioni comparate e giudicate simili, oppure quando a situazioni oggettivamente diverse è praticato un trattamento identico.

La nozione positivizzata nelle direttive di "seconda generazione", ammettendo comparazioni meramente virtuali, costruite cioè riguardo a termini di riferimento ipotetici, pone l'interprete dinanzi ad una nuova sfida: sconfessare la dimensione comparativa in cui la discriminazione è ontologicamente collocata valorizzando, di contro, l'assolutezza dei diritti che la tutela antidiscriminatoria intende garantire. Per muoversi nel variegato panorama delle opzioni interpretative avanzate in merito, con l'obiettivo di cogliere la portata effettiva delle modifiche terminologiche operate sulla "nozione madre", è d'obbligo rifarsi ai parametri orientativi di matrice europea espressi sul punto nell'arco della pluritrentennale elaborazione giurisprudenziale.

---

[7] Cfr. Barbera M., *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milano, 1991, 216.

Il punto focale della riflessione è costituito dal *leading case Dekker*[8], ove a fronte del rifiuto di assunzione di una donna in stato interessante, i giudici comunitari hanno affermato che il pregiudizio subito dalle lavoratrici a causa di una condizione esclusivamente femminile, quale la gravidanza e le conseguenze che naturalmente ne discendono, integra per sé, una discriminazione diretta in base al sesso. Non è risultato rilevante a tal fine che, nel caso specifico, non vi fossero candidati di sesso maschile in competizione con la signora *Dekker:* l'applicazione del c.d. «*but for test*» o metodo «dell'elemento distintivo unico»*,* suggerisce che, non altro che la diversità di sesso, ha motivato il deteriore trattamento riservato alla ricorrente. La Corte ha stabilito che quando la scelta datoriale di arrecare pregiudizio ad una lavoratrice è fondata sullo stato interessante in cui versa, diventa superfluo procedere alla fase comparativa tradizionale. Se al tempo della pronuncia resa in *Dekker* la possibilità di prescindere dal giudizio comparativo risultava derogatoria rispetto all'impostazione ortodossa, oggi, nel quadro delle direttive di "seconda generazione", risulta pienamente conforme alla novellata struttura definitoria, in virtù dell'estensione spazio/temporale entro cui effettuare il confronto.

La tentazione di attribuire alla possibilità di sorvolare *tout court* sul giudizio comparativo portata generale è tanta, poiché ciò consentirebbe la tutela di situazioni discriminatorie in cui la mancata identificazione del *tertium comparationis* si risolve sovente in un *gap* di protezione. Non a caso, la breccia aperta dalla sentenza *Dekker,* ha implicato un potenziamento della disciplina antidiscriminatoria che si è spinto fino a coprire sotto l'ombrello protettivo della tutela approntata in relazione al genere alcune ipotesi limite, estranee a quel fattore e difficilmente inquadrabili nell'ambito della nozione consolidata. Chi ha colto nella nuova nozione di discriminazione diretta il segnale ineludibile di un *new deal* della legislazione antidiscriminatoria, ha parlato di linguaggio di diritti assoluti di fronte ai quali diventa arduo subordinare alla rilevazione comparativa dello svantaggio sofferto la protezione della persona, con ciò richiamando una pagina coraggiosa e innovativa del diritto antidiscriminatorio comunitario scritta nel caso P [9] in relazione alle istanze di protezione di un transessuale.

Fermo restando che, ad oggi, la lettera della norma consente l'instaurazione di una comparazione virtuale, resta da sciogliere il nodo circa il carattere di eccezionalità o regola riconosciuto a questa operazione.

---

[8] Corte di Giustizia, 8 novembre 1990, causa C-177/88, *Dekker v. Stichting Vormingscentrum Jong Volwassenen Plus*, in *Racc.*, 1990, 3941 ss.

[9] Barbera M. (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, 2007, 35.

A tal fine l'indagine sulla giurisprudenza comunitaria emerge in tutta la sua utilità se, al filone da cui ha preso le mosse la formulazione della nozione di discriminazione diretta di "seconda generazione" incardinato in *Dekker*, si accostano altre pronunce in cui la Corte ha decisamente escluso l'ammissibilità di comparazioni virtuali. Una ferma presa di posizione in tal senso, è avvenuta in relazione ad uno dei principi che da lungo tempo svolge il ruolo di principale protagonista nel panorama della riflessione dottrinale e giurisprudenziale in materia di lavoro femminile e che ha comportato i problemi più consistenti in punto di comparabilità: il principio della parità retributiva.

Soprattutto nei contesti di marcata segregazione sessuale di tipo orizzontale, per chi lamenta una sottoretribuzione legata al genere d'appartenenza le opportunità di esperire con successo un'azione giudiziale dipendono dall'ampiezza dell'ambito di riferimento entro cui effettuare la comparazione. A tal proposito, è risultata determinante la precisazione, apportata dal legislatore comunitario dapprima con l'art. 1 della direttiva 75/117 e, in seguito alle modifiche di Amsterdam, con l'art. 141.1 del TCE, all'originaria formulazione del principio di parità retributiva, riferito non più solo ai *"lavori uguali"* ma anche ai *"lavori di eguale valore"*. Evidentemente sensibile all'annosa questione delle disparità retributive, la Corte di giustizia, per agevolarne il riconoscimento giudiziale, nella sentenza *Macarthys*[10] ha ammesso che il principio di cui all'art. 119 del Trattato (ora 141) può farsi valere anche nei confronti di lavori svolti non simultaneamente, risultando prioritario, rispetto al requisito della simultaneità, quello della identica natura qualitativa delle prestazioni raffrontate. Tuttavia, né in quell'occasione né successivamente, la Corte si è spinta oltre, risolvendosi il tutto in «una limitata apertura circa la comparazione utile nel giudizio di parità»[11] che, a detta dei giudici comunitari, «deve riguardare sempre analogie riscontrabili sul piano di valutazioni concrete relative a prestazioni svolte nell'ambito dello stesso stabilimento, anche se in tempi diversi, da lavoratori di sesso diverso». Il giudizio di comparazione, secondo il ragionamento della Corte, non potrebbe formularsi rispetto alla retribuzione di un lavoratore «ipotetico», nel caso in cui non sia concretamente raffigurabile un raffronto con un dipendente di sesso maschile.

L'orientamento inaugurato con *Macarthys*, ribadito di recente in relazione alla tutela del lavoratore atipico in *Wippel*[12], può considerarsi

---

[10] Corte di Giustizia, 27 marzo 1980, causa C- 129/79, *Macarthys v. Wendy Smith,* in *Racc.*, 1980, 1289 ss.

[11] Così Roccella M., Treu T., *Diritto del lavoro della Comunità Europea*, Padova, 2007, 246.

[12] Corte di Giustizia, 12 ottobre 2004, causa C-312/02, *Nicole Wippel v. Peek & Cloppenburg Gmbh & Co. KG.,* in *Racc.*, 2004, 4983 ss.

sufficientemente consolidato alla luce dell'ampio periodo temporale coperto dalle sentenze ed, in particolare, tenuto conto del rigore che i giudici comunitari continuano ad imprimere al momento del confronto tra gli effetti che un trattamento apparentemente neutro produce su diverse categorie di soggetti. Accostando il filone di giurisprudenza comunitaria che ha ispirato il *restyling* normativo operato sulla "nozione madre", a quello che si muove in senso decisamente contrario, risulta evidente che i giudici hanno offerto un'apertura limitata all'ammissibilità di un confronto manchevole dei tradizionali caratteri di concretezza e necessarietà. Per la Corte di giustizia, mentre una comparazione puramente virtuale è sufficiente a fondare il giudizio antidiscriminatorio quando il nesso tra il trattamento sfavorevole praticato dal datore di lavoro e il fattore di rischio del lavoratore è particolarmente stringente ed evidente sin dall'origine, come nel caso di una condizione sessualmente specifica, non può ammettersi alcuna concessione nei confronti del "lavoratore ipotetico", se l'individuazione del *comparator* è necessaria per rilevare l'esistenza di una situazione discriminatoria altrimenti indimostrata.

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, risulta condivisibile la prospettiva di «accedere ad un'interpretazione "mite"»[13] del verbo condizionale presente nella definizione comunitaria di "seconda generazione" che ritiene integrata la fattispecie anche quando, in ragione del sesso, la persona che lamenta di aver subito una discriminazione *«è trattata meno favorevolmente (…) di quanto sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga».* Si tratta, in definitiva, di considerare il giudizio comparativo come necessario per l'accertamento della discriminazione subita non in via assoluta, nella consueta veste di indefettibile presupposto, ma solo di norma. Questa opzione interpretativa sembra rispettosa, più di altre, della prudenza con cui la Corte ha ritagliato uno spazio al raffronto virtuale tale da non mettere in discussione la dimensione comparativa in cui la discriminazione è ontologicamente collocata.

Tornando al gioco del raffronto tra le nozioni formalizzate nel diritto interno e nel diritto comunitario, è evidente che, privilegiando l'ottica che guarda al superamento della comparazione come ad un'ipotesi esperibile solo in determinate ed eccezionali circostanze, la scelta del nostro legislatore di non richiamare alla lettera la definizione comunitaria, non può essere letta in termini di rinuncia «a cogliere il valore aggiunto della nozione di discriminazione diretta di nuova generazione»[14]. La

---

[13] Offre questa chiave di lettura condivisa da larga parte della dottrina Izzi D., *Discriminazione senza comparazione? Appunti sulle direttive comunitarie di nuova generazione*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2003, 427.

[14] Cfr. Chieco P., *Frantumazione e ricomposizione delle nozioni di discriminazione*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 2006, I, 563.

nozione vigente nel diritto interno, modellata sulla originaria definizione introdotta con la legge del 1991 pure in assenza di un obbligo comunitario in tal senso, offre gli stessi margini di manovra ai detrattori dell'impostazione ortodossa.

Al momento dell'emanazione della direttiva 2002/73/CE il nostro ordinamento poteva contare su una definizione di discriminazione generale, diretta e indiretta, ed un più specifico disposto normativo sulla discriminazione indiretta. Per quanto esposta in termini generali, quella introdotta dall'art. 4 della legge n. 125/1991 ha avuto l'indubbio pregio di essere la prima compiuta definizione di discriminazione *ex lege*. Questo intervento legislativo, si è posto essenzialmente come risposta all'esigenza di colmare una grave lacuna che contribuiva ad indebolire il tessuto normativo della prima legge di parità, l. n. 903/1977, già affetta da altri limiti tecnici quali l'inadeguatezza dell'apparato sanzionatorio e della strumentazione processuale. Il vuoto, sebbene tardivamente, è stato colmato facendo propria una nozione oggettiva di discriminazione, arricchita dalla importante definizione di discriminazione indiretta, poi perfezionata attraverso successivi interventi di potenziamento e "manutenzione" della disciplina antidiscriminatoria per motivi di genere.

Allo stato attuale la nozione vigente nel diritto interno è quella presente all'art. 25, 1°comma, del Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, che reca i segni delle modifiche apportate dal d. lgs. 196/2000 e dal successivo d. lgs. 145/2005, fornendo il supporto normativo a certe scelte interpretative sorte all'indomani dell'emanazione della prima legge di parità volte a rafforzare ed ampliare l'ambito applicativo della tutela approntata dall'ordinamento contro le pratiche direttamente discriminatorie. Rispetto alle previsioni contenute nella legge n. 903/1977, rileva l'espressa estensione degli atti che possono determinare una discriminazione: la trilogia «*atto, patto o comportamento*» è tale da comprendere qualsiasi manifestazione di volontà o condotta proveniente da un soggetto pubblico o privato a prescindere dalla forma giuridica da essa assunta.

La rinnovata ampiezza dell'area di operatività del divieto di discriminazione sessuale, rispetto alla scelta originariamente compiuta, ha fatto parlare di «omnicomprensività» del divieto, quale tratto morfologico cui si può ricorrere per fotografare lo stato dell'arte ad oggi[15]. La formulazione normativa presente all'art. 25 del Codice, in apparenza scontata agli occhi di un giurista del terzo millennio, è il punto di approdo di un vivace dibattito dottrinale acceso da parte della dottrina che condizionava il

---

[15] Vedi Izzi D., *Eguaglianza e differenze nel rapporto di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti,* Napoli, 2005, 25 ss.

vaglio degli atti datoriali alla stregua del principio di non discriminazione, alla loro riconducibilità alla categoria formale del negozio giuridico. Le tecniche di controllo sugli atti datoriali, precedenti all'emanazione dello Statuto dei lavoratori, presupponevano la qualificazione negoziale degli atti di esercizio del potere gerarchico-organizzativo dell'imprenditore: la possibilità di assoggettarli a limiti dipendeva, dunque, dalla forma giuridica assunta. Nella prassi applicativa, la giurisprudenza, allineandosi all'opinione di quanti avevano colto il radicale mutamento realizzato dallo Statuto, ha colpito la condotta discriminatoria per la sua capacità lesiva dei beni protetti, a prescindere dall'inquadramento della medesima nelle categorie formali del comportamento materiale, dell'atto giuridico o del negozio. L'indicazione dei termini «atti e comportamenti» nell'art. 4, comma 1°, della legge n. 125/1991, superando le dispute sorte sul punto, conferma che la garanzia antidiscriminatoria «si afferma nei confronti del potere privato del datore di lavoro in quanto posizione giuridica di supremazia atta a determinare, tramite le sue diverse forme di espressione, una lesione di situazioni soggettive costituzionalmente garantite»[(16)]. La nuova formulazione ha consentito un raggio più ampio di intervento nella repressione delle discriminazioni, risolvendo anzitutto la questione dei c.d. "atti omissivi", particolarmente frequenti in caso di discriminazione di genere ove spesso la fattispecie discriminatoria si sostanzia in una mancata estensione alle lavoratrici di opportunità o benefici attribuiti ai lavoratori. Già da tempo, invero, autorevole dottrina aveva rintracciato in alcuni indici testuali presenti negli artt. 15 e 16 dello Statuto dei lavoratori (rispettivamente l'aggettivo *qualsiasi* ed il termine *trattamenti*) la possibilità di sostenere la censurabilità di ogni specie di pratica discriminatoria persino se posta in essere mediante omissioni[(17)]. L'art. 4, comma 1°, della legge 125/1991, rendendo perseguibili anche semplici condotte di fatto ed ogni situazione oggettivamente produttiva di disparità, fornisce un utile supporto normativo a queste lungimiranti scelte interpretative cui non era mancato un certo seguito in giurisprudenza. Il tenore letterale della norma, risolvendo le profonde incertezze ermeneutiche registrate sul punto, suggerisce che il raggio di applicazione del divieto debba estendersi ad ogni profilo ed istituto che viene in rilievo in un rapporto di lavoro.

3. - La riflessione sul dato testuale del comma 1° art. 25 del Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, non può prescindere dall'analisi

---

(16) In tal senso, tra gli altri, Isenburg L., *Divieti di discriminazione nel rapporto di lavoro,* Milano,1984, 209.

(17) Vedi le argomentazioni proposte da Treu T., *Condotta antisindacale e atti discriminatori*, Milano, 1974, 49.

della portata dirompente assunta dal richiamo agli effetti pregiudizievoli che colpiscono la vittima. Non si potrebbe definire altrimenti la portata di un'innovazione, introdotta dall'art. 4 della legge 125/1991, che ha «riscritto il divieto di discriminazione (…) l'intento di discriminare perde ogni importanza, ciò che rileva è l'effetto pregiudizievole che discende da atti e comportamenti»[18].

Ci si riferisce all'acquisizione di una certezza giuridica che è frutto di un lungo e travagliato percorso nutritosi di controversie interpretative sorte in ambito dottrinale e giurisprudenziale tra teorie soggettiviste e oggettiviste del divieto di discriminazione. In quanto fatto giuridico il discriminare viene colpito tanto come espressione di un'intenzione riprovevole quanto come trattamento sfavorevole del soggetto motivato dall'esistenza di categorie distintive da cui il diritto impone di prescindere. Nell'interpretazione dell'art. 1 legge 903/1977 si disse che il divieto colpiva sia le discriminazioni dirette che quelle indirette, cioè tutte quelle ipotesi in cui vengano richiesti requisiti non correlati (cioè non essenziali) al contenuto professionale del lavoro e tali, pur se formalmente neutri, da ostacolarne di fatto l'accesso. Ciò, evidentemente, collegando il divieto di discriminazione fondata sul sesso, contenuto nel comma 1° dell'art. 1, con la deroga disposta al comma 5°, relativa, per i settori indicati, al nesso di indispensabilità che lega il condizionare l'assunzione all'appartenenza ad un certo sesso, da un lato, e la natura della prestazione o del lavoro, dall'altro. Per quanto già all'indomani dell'emanazione della legge n. 903/1977 la teoria oggettiva della discriminazione, che configura come illeciti tutti gli atti datoriali obiettivamente idonei a ledere il soggetto protetto in una situazione di svantaggio, venisse accolta con favore dalla maggioranza della dottrina, nelle convinzioni di una parte minoritaria di questa, ma soprattutto nelle aule giudiziarie, prendeva piede una contrapposta ricostruzione di stampo soggettivo. Gli orientamenti giurisprudenziali prevalenti, pur assumendo gradazioni e sfumature non sempre uniformi, hanno di fatto attribuito rilevanza all'*animus nocendi* del datore di lavoro e, lungi dal riconoscere l'illegittimità di comportamenti discriminatori fondati sulla richiesta di requisiti non essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa, hanno richiesto di norma, per accertare l'esistenza della discriminazione, tanto una precisa volontà del datore di lavoro quanto una rigorosa prova della stessa. Secondo i sostenitori della teoria c.d. soggettiva, forti di un valido richiamo testuale all'art. 15 dello Statuto (laddove si riferisce a patti o atti *diretti a* fini di discriminazione), ciò che viene in rilievo è un'indagine sui motivi del

---

[18] Cfr. Ballestrero M.V., *La nozione di discriminazione nella legge n. 125/1991*, in *Rivista critica di diritto del lavoro*, 1992, 777.

negozio o dell'atto in relazione alla dichiarata illiceità di alcuni moventi tipizzati dal legislatore, in quanto contrari a norme imperative di carattere costituzionale che garantiscano la tutela dei gruppi socialmente discriminati[19]. In una simile prospettiva risulta determinante l'intento del soggetto che pone in essere un certo atto.

In realtà la questione della rilevanza dell'*animus nocendi* avrebbe potuto essere sdrammatizzata se i giudici avessero ricostruito l'intento discriminatorio attraverso una ricognizione del comportamento complessivo del datore o attraverso l'impiego di indici presuntivi, intesi a verificare l'obiettiva finalizzazione della condotta al risultato vietato: in sostanza se anche l'analisi del motivo fosse stata un'analisi funzionale e non psicologica e se l'indagine fosse stata condotta attraverso deduzioni inferenziali dei fatti interiori dai fatti direttamente osservabili[20]. L'orientamento seguito ha fatto in modo che per lungo tempo la tutela accordata contro le discriminazioni fosse sensibilmente ridimensionata anche in relazione alle difficoltà di ordine probatorio, tanto più che la discriminazione sessuale diretta non si concretizza necessariamente in una discriminazione manifesta e intenzionale. Queste considerazioni fanno propendere per quella ricostruzione della fattispecie che incentra il giudizio sulla portata oggettiva della condotta: sia nelle discriminazioni indirette che in quelle dirette, rilevante non è l'intento discriminatorio ma l'effetto pregiudizievole dell'atto o del comportamento. La presa di posizione del legislatore nel senso del rilievo funzionale e non psicologico della condotta discriminatoria, non poteva essere più netta e più opportuna. Si è trattato essenzialmente di rimediare ad una sensibile riduzione del livello di tutela garantito dall'ordinamento dovuta non solo a difficoltà di ordine probatorio, ricorrenti ogni volta che si debba ricostruire il «foro interiore» di un soggetto, ma soprattutto al fatto che «si è sottratta alla definizione legislativa dell'illecito un'intera serie di atti, per cui il nesso di strumentalità tra il comportamento datoriale e gli effetti vietati dalla legge è un nesso obiettivo e non subbiettivo»[21].

Il fatto che si siano aperti defatiganti dibattiti dottrinali sull'idea del movente soggettivo può essere spiegato con l'esclusivo, per quanto implicito, riferimento dei commentatori alla discriminazione diretta. L'idea che discriminare consista nel prendere in considerazione la caratteristica di cui la legge prescrive l'irrilevanza, può condurre con immediatezza ad affermare che l'atto o il comportamento vietati siano frutto di un istinto

---

[19] Cfr. Pessi R., *Lavoro e discriminazione femminile*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1994, 443.

[20] Così Treu T., *Condotta antisindacale e atti discriminatori,* cit., 132.

[21] Vedi in tal senso Barbera M., *Discriminazioni ed eguaglianze nel rapporto di lavoro*, cit., 221.

volontario: «di qui alla costruzione dell'*animus nocendi* il passo è brevissimo»[22]. Non è un caso che la "sterilizzazione" del profilo soggettivo attuata dalla legge sulle azioni positive sia avvenuta contestualmente alla formulazione esplicita di una nozione di discriminazione indiretta. Un cambiamento dell'ottica dalla posizione del perpetratore a quella della vittima è d'obbligo se, come suggerisce il tenore letterale della norma (art. 4 legge 125/1991), si guarda al trattamento conseguente all'adozione di criteri che svantaggino in modo proporzionalmente maggiore gli appartenenti dell'uno o dell'altro sesso, e dunque all'effetto pregiudizievole. D'altronde, l'obiettivo della tutela antidiscriminatoria non è tanto sanzionare chi ha adottato l'atto discriminatorio quanto rimuovere l'effetto avverso che quel certo atto comporta.

4. - La costruzione in termini effettuali ed oggettivi della fattispecie discriminatoria ha avuto ovvie ripercussioni sulla tutela processuale, come è già plasticamente reso dalla collocazione della nozione di discriminazione nell'ambito dell'art. 4 della legge sulle azioni positive, appunto intitolato alle «Azioni in giudizio». Una legge che, come la 125, ha come obiettivo centrale la parità e l'uguaglianza sostanziale, non a caso intitolata alle pari opportunità, non poteva esimersi dal rivedere l'apparato processuale alla luce del limitato uso e delle sue ragioni evidenziate dall'esperienza precedente. Sul piano direttamente processuale l'intervento legislativo è stato particolarmente penetrante e si è attuato lungo una pluralità di direttrici: procedimentale, sanzionatoria e probatoria.

L'opportunità di rivedere le regole di accertamento dei fatti è stata tanto dovuta da ipotizzare che l'allargamento della nozione di discriminazione operato sul piano sostanziale «sarebbe rimasto del tutto sterile qualora non si fosse provveduto a sostenerlo con adeguati accorgimenti sul piano processuale»[23]. Del resto, l'esperienza applicativa della legge di parità del 1977, aveva dimostrato come, attraverso la definizione della fattispecie probatoria, gli interpreti potessero pervenire ad una surrettizia definizione della fattispecie sostanziale, nel caso di quel primo intervento legislativo del tutto assente. In applicazione della disciplina ordinaria di distribuzione del carico probatorio la prova dello svantaggio sofferto doveva essere fornita dal soggetto leso, con l'ovvio corollario di una disparità tra le controparti del processo dettata dall'intrinseca

---

[22] Cfr. Ballestrero M.V., *La nozione di discriminazione nella legge n. 125/1991,* cit., 777.

[23] Cfr. Izzi D., *Discriminazioni di sesso nel rapporto di lavoro: il nuovo regime processuale*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile,* 1994, 517.

difficoltà di fornire una prova dell'atto discriminatorio, solitamente consumato in assenza di testimoni. Una soluzione, quella adottata dalla prima legge di parità, che sconfessava apertamente esigenze da tempo sentite di equità e di giustizia tali da pervenire ad una ridefinizione degli oneri probatori in ragione della vicinanza alla prova di ciascuna parte e delle probabilità differenziate che i litiganti hanno di offrire la dimostrazione in giudizio delle proprie pretese. Ci si riferisce evidentemente a quella scuola di pensiero per cui la condizione di soggezione in cui tipicamente versa il dipendente nei confronti dell'imprenditore, finisce con l'alterare strutturalmente nelle controversie di lavoro, l'equilibrio delle parti rispetto alle possibilità di difesa, intesa come «libertà tecnica di acquisire prove a proprio favore»[24]. In tal modo una serie di fatti dalla cui conoscenza potrebbe essere tratta la fondatezza della domanda di una parte, rischierebbero di rimanere ignoti o comunque fuori dal processo, perché non dimostrati o non dimostrabili con i mezzi a disposizione.

Posta la questione in questi termini, si comprende facilmente il motivo per cui l'esigenza di innovare un sistema di distribuzione dei carichi probatori che risultava, nei fatti, tanto penalizzante nei confronti delle vittime, era avvertita anche da parte di certa giurisprudenza. Ancor prima dell'emanazione della legge 125/1991, si ammetteva talvolta un'attenuazione dell'*onus probandi* attraverso la valorizzazione delle presunzioni disciplinate dall'art. 2729 c.c., apprezzando circostanze come, la palese difformità di trattamento derivante dall'adozione di criteri discriminanti, la sproporzione degli effetti negativi provata con riferimento a fatti notori oppure anche mediante analisi statistiche.

Verosimilmente questo esiguo filone giurisprudenziale prendeva le mosse da soluzioni già sperimentate in altri paesi europei: in Francia la legge n. 83/635 aveva introdotto un'inversione totale dell'onere della prova limitatamente alle controversie in materia di parità salariale.[25] Un risultato, questo, lontano da ciò che ci si poteva aspettare nel contesto italiano, in presenza di consistenti resistenze opposte dalla parte datoriale nei confronti di simili iniziative. Inoltre, parte della dottrina scongiurava i rischi connessi all'opera di erosione della piena discrezionalità del datore e al processo di ridimensionamento della sua libertà opponendosi con decisone a soluzioni che contemplassero un'inversione

---

[24] Cfr. Caruso B., *Tutela giurisdizionale, onere della prova, equità processuale. Una ricerca sul diritto del lavoro nel processo,* in *Rivista giuridica del lavoro*, 1982, I, 206.

[25] Sull'intervento ardito della legislazione francese vedi Moreau-Bourles, *A proposito della lotta alle discriminazioni*, in *Quaderni di diritto del lavoro e relazioni industriali*, 1990, 79.

secca dell'*onus probandi.* Di fronte una consistente legione di obiezioni la scelta finale non poteva che ricadere su una più cauta e moderata formulazione di inversione *parziale* dell'onere della prova. L'originaria formulazione dell'art. 4, comma 5°, legge n. 125/1991 - modificata dal successivo d. lgs. 165/2000 solo con l'aggiunta dei «*patti*» tra l'elenco degli atti che possono determinare una discriminazione - è stata integralmente ripresa senza modifiche dall'art. 40 del Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, ai sensi del quale: « *Quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico relativi alle assunzioni, ai regimi retributivi, alla assegnazione di mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera e ai licenziamenti, idonei a fondare in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso, spetta al convenuto l'onere della prova sull'insussistenza della discriminazione* ».

Dal tenore letterale della norma di cui si discute, in sintonia con lo svilimento dello *status* soggettivo dell'autore della discriminazione, si evince che «l'indagine giudiziaria è diretta ad accertare la tipologia di atto posto in essere e l'effetto che esso produce, restando del tutto fuori dal sindacato del giudice lo stato psicologico dell'autore dell'atto discriminatorio»[(26)]. Un risultato, questo, apprezzabile, se non fosse per il fatto che la terminologia utilizzata – che si riferisce a «*presunzioni*» «*precisione*» e «*concordanza*» – richiamando il sistema delle presunzioni senza nulla chiarire circa la natura di esse o la effettiva distribuzione dell'onere probatorio, si è prestata a diverse, talora contrastanti interpretazioni. La norma, se da un lato attribuisce indiretta capacità probatoria ad elementi di fatto secondari ed esterni alla fattispecie, dall'altro consente di ritenerli provati attraverso un meccanismo che evoca quello delle presunzioni, pur non richiamandolo del tutto. In ogni caso, la maggior parte degli autori ha convenuto nell'escludere che si trattasse di un regime di prova presuntiva così come disciplinato dagli art. 2727 e ss. cc., richiedendosi alla parte attrice la verosimiglianza dei fatti che fondano la discriminazione lamentata. Tra le ipotesi formulate è stata avanzata quella, originale nel panorama degli interventi dottrinari, di un'opzione interpretativa «di compromesso»[(27)], secondo cui «occorre rinunciare a inquadrare rigidamente in un meccanismo predeterminato» la rinnovata disciplina dell'onere probatorio in cui sono rintracciabili

---

(26) Cfr. Curcio L., *Le azioni in giudizio e l'onere della prova*, in Barbera M.. (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, 2007, 553.

(27) Così Sassani B., *L'onere della prova*, in Barbera M.(a cura di), *La riforma delle istituzioni e degli strumenti delle politiche di pari opportunità*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate,* 2003, 740.

in realtà elementi propri sia delle presunzioni semplici che delle presunzioni relative. Rispetto ai due modelli non vi è in alcun caso una incontaminata adesione, delineandosi in definitiva «un meccanismo ibrido, che mutua dalla presunzione semplice tanto l'atipicità del fatto indiziante, quanto il necessario apprezzamento da parte del giudice dei nessi logici inferenziali che legano il fatto noto a quello presunto; dalla presunzione relativa la semplificazione del carico probatorio e l'effetto di invertire l'onere della prova (nel senso di rischio della mancata prova) a carico del soggetto contro cui opera la presunzione»[28].

La scarna casistica giudiziaria non ha certamente aiutato a fugare i dubbi circa la più corretta interpretazione della norma di cui si discute, arrivando ad adottare soluzioni diverse a seconda del caso concreto esaminato. Ad ogni modo, la commistione operata dal legislatore, che sia frutto di una scelta consapevole o di un disorientamento concettuale poco importa, ha avuto l'indubbio pregio di superare un limite non di poco conto cui poteva imputarsi parte della ineffettività della tutela processuale, realizzando il necessario adattamento funzionale del meccanismo presuntivo all'indeterminatezza della fattispecie sostanziale.

Questo risultato si sposa perfettamente con l'*acquis communautaire*, invero giunto in ritardo rispetto alle indicazioni fornite in tal senso dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, ma anche rispetto all'intervento del legislatore italiano. L'alleggerimento del carico probatorio a favore della parte attrice, si è concretizzato con l'emanazione di un apposita direttiva, la 97/80/CE, il cui oggetto era la specifica disciplina del profilo probatorio nelle discriminazioni basate sul genere. L'art. 19, comma 1, della direttiva 2006/54/CE, che compendia in un unico testo le precedenti direttive in tema di pari opportunità e di parità di trattamento tra uomini e donne in materia di impiego e occupazione, recependo l'identico contenuto della direttiva del 1997, così recita:

«*Gli Stati membri, secondo i loro sistemi giudiziari, adottano provvedimenti necessari affinché spetti alla parte convenuta provare l'insussistenza della violazione del principio di parità di trattamento ove chi si ritiene leso dalla mancata osservanza nei propri confronti di tale principio abbia prodotto dinanzi ad un organo giurisdizionale, ovvero dinanzi ad un altro organo competente, elementi di fatto in base ai quali si possa presumere che ci sia stata discriminazione diretta o indiretta*».

Anche nel contesto comunitario si era evidentemente giunti alla consapevolezza di dovere scampare il pericolo di un'elusione costante

---

[28] Vedi BARBERA M., *La nozione di discriminazione*, in BALLESTRERO M.V., TREU T., (a cura di), *Azioni positive per la realizzazione della parità uomo donna nel lavoro. Commentario sistematico,* in *Le nuove leggi civili commentate,* 1994, 63.

della giustizia sostanziale sotto il duplice profilo della scarsità di ricorsi in giudizio e dell'insuccesso determinato dalla pratica impossibilità del ricorrente di disporre del materiale probatorio necessario a suffragarne la pretesa. Questo importante intervento normativo è stato il frutto del vigoroso stimolo alla revisione dei sistemi nazionali di riparto dell'onere della prova, giunto dallo sforzo interpretativo della Corte a partire dal caso *Danfoss* [29], dove per la prima volta veniva sancita la validità di una prova *prima facie*, di carattere statistico, fornita dal preteso discriminato, quale condizione sufficiente a far scattare l'onere dell'imprenditore convenuto di dedurre, a sua volta, legittime ragioni giustificatrici. A fronte di dati quantitativi emergenti dalle analisi statistiche, cui veniva riconosciuto il valore di indici presuntivi circa la sussistenza della discriminazione, spettava al datore di lavoro la prova del fatto impeditivo. La Corte faceva discendere direttamente dall'art. 6 della direttiva 75/117/CEE sulla parità retributiva l'obbligo degli Stati membri di porre in essere gli adattamenti delle regole interne in materia probatoria necessari per garantire la corretta applicazione del principio di parità retributiva sancito dall'art. 119 (ora 141) TCE.

Tuttavia, rispetto alle indicazioni fornite dai giudici comunitari, solo nel 1997 è stata formalizzata in uno strumento comunitario di carattere cogente, una nuova ripartizione dell'onere probatorio nei giudizi contro le discriminazioni, mentre nel diritto interno, senza che ricorresse alcun obbligo, si era pervenuti al medesimo risultato con la legge 125/1991. Anche il nostro legislatore ha approfittato della disposizione sulla prova *prima facie* per legittimare l'uso di prove statistiche nelle controversie di parità, introducendo un'innovazione che, valutata con oltre un decennio d'esperienza alle spalle, sembra aver giocato in concreto un ruolo persino più significativo di quello assolto dal meccanismo di inversione dei carichi probatori che ha fatto versare, a torto o a ragione, fiumi di inchiostro[30]. Mediante l'individuazione di fatti indizianti di tipo oggettivo-quantitativo, si è realizzato il dovuto adattamento del meccanismo probatorio alla nuova concezione della fattispecie sostanziale, pensata in termini oggettivi ed empirico-probabilistici. Un'innovazione rilevante strettamente connaturata, da un lato, all'inequivocabile adesione ad una concezione funzionale dell'illecito, dall'altro, all'avvenuta duplicazione delle fattispecie discriminatorie. Non a caso, infatti, è nella direttiva 97/80, che viene espressamente formalizzata una compiuta definizione

---

[29] Corte di Giustizia, 17 ottobre 1989, C-109/88, *Handels* v. *Dansk Arbejdsgiverforening (che agisce per conto della Danfoss),* in *Racc.,* 1989, 3199 ss.

[30] Sulla centralità dei dati statistici rispetto all'alleggerimento probatorio di cui all'art. 4, comma 5°, legge 125/1991, vedi Hoesch L., *Ancora sull'onere della prova nella legge 125/1991,* in *Rivista critica di diritto del lavoro*, 1998, 447 ss.

di discriminazione indiretta autenticamente tributaria dell'opera di ricostruzione giurisprudenziale della Corte di giustizia e dell'esperienza maturata nel contesto statunitense.

Le innovazioni apportate al regime probatorio sono, in realtà, una conseguenza logica e necessaria delle modifiche operate sulla nozione sostanziale di discriminazione tanto che non è possibile condurre in modo disgiunto il ragionamento sulle regole sostanziali e quello sulle regole di accertamento dei fatti. L'utilità dei dati di carattere statistico va apprezzata soprattutto con riferimento alle discriminazioni indirette che, ai sensi dell'art. 2.2 della direttiva 97/80/CE, si configurano «*quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri colpiscono una quota nettamente più elevata di uno dell'uno dei due sue sessi a meno che tale disposizione, criterio o prassi siano adeguati e necessari e possano essere giustificati da ragioni obiettive non basate sul sesso*».

Sopratutto in relazione a questa "nuova" e più evoluta fattispecie discriminatoria, finalmente introdotta in uno strumento comunitario cogente, si impone l'esigenza di semplificazione, «dal momento che una discriminazione sistematica non potrebbe essere provata che attraverso una valutazione quantitativa dei suoi effetti»[31]. Quando si parla di effetti «proporzionalmente» più svantaggiosi rapportati a collettività diverse di individui, comparativamente considerate, «è evidente che ci si riferisce anzitutto a dati numerici, esprimibili in misure percentuali»[32]. Caratteristica saliente dei *facta probandi* che vengono sottoposti a valutazioni statistiche risulta essere, in effetti, la loro ripetitività intesa sia, da un punto di vista oggettivo, come serialità di atti identici sia, da un punto di vista soggettivo, come plurioffensività della condotta. Il fatto che anche nella legge italiana del 1991, al criterio della proporzionalità degli svantaggi, che è un criterio sostanziale di definizione della fattispecie, si correli l'uso di prove statistiche, assolve all'importante funzione di alleggerimento dell'onere probatorio. In tali situazioni, in cui risulta particolarmente ardua l'identificazione di tutti gli interessati, l'ausilio di questi mezzi di prova in grado di cogliere la sistematicità della condotta discriminatoria e di provare l'elemento di proporzionalità difficilmente dimostrabile, è risultato determinante.

È innegabile che le rilevazioni statistiche possano condurre, meglio di qualsiasi altro strumento, all'individuazione di quei fatti indizianti di tipo oggettivo-quantitativo che costituiscono le fondamenta della discriminazione indiretta, tuttavia l'idea che riescano a fotografare la realtà

---

[31] Cfr. De Cristofaro M., *Il riparto dell'onere della prova in caso di discriminazione sessuale di una lavoratrice*, in *Rassegna giuridica del lavoro,* 1990, 352.

[32] Cfr. Barbera M., *Discriminazioni ed uguaglianze nel rapporto di lavoro*, cit., 247.

in modo del tutto fedele non risponde al vero o almeno non del tutto. Le minacce all'utilizzo di tale strumento probatorio derivano, a parere degli addetti ai lavori, da limiti intrinseci al dato statistico per la capacità dello stesso di catturare solo il ruolo giocato dai fattori noti nella produzione di un certo risultato[33], impedendo di contro l'apprezzamento dell'incidenza di quei fattori ignoti, che pure possono contribuire ad accertare correttamente il nesso eziologico tra la causa e l'effetto discriminatorio. Di questi profili problematici, è evidentemente consapevole la Corte di giustizia quando afferma che «spetta al giudice nazionale valutare se i dati statistici prodotti possano essere presi in considerazione, cioè se riguardino una popolazione sufficiente, se non riflettano fenomeni puramente fortuiti o congiunturali o se, in generale, appaiono significativi»[34]. Proprio sulla significatività dei dati statistici, intesa nel senso di rilevanza giuridica e attitudine a designare l'esistenza di un *disparate impact* bisognoso di giustificazione, possono sorgere problematiche divergenze. Si tratta di definire quel parametro cui fare riferimento per tradurre un accertamento di fatto (una riscontrata disparità statistica) in un giudizio valutativo (l'effetto sproporzionatamente più svantaggioso), che il legislatore ha sottinteso, senza specificarlo, parlando nell'art. 4, comma 2°, legge 125/1991, di «*criteri che svantaggino in modo proporzionalmente maggiore i lavoratori dell'uno o dell'altro sesso*».

A differenza dell'ordinamento statunitense, in quello interno e comunitario la nozione di discriminazione indiretta, pur fondandosi sull'effetto sproporzionato di un criterio apparentemente neutro, non è accompagnata dall'indicazione di precise soglie di tolleranza della sproporzione. Una scelta accolta con evidente favore da parte di chi ha ritenuto che «l'esigenza di un metodo rigoroso di acquisizione e apprezzamento della prova va soddisfatta tenendo conto del carattere atipico delle modalità di realizzazione dell'illecito e dei fatti indizianti, senza ingabbiare il convincimento del giudice in canoni di giudizio rigidamente prestabiliti»[35]. La medesima volontà di lasciare spazio ad una certa flessibilità valutativa è rintracciabile nella giurisprudenza comunitaria che da un lato, per evitare giudizi eccessivamente oscillanti, ha costantemente negato ogni valore alle differenze percentuali non accentuate, dall'altro, ha optato generalmente per l'utilizzo di criteri meno rigidi rispetto a quelli indicati nel contesto statunitense.

---

[33] Vedi l'approfondita analisi delle potenzialità e del limiti delle indagini statistiche svolta da GIUSSANI A., *La prova statistica nelle «class actions»*, cit., 1029 ss.

[34] Corte di Giustizia, 27 ottobre1993, causa C-127/92, *Enderby v.Frenchay Health Authority e Secretary of State for Health*, in *Racc.*, 1993, 5535 ss., punto 17 della sentenza.

[35] Cfr. BARBERA M., *ult. op. cit.*, 251.

Tenendo conto dell'attitudine della prova statistica a fornire solo certezze relative in punto di accertamento della discriminazione e volendo scongiurare il rischio di un'assolutizzazione acritica del loro valore probatorio che generi nei datori di lavoro una sorta di ossessione del rispetto delle percentuali, da più parti è stata avanzata l'esigenza di pervenire ad un loro ridimensionamento. In realtà, prima che le direttive di "seconda generazione" codificassero l'attenuazione del peso probatorio delle indagini statistiche, la giurisprudenza comunitaria «sia in assenza di una definizione di discriminazione, sia dopo l'entrata in vigore della direttiva 97/80, aveva già dato, in alcuni casi, un'interpretazione *soft* della necessità di provare che una certa regola colpisca una quota nettamente più elevata di individui di uno dei due sessi, sdrammatizzando l'uso dei dati statistici»[36].

L'apertura verso parametri probatori aspecifici ha segnato il passaggio da quella prima nozione di discriminazione indiretta presente nella direttiva 97/80 sulla prova della discriminazione per ragioni di sesso, alla nozione cui ha fatto riferimento il legislatore comunitario nel sancire i divieti di discriminazione basati sui «nuovi fattori di rischio». Per comprendere la portata del *restyling* che ha investito anche la fattispecie discriminatoria indiretta, evidentemente non riducibile al mero profilo probatorio, è opportuno percorrere le tappe che hanno portato innanzitutto alla codificazione della nozione originaria, che ha tempestivamente assunto un ruolo centrale nella lotta alle discriminazioni, costituendone ad oggi l'asse portante.

5. - L'elaborazione della nozione di discriminazione indiretta, più di qualsiasi altra definizione che viene in rilievo nel diritto antidiscriminatorio, è frutto della «preziosa opera di supplenza svolta dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee nei confronti del legislatore comunitario»[37]. Una nutrita serie di sentenze ha consentito che emergessero quei principi fondamentali, e fondanti del diritto comunitario, come l'eguaglianza, e l'affinamento di quelli che sono stati efficacemente definiti *concepts-pivot* [38], intorno ai quali si è costruito ed evoluto il diritto comunitario antidiscriminatorio. Senza alcun dubbio la nozione di discriminazione indiretta costituisce il più importante di quei *concepts-pivot* e insieme il più vistoso dei progressi intervenuti, nel corso

---

[36] Cfr. De Simone G., *La nozione di discriminazione diretta e indiretta,* in Barbera M., (a cura di), *La riforma delle istituzioni e degli strumenti delle politiche di pari opportunità,* in *Le nuove leggi civili commentate*, 732.

[37] Cfr. Roccella M., *Corte di Giustizia e diritto del lavoro*, Torino, 1997, 127.

[38] Vedi in tal senso Moreau M.A., *Les justifications des discriminations*, in *Droit social*, 2002, 1112 ss.

degli ultimi decenni, nella costruzione di un solido apparato normativo finalizzato a dare traduzione positiva, nella sfera dei rapporti di lavoro, al principio di eguaglianza.

È pacifico che la duplicazione delle fattispecie discriminatorie, sia il frutto maturo di uno spostamento d'ottica dal profilo parificatorio dell'eguaglianza, che impone di trattare in modo eguale l'eguale, al profilo differenziatore dell'eguaglianza, che implica un trattamento diseguale per il gruppo che si configura, in ragione di certe caratteristiche rilevanti, come diseguale. Il divieto di discriminazioni indirette parte da una premessa fondamentale quale il riconoscimento dell'insieme delle differenze connesse all'appartenenza di sesso, di razza, di religione o comunque dovute ad uno dei fattori considerati, e in generale all'appartenenza ad un gruppo sociale sistematicamente svantaggiato. Di tali differenze il datore di lavoro è obbligato a tenere conto, in modo che esse non si traducano, senza che ricorrano obiettive necessità, in una disuguaglianza di opportunità nell'accesso ai beni e ai vantaggi da distribuire; «ciò comporta il riconoscimento della composizione pluralistica della forza lavoro, della frantumazione del prototipo sociale di lavoratore subordinato in figure soggettivamente diverse»[39].

In questa prospettiva si è affiancato al tradizionale divieto di discriminazione diretta, che guarda alle differenze legate all'identità collettiva come uno svantaggio da rimuovere, il divieto di discriminazione indiretta, che impone all'opposto la considerazione e la valorizzazione di quelle differenze. L'illiceità della condotta nel caso della discriminazione indiretta può infatti essere definita come «ingiustificata disparità nelle opportunità disponibili per gli appartenenti a diverse classi o gruppi sociali, individuabili in base a quei fattori differenzianti, la cui considerazione è vietata dal principio di eguaglianza in senso formale»[40]. Proprio la definizione della discriminazione indiretta, «lascia intravedere in controluce i valori e i principi dei quali essa costituisce uno strumento di realizzazione»[41], principi espressi dal 1° comma dell'art. 1 della legge n. 125/1991 sulle "Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro".

Nella nozione di discriminazione indiretta «può ritenersi implicita la richiesta di comportamenti di *non facere* ma anche di *facere»*, per cui la rimozione degli effetti che nel caso delle discriminazioni dirette si configura come un rimedio più effettivo di altri, «si presenta nelle discri-

---

[39] Cfr. Barbera M., *La nozione di discriminazione,* cit., 49.

[40] Vedi Ballestrero M.V., *Le azioni positive fra eguaglianza e diritto diseguale,* in *Le Nuove Leggi Civili Commentate,* 1994, 16.

[41] Cfr. De Simone G., *Dai principi alle regole. Eguaglianza e divieti di discriminazione nella disciplina dei rapporti di lavoro,* cit., 56.

minazioni indirette, come il solo rimedio atto a superare la situazione contraria al diritto e a impedirne il ripetersi, imponendo una modifica della situazione di fatto attraverso atti di contenuto positivo»[42]. Con l'intervento normativo del 1991, che insieme alla prima compiuta definizione *ex lege* di discriminazione introduce e legittima strumenti di diritto diseguale, finalizzati a contrastare lo svantaggio di certi gruppi mediante programmi di riequilibrio collettivi, nel nostro ordinamento veniva accolta «la tendenza a sacrificare l'uguaglianza formale tra gli individui a favore dell'eguaglianza sostanziale tra gruppi»[43].

La logica di una simile affermazione deve tuttavia essere calibrata per non rischiare di travisare il senso più veritiero dell'accoglimento di un orizzonte visivo più ampio, che guardi cioè al profilo differenziatore e sostanziale dell'eguaglianza, legittimando l'impiego di strumenti di diritto diseguale. Si deve evitare di assumere come riferimento un rigido parametro di distinzione tra le varie dimensioni dell'eguaglianza e le corrispondenti qualifiche dirette o indirette delle discriminazioni. Ad onor del vero si deve specificare che questa nuova forma di discriminazione «si situa sul crinale della fondamentale distinzione tra ineguaglianze formali o giuridiche e ineguaglianze sostanziali, non risolvendosi però interamente nell'una o nell'altra»[44].

La discriminazione indiretta non è una discriminazione meramente formale, come tale accertabile attraverso l'analisi lessicale di un enunciato normativo, postulando invece la considerazione degli effetti che discendono dalla sua concreta applicazione e cioè «se ed in che misura il "bene della vita"- o il sacrificio rispetto a questo - da essa astrattamente garantito, sia egualmente distribuito tra le distinte categorie soggettive che è vietato discriminare»[45]. Ciononostante, l'effetto comparativamente sfavorevole non può prescindere dal modo in cui è formulata una norma, dall'assunzione di uno piuttosto che altro elemento differenziale, quale componente della fattispecie da essa astrattamente delineata. Piuttosto, «sfidando il dogma del fondamento individualistico e neutrale della tutela antidiscriminatoria»[46], si accede ad una concezione dell'illecito quale risultato della combinazione tra una determinata disparità so-

---

[42] Così Barbera M., *Discriminazioni ed uguaglianza nel rapporto di lavoro,* cit., 199.

[43] Cfr. D'Antona M., *Uguaglianze difficili,* in *Lavoro e Diritto*, 1992, 603.

(44) Cfr. Ghera F., *Il principio di eguaglianza nella costituzione italiana e nel diritto comunitario,* Padova, 2003, 217.

[45] *Ibidem.*

[46] Cfr. Pollicino O., *Di cosa parliamo quando parliamo di uguaglianza ?Un tentativo di problematizzazione del dibattito interno alla luce dell'esperienza sopranazionale,* in Calvieri C. (a cura di), *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale,* Torino, 2006, 453.

stanziale ed una determinata differenziazione normativa, suscettibili di produrre effetti sistematicamente sperequati su un gruppo storicamente svantaggiato. La nozione di discriminazione indiretta, infatti, postula il superamento della dimensione strettamente individualistica del giudizio di eguaglianza per cui la posizione del singolo viene valutata in rapporto alla situazione tipica del gruppo di riferimento ed è con l'aiuto di una comparazione da gruppo a gruppo che si analizza il fenomeno discriminatorio[47].

Altra tappa fondamentale nella costruzione della nozione di discriminazione indiretta, oltre all'allargamento dell'orizzonte visivo da un principio di eguaglianza in senso formale ad un principio di eguaglianza in senso sostanziale, è stata l'inequivocabile adesione ad una concezione funzionale dell'illecito, che guardi cioè alla sua idoneità a realizzare un trattamento sfavorevole basato sul sesso, restando del tutto estraneo alla valutazione giuridica del comportamento indagato il movente soggettivo dell'autore. Ciò ha implicato ovvie ricadute sul profilo probatorio. Se si costruisce la condotta discriminatoria muovendo dall'ottica del «perpetratore», ciò che deve essere dimostrato è l'esistenza di una ben individuata e cosciente volontà malevola del soggetto attivo. Se la si costruisce, invece, dal punto di vista della «vittima», ciò che rileva è il risultato comparativamente pregiudizievole prodotto da un comportamento a danno degli appartenenti ad un gruppo storicamente svantaggiato. Proprio il passaggio dall'ottica del "perpetratore" a quello "della vittima" ha condotto all'emersione di una nuova fattispecie discriminatoria in cui gli effetti pregiudizievoli costituiscono l'unico modo plausibile di accertamento del carattere discriminatorio della fattispecie.

Di ciò era evidentemente consapevole il legislatore quando, accogliendo gli auspici di larga parte della dottrina, nel comma 2°, art. 4, della legge n. 125/1991, ha introdotto una nozione "oggettiva" di discriminazione che guardasse non al singolo atto o comportamento, ma al risultato finale, ovvero al «*trattamento pregiudizievole conseguente all'adozione di criteri neutri che svantaggino in modo proporzionalmente maggiore i lavoratori dell'uno o dell'altro sesso e riguardino requisiti non essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa*».

Questa definizione precorre e supera, con la rigidità dell'eccezione al divieto, fondata sull'essenzialità del requisito oggettivamente discriminatorio, la nozione introdotta dall'ordinamento comunitario con l'art. 2, 2° comma, della direttiva 97/80, che trova un limite di applicazione quando disposizioni, criteri, prassi (apparentemente neutri, ma che

---

[47] Cfr. LANQUETIN M.T., *La preuve de la discrimination: l'apport du droit communautaire,* in *Droit social,* 1995, 437.

colpiscono una quota nettamente più elevata di individui dell'uno o dell'altro sesso) «*siano adeguati e necessari e possano essere giustificati da ragioni obiettive non basate sul sesso*». Non solo per il severo parametro di giustificabilità accolto nella nozione, ma anche per altre significative innovazioni apportate alla preesistente disciplina antidiscriminatoria, prima tra tutte la regola della parziale inversione dell'onere della prova, si può affermare che «la legge 125/1991 sia stata, pur traendo chiaro spunto dal diritto comunitario, più realista del re»[48].

L'introduzione di una nozione di discriminazione *by effects* particolarmente rigorosa, ha in qualche modo influenzato la scelta definitoria compiuta con la direttiva 97/80, giunta dopo anni di inutili tentativi ascrivibili alla difficoltà di raccogliere i necessari consensi degli Stati membri su una proposta di direttiva che, oltre ad introdurre tali definizioni, sancisse un regime della prova agevolato. L'obiettivo è stato raggiunto tardi rispetto alla pionieristica esperienza italiana ma la Corte di giustizia, «spremendo il succo del materiale normativo sulla quale è stata chiamata a lavorare ricavandone il massimo potenziale»[49], ha in certa misura colmato il vuoto normativo.

Invero, già prima che nella direttiva del 1997 sull'onere della prova, era reperibile qualche accenno al concetto di discriminazione indiretta, oltre che in tema di discriminazioni di genere, anche nella disciplina attuativa del principio di libera circolazione dei lavoratori (art. 39 TCE), e specificatamente nel regolamento n. 1612/1968 CEE del 15 ottobre 1968, il cui art. 3.1, stabilisce l'inapplicabilità di disposizioni legislative che, «sebbene applicabili senza distinzione di nazionalità, hanno per scopo o effetto esclusivo o principale di escludere i cittadini degli Stati membri dall'impiego offerto». Il punto di partenza nella costruzione della nozione di discriminazione indiretta sta proprio nella distinzione che la Corte di giustizia ha in origine tracciato, in materia di libera circolazione dei lavoratori, tra discriminazione aperta e palese e discriminazione occulta o *deguisée*. Nella sentenza *Sotgiu* [50], la Corte pone l'accento sulla necessità che la parità di trattamento fra i cittadini comunitari sia assicurata «di diritto e di fatto», come recita il 5° considerando del preambolo del regolamento n. 1612/68, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità, per affermare l'illiceità delle forme «dissimulate» di discriminazione. In questo campo la Corte ha

---

[48] Cfr. Izzi D., *Eguaglianza e differenze nel rapporto di lavoro,* cit., 134.

[49] Cfr. Rivara A., *Discriminazione, giustificazione ed effettività nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee,* in *Lavoro e Diritto*, 1995, 80.

[50] Corte di Giustizia, 12 febbraio 1974, causa C-152/73, *Sotgiu v. Deutsche Bundespost,* in *Racc,* 1974, 164 ss.

continuato a proporre una simile distinzione, prima di «operare un mutamento terminologico che, accompagnandosi ad un ampliamento della tutela antidiscriminatoria per nazionalità»[51], avrebbe influenzato anche la giurisprudenza in materia di parità uomo/donna. L'ambigua distinzione tra «discriminazioni aperte e palesi», accertabili solo alla luce dell'art. 119 (ora 141) del Trattato, e «discriminazioni indirette e dissimulate», che per essere accertate dai giudici richiedono più precise norme comunitarie e/o nazionali applicative dell'art. 119 del Trattato, è stata riproposta dalla Corte nella famosa sentenza *Defrenne II* [52], che segna l'inizio dell'opera di elaborazione giurisprudenziale e normativa in materia di discriminazione tra lavoratori e lavoratrici per ragioni di sesso. Tale erronea distinzione, inizialmente servita ai giudici di Lussemburgo per circoscrivere il principio di parità, è stata opportunamente lasciata cadere nella successiva giurisprudenza sulla parità uomo/donna a tutto vantaggio della chiarezza concettuale e dell'efficienza del diritto comunitario. Le discriminazione dirette si sostanziano in illegittime differenziazioni basate su uno dei fattori di cui la legge prescrive l'irrilevanza, operate prevalentemente in modo occulto, cosicché la discriminazione diretta normalmente è tutto fuorché palese. D'altro canto, neppure la discriminazione indiretta può farsi coincidere con la discriminazione nascosta e dissimulata, in cui cioè l'intento discriminatorio viene mascherato dall'utilizzo di criteri solo apparentemente neutri[53].

Oltre che in materia di libera circolazione dei lavoratori nella stessa normativa comunitaria sulla parità di genere, prima della compiuta codificazione della nozione nella direttiva 97/80, era presente un timido riferimento alla qualificazione indiretta della discriminazione. L'art. 1, comma 2°, della direttiva comunitaria n. 75/117 in materia di parità salariale tra lavoratori e lavoratrici, dopo aver stabilito un divieto di discriminazione diretta in ragione del sesso nell'utilizzo di un sistema di classificazione professionale per determinare le retribuzioni, aggiunge che tale sistema «deve essere elaborato in modo da eliminare le discriminazioni basate sul sesso». Questa seconda regola, per quanto formulata in modo equivoco, «non potendo essere letta come una pleonastica ripetizione della prima, deve essere interpretata nel senso di vincolare i sistemi di classificazione ad operare in modo che risultino ignorate le

---

[51] Vedi Giubboni S., Orlandini G., *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea,* Il Mulino, Bologna, 2007, 18.

[52] Corte di Giustizia, 8 aprile 1976, causa C-23/75, *Defrenne v. SA Sabena,* in *Racc.,*1976, 455 ss.

[53] Un'esauriente spiegazione in merito è fornita da Rubenstain M., *Teorie sulla discriminazione,* in *Quaderni di diritto del lavoro e relazioni industriali,* 1990, 85 ss.

differenze di quantità o qualità della prestazione (…) cioè in modo da impedire o comunque non favorire il verificarsi di discriminazioni indirette»[54]. Un timido accenno alla nozione comunitaria di discriminazione indiretta può rinvenirsi soprattutto nell'art. 2 della direttiva 76/207, ai sensi del quale «il principio della parità di trattamento implica l'assenza di qualsiasi discriminazione fondata sul sesso, direttamente o indirettamente, in particolare mediante il riferimento allo stato matrimoniale o di famiglia».

Si tratta delle prime embrionali nozioni di discriminazioni indiretta che, oltre a guidare l'opera svolta dalla Corte di giustizia nella costruzione di una nozione "forte", hanno evidentemente ispirato la sibillina formulazione dell'art. 1, 2°comma, legge 903/1977, per cui «*la discriminazione (…) è vietata anche se attuata (…) in modo indiretto*». Formulazione questa, da cui parte della dottrina aveva cercato di trarre le più sostanziose conseguenze[55], subito smentite dallo scarso seguito in giurisprudenza, ove veniva generalmente ammessa l'adozione di criteri responsabili di pesanti sperequazioni di trattamento fra lavoratori e lavoratrici.

Di contro, la nozione di discriminazione indiretta, formulata nella direttiva 76/207 ancora in termini esemplificativi e limitati, ha costituito la base su cui la Corte di giustizia ha progressivamente affinato il concetto a partire dalle note sentenze *Jenkins* e *Bilka* [56], ambedue vertenti sull'applicazione dell'art. 119 (vecchia numerazione) del Trattato. In *Jenkins*, laddove una delle questioni sottoposte in via pregiudiziale dal giudice britannico, riguardava la compatibilità di una retribuzione oraria inferiore per i lavoratori *part-time* rispetto a quelli *full-time* con il principio di parità salariale sancito dall'art. 119, la Corte, accantonando la distinzione tra discriminazioni palesi e dissimulate avanzata in *Defrenne II*, afferma che l'art. 119 si applica a tutte le forme di discriminazione che possano essere identificate dal giudice sulla sola base dei criteri previsti da tale disposizione, senza che siano a tal fine necessarie altre misure di carattere nazionale o comunitario. Tuttavia, la coraggiosa affermazione dei giudici di Lussemburgo per cui «ove sia possibile provare che una percentuale di donne molto bassa lavora a *fulll-time* […] la disparità di trattamento risulterà contraria all'art. 119», viene stemperata da un ambiguo riferimento «ai fatti, alla storia

---

[54] Cfr. Ichino P., *Il contratto di lavoro,* in Cicu A., Messineo D. (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale, I,* Milano, 2000, 586.

[55] Vedi in proposito Treu T., *Commento alla legge 9 dicembre 1977, n. 903, Sub art. 1,* in *Le nuove leggi civili commentate*, 1978, 789 ss.

[56] Corte di Giustizia, 31 marzo 1981, causa C-96/80 *Jenkins v .Kingsgate Ltd,* in *Racc.,*1981, 911 ss.; Corte Giust., 13 maggio 1986, causa C-170/84, *Bilka-Kaufaus v. Weber von Hartz,* in *Racc.*, 1986, 1607 ss.

e alle intenzioni del datore di lavoro», come parametri di riferimento nell'avanzare giustificazioni al trattamento differenziato, comunque diverse dal sesso del lavoratore. Questo riferimento ha fatto pensare, anche al giudice britannico cui la questione è stata rinviata, che la Corte ritenesse di dover ancora tenere la discriminazione non intenzionale, al di fuori dell'ambito di operatività del divieto sancito dall'art. 119 [57]. Il linguaggio della Corte si fa più chiaro qualche anno dopo nella sentenza *Bilka* dove, richiamando quanto già affermato in *Jenkins,* i giudici di Lussemburgo precisano che «ove la proporzione delle donne occupate a full-time sia molto più bassa di quella degli uomini», l'esclusione dei *part-timers* dal beneficio previdenziale garantito dall'azienda è contraria all'art. 119 quando, «tenuto conto delle difficoltà che le donne incontrano nello svolgere lavoro a tempo pieno (…) la pratica salariale dell'azienda non possa essere spiegata con ragioni economiche obiettivamente giustificate, non connesse alla discriminazione sessuale».

In queste parole è palese l'ispirazione al test del *disparate impact*, regola elaborata dalla giurisprudenza statunitense, all'interno di una società profondamente segnata dalla segregazione razziale come quella nordamericana. Urgeva, in un simile contesto, approntare strumenti normativi idonei ad assicurare un'effettiva tutela a situazioni di disuguaglianza non sofferte dal singolo in modo sporadico, ma tali da contrassegnare in modo sistematico e strutturale una intera classe di soggetti. Di fronte ad una situazione tanto critica, è emersa senza riserve l'inadeguatezza dell'unico divieto fino ad allora contemplato. La discriminazione diretta, presupponendo che i suoi destinatari, al di là della caratteristica di cui si prescrive l'irrilevanza, versino in situazioni del tutto analoghe, «trascura la penalizzazione che deriva dall'appartenenza individuale ad un gruppo storicamente svantaggiato, cioè contrassegnato da un insieme di condizioni che in modo sistematico si traducono in minori opportunità»[58].

La Corte Suprema degli Stati Uniti, evidentemente consapevole dell'urgenza di operare un'incisiva estensione del significato della regola antidiscriminatoria, nell'interpretare il Titolo VII del *Civil Rights Act* del 1964, ha elaborato un nuovo modello di discriminazione, destinato ad un clamoroso successo sulla scena internazionale. È nel celebre *leading case Griggs v. Duke Power Co.,* che «si verifica un ampliamento della nozione di discriminazione che arriva ad inglobare progressivamente una serie di significati per cosi dire "diretti" e "presuntivi", che

---

[57] Vedi in proposito Ballestrero M.V., *La prova della discriminazione indiretta: ancora un passo avanti della Corte di Giustizia,* in *Rivista italiana di diritto del lavoro,* 1990, II, 781 ss.

[58] Cfr. Izzi D., *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro,* cit., 131.

si staccano dalla originaria esclusiva matrice intenzionale»[59]. Nella sentenza erano oggetto di esame giudiziale prassi aziendali della compagnia convenuta che contemplavano, quali requisiti di assunzione o di promozione a mansioni superiori, il possesso di un diploma di scuola superiore o il superamento di un test di intelligenza standard, modellato sul prototipo dell'uomo bianco di media istruzione. La Corte, chiamata a pronunciarsi sulla natura discriminatoria di talune prassi aziendali, avrebbe potuto affermare, come avevano fatto alcuni giudici di grado inferiore, che il Titolo VII proibisce soltanto discriminazioni intenzionali e non anche trattamenti uniformi cui conseguono effetti differenziati. Invece, facendo propria una concezione sostanziale di eguaglianza, i giudici decretarono l'illegittimità dei criteri utilizzati dalla compagnia convenuta che, sebbene apparentemente neutri, risultavano al tempo stesso non correlati alle specifiche prestazioni richieste e tali da escludere in misura proporzionalmente maggiore i lavoratori di colore[60].

Accogliendo la tesi formulata nel ricorso di un lavoratore nero, la Corte affermò che «la legge proibisce non solo la discriminazione aperta, ma anche quelle pratiche che sono eque nella forma ma discriminatorie nella sostanza»[61].

Una simile affermazione, sfidando il dogma del fondamento individualistico e neutrale della tutela antidiscriminatoria, non poteva rimanere priva di seguito. Quando nel 1977 la Corte Suprema applicò il *test Griggs* ad una situazione di disparità tra lavoratori e lavoratrici[62], il concetto di discriminazione indiretta aveva già trovato codificazione normativa nel Regno Unito, con riferimento sia al sesso che alla razza degli individui, e, seguendo i percorsi della giurisprudenza comunitaria in materia di libera circolazione, si apprestava a diventare l'asse portante della ricca elaborazione della Corte sulla parità tra uomini e donne nel lavoro.

Aperta dalle sentenze *Jenkins* e *Bilka* la strada alla comparazione tra gruppi, come base per stabilire una situazione *prima facie*, di discriminazione, l'ispirazione alla dottrina americana del *disparate impact* si fa ancora più esplicita nella giurisprudenza successiva. A questo creativo

---

(59) Cfr. D'Aloia A., *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale.* Padova, 2002, 153.

(60) Vedi per una più approfondita analisi della celebre sentenza resa dalla Corte Suprema Days D., *La battaglia sul caso Griggs ed il futuro dell'employment discrimination law negli Stati Uniti,* in *Quaderni di diritto del lavoro e relazioni industriali*, 1991, 63 ss.

(61) Caso *Griggs v. Duke Power Co.,* 401 U.S. 424 (1971).

(62) Caso *Dothard v.Rawlison*, 433 U.S. 321 (1977) in cui venne dichiarata indirettamente discriminatoria la richiesta di un requisito d'altezza minima per l'accesso al posto di guardia carceraria presso i penitenziari statali dell'Alabama.

filone giurisprudenziale comunitario, si è ispirata, senza che ricorresse alcun obbligo formale in tal senso, la legge n. 125/1991, introducendo nel nostro ordinamento una nozione di discriminazione *by effects* particolarmente stringente, dato il severo parametro di giustificazione accolto. Ai sensi dell'art. 4, 2° comma, della citata legge, costituisce discriminazione indiretta «*ogni trattamento pregiudizievole conseguente all'adozione di criteri che svantaggino in modo proporzionalmente maggiore i lavoratori dell'uno o dell'altro sesso e riguardino requisiti non essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa*».

Una definizione, questa, che ha riscritto «il divieto di discriminazione anche ai fini della legislazione precedente, modificando in radice anche la legge n. 903/1977»[(63)], e che ha ribadito la centralità del modello antidiscriminatorio formatosi attorno al fattore genere. La nozione di discriminazione ivi accolta ha infatti mostrato una *vis* espansiva tale da costituire la base di riferimento per l'elaborazione di una normativa antidiscriminatoria che rispondesse alla prepotente emersione di un altro fattore di identità/differenza, la razza, venuto in rilievo nel nostro ordinamento ancor prima che vi fosse un obbligo posto dal recepimento delle direttive «di seconda generazione». La stessa Corte Costituzionale, con la nota sentenza n. 163/1993 [(64)], ha fatto un passo ulteriore dando ingresso alla nozione di discriminazione indiretta a livello di interpretazione costituzionale quando ha ritenuto contraria al principio di eguaglianza la richiesta, quale requisito legislativo di accesso ad un impiego pubblico, di una statura minima identica per gli uomini e le donne, in quanto essa comporta «*un'irragionevole sottoposizione a un trattamento giuridico uniforme di categorie di persone caratterizzate, in base a dati desumibili da una media statistica, da stature differenti. Con la conseguenza che le candidate al concorso pubblico (…) sarebbero penalizzate in ragione del sesso, dovendo subire, in conseguenza della disposizione contestata, quella che l'art. 4 della legge 125/1991 definisce una discriminazione indiretta*». Per l'autorità da cui promana e il significato che di conseguenza assume, tale pronuncia è stata interpretata in dottrina come il segno di una sorta di «costituzionalizzazione della nozione di discriminazione indiretta»[(65)], che costituiva il preludio di un suo impiego in altre ipotesi di discriminazione diverse dal sesso, espressamente nominate dal testo costituzionale. Nella pronuncia la Corte fa altresì riferimento alla rilevanza del dato statistico, profilo

---

[(63)] Cfr. Ballestrero M.V., *La nozione di discriminazione nella legge n. 125/1991,* cit., 777.

[(64)] Corte Costituzionale, sentenza 2 aprile 1993, n. 163, in *Il corriere giuridico*, 926 (punto 3, par. 1).

[(65)]Cfr. Barbera M., *La nozione di discriminazione,* cit., 56.

strettamente legato alla regola dell'alleggerimento dell'onere probatorio tanto da costituire tradizionalmente il completamento logico del modello normativo *by effects*.

Sono state precedentemente chiarite le novità intervenute sul profilo probatorio contestualmente alla duplicazione delle fattispecie discriminatorie, tuttavia, deve essere sviluppato qualche altro ragionamento al riguardo, partendo dal presupposto che anche le difficoltà nel maneggiare i dati statistici hanno condotto ad un ripensamento della nozione di cui si discute. Se si tiene conto che l'individuazione della discriminazione indiretta postula un raffronto non più tra singoli ma tra gruppi di soggetti, cui va riferita la misurazione degli effetti conseguenti all'adozione del criterio apparentemente neutro, si comprende la ragione per cui il legislatore del 1991, contestualmente alle disposizioni sulla sufficienza di una prova *prima facie,* ha introdotto l'uso di prove statistiche. Progressivamente, reagendo ai limiti tecnici di cui soffre questo mezzo probatorio, la giurisprudenza comunitaria ha legittimato all'occorrenza parametri probatori aspecifici come la dimensione sociologica o la generale conoscenza di un fenomeno. Un approccio più elastico nell'accertamento del *disparate impact* può ravvisarsi nella sentenza *Danfoss* [66]*,* laddove la Corte, richiedendo la giustificazione dell'incentivazione retributiva basata sul criterio della flessibilità, dà per scontata la minore disponibilità delle donne ad accettare luoghi e orari di lavoro variabili, assumendo come parametro di riferimento la notorietà di un fatto sociale e la comune esperienza, più che le risultanze statistiche[67]. Nello stesso senso si erano evidentemente orientati i giudici di Lussemburgo nella precedente sentenza *Bilka* [68]*,* affermando che, ove la proporzione delle donne occupate *full-time* fosse molto più bassa di quella degli uomini, l'esclusione dei *part-timers* dal beneficio previdenziale discusso nel caso di specie risultava contraria all'art. 119 del Trattato qualora, «tenuto conto delle difficoltà che le donne incontrano nello svolgere lavoro a tempo pieno», la pratica salariale dell'azienda Bilka-Kaufaus non potesse essere spiegata con altre ragioni capaci di escludere la discriminazione sessuale.

Nella misura in cui il "nuovo corso" ha svuotato di significato la rilevanza di indagini statistiche, sono stati legittimati nuovi parametri giudiziali che «preludono logicamente ad un modello di discriminazione

---

[66] Corte di Giustizia, *Danfoss*, cit. a nota 29.

[67] Vedi sull'adozione di un criterio come la dimensione sociologica e la generale conoscenza di un fenomeno, LANQUETIN M.T., *La preuve de la discrimination:l'apport du droit communautaire,* in *Droit Social,*1995, 438.

[68] Corte di Giustizia, 13 maggio 1986, causa C-170/84, *Bilka-Kaufaus v. Weber von Hartz,* in *Racc.*, 1986, 1607.

indiretta in cui, a ben guardare, il pregiudizio a carico del gruppo tutelato dal divieto è supposto anziché accertato e la sua quantificazione, di conseguenza, è necessariamente approssimativa»[69].

Un simile modello, destinato a diffondersi fino a ricevere esplicita codificazione normativa, ha ottenuto l'avallo della Corte di giustizia nella sentenza *O'Flynn,* concernente una discriminazione di fonte legale nei confronti dei lavoratori migranti. In questa nota pronuncia i giudici di Lussemburgo hanno affermato che devono essere giudicate indirettamente discriminatorie «le regole poste dall'ordinamento nazionale le quali, benché indistintamente applicabili secondo la cittadinanza, riguardino essenzialmente (…) o in gran parte i lavoratori migranti (…), nonché le condizioni indistintamente applicabili che possono essere soddisfatte più agevolmente dai lavoratori nazionali che dai lavoratori migranti (…) o che rischiano di essere sfavorevoli, in modo particolare ai lavoratori migranti.(…) Non è necessario al riguardo accertare se la disposizione di cui trattasi si applichi in concreto ad una percentuale notevolmente più elevata di lavoratori migranti. Basta rilevare che detta disposizione è in grado di produrre un effetto del genere»[70].

Questo orientamento inaugurato dalla Corte in relazione alla tutela antidiscriminatoria dei lavoratori migranti, equiparando la semplice idoneità lesiva alla lesione subita, è tale da ampliare considerevolmente l'ambito di applicazione del divieto di discriminazione. In particolare la Corte, nel caso di specie, semplifica la prova del trattamento sfavorevole, che potrà essere ricavata dalla semplice interpretazione della norma senza dimostrare che vi sia stato un effetto sfavorevole su un numero maggiore di lavoratori migranti, senza quindi che sia necessario produrre dati statistici. Il ricorrente dovrà solo provare il pregiudizio subito e il nesso di causalità con una normativa o una prassi apparentemente neutra che, per come è formulata e/o applicata, è idonea a produrre tale pregiudizio. La ragione di una inconsueta apertura all'ammissibilità della capacità lesiva anche solo potenziale di una misura discriminatoria, può essere rintracciata nella maggiore problematicità che presenta la rilevazione statistica del *disparate impact* quando vengono in considerazione «gruppi più eterogenei, più fluttuanti e meno trasparenti di quelli individuati dal riferimento al sesso di appartenenza»[71]. Mentre il fatto di essere uomo o donna è di per sé evidente, non ammette alternative ed è privo di qualunque collegamento con l'ambito territoriale

---

[69] Cfr. Izzi D., *Eguaglianza e differenze nel rapporto di lavoro,* cit., 151.

[70] Corte di Giustizia, 23 maggio 1996, C-237/94, *O'Flynn v.Adjutication officer*, in *Racc.,* 1996, 2617.

[71] Cfr. Izzi D., *Eguaglianza e differenze nel rapporto di lavoro*, cit., 152.

considerato, l'appartenenza ad una determinata razza è un connotato suscettibile di molteplici variazioni e non distribuito in modo uniforme nella popolazione nazionale. Al precedente espresso nella sentenza *O' Flynn*, concernente non a caso una discriminazione di fonte legale nei confronti di un gruppo difficilmente circoscrivibile come quello dei lavoratori migranti, si è ispirato il legislatore comunitario quando, nel sancire i divieti di discriminazione indiretta basati sui nuovi "fattori di rischio", ha dato una definizione della fattispecie evidentemente tributaria delle posizioni espresse in quell'occasione.

Ai sensi dell'art. 2, par. 2, lett. *b*, della direttiva 43/2000 CE (articolo formulato in maniera identica nella direttiva 78/2000 CE) la discriminazione indiretta si configura quando: «*una disposizione, un criterio o una prassi, un atto o un patto apparentemente neutri possono mettere*» le persone di una determinata razza o origine etnica, oppure appartenenti ad una determinata ideologia o religione, o portatrici di *handicap*, ovvero con una particolare età o orientamento sessuale «*in una posizione di particolare svantaggio, rispetto alle altre persone, a meno che detta disposizione criterio o prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari*».

Ribaltando la storia della legislazione antidiscriminatoria, sono stati gli spunti e le acquisizioni raggiunte in ambiti diversi dalla discriminazione per motivi di genere a comportare un ripensamento del concetto in rapporto proprio a quel "fattore di rischio" che aveva svolto fino al 2000 la funzione innegabile di metamodello. Il riflusso entro l'imponente patrimonio normativo costruito sulla differenza di genere, di disposti giuridici che hanno fatto la loro comparsa in relazione a fattori diversi, è spiegabile alla luce di quell'esigenza di coerenza e unitarietà del diritto antidiscriminatorio che il legislatore comunitario, dopo aver timidamente dichiarato nel preambolo della direttiva 2002/73/CE (al 6° considerando), ha perseguito con vigore nell'opera di sistematica riorganizzazione della disciplina di parità tra lavoratori e lavoratrici, condensata nella direttiva 2006/54/CE.

Il confronto tra la dizione comunitaria di discriminazione indiretta introdotta dalla direttiva 97/80 e quella riguardante i nuovi fattori di rischio rivela che, dei tre elementi su cui è imperniata la nozione, vale a dire il criterio apparentemente neutro, l'impatto sfavorevole sperequato che ne discende e l'assenza di una causa giustificativa, è senza dubbio il secondo quello che le direttive 73/2000/CE e 48/2000CE hanno configurato in termini sensibilmente diversi rispetto al preesistente modello normativo, equiparando l'idoneità della lesione all'atto lesivo, da un lato, e il particolare svantaggio alla notevole sproporzione delle conseguenze pregiudizievoli, dall'altro. I medesimi rilievi possono avanzarsi in rife-

rimento all'art. 25, par. 2, del Codice delle pari opportunità tra uomo e donna che richiama una definizione di discriminazione indiretta identica a quella formulata nelle direttive del 2000, superando l'esigenza di un riscontro materiale della disparità, chiaramente sottintesa nell'art. 4, 2° comma della legge 125/1991, che chiama in causa «ogni trattamento pregiudizievole conseguente all'adozione di un certo criterio».

Il dibattito sorto in merito al presunto affrancamento della nozione di discriminazione dalla classica matrice relazional-comparativa ha investito anche la definizione di discriminazione indiretta. Il riferimento alla potenzialità lesiva, piuttosto che agli «effetti pregiudizievoli», di disposizioni, criteri o prassi apparentemente neutri tali da causare una situazione di «particolare svantaggio», che prescinde dalla riscontrata sproporzione dei soggetti lesi, implica un ridimensionamento del *disparate impact*, imprescindibile criterio di identificazione della fattispecie secondo l'originaria elaborazione presa in prestito dalle corti statunitensi. L'accoglimento di «una concezione cumulativa della discriminazione, insieme quantitativa e qualitativa»[72], in linea con la nuova definizione di discriminazione diretta, ha introdotto nel quadro normativo precedente elementi ulteriori di incertezza, suscettibili di tradursi in un indebolimento dell' effettività della tutela antidiscriminatoria, già *punctum dolens* della disciplina.

La giurisprudenza comunitaria aveva da tempo dimostrato di sapere rinunciare alla rilevazione quantitativa dell'effetto sperequato qualora entrassero in gioco «fattori notori, comunemente riconosciuti dalla comunità sociale di cui il giudice è espressione»[73]. Un approccio flessibile all'accertamento del *disparate impact* ha caratterizzato le pronunce rese in alcuni casi, evidentemente circoscritti, in cui l'integrarsi di una discriminazione indiretta è dipeso dalla mera sussistenza di situazioni potenzialmente più a rischio di discriminazione per un dato gruppo protetto, a prescindere dall'attualità-materialità della lesione subita. Questo esiguo filone giurisprudenziale, incardinato nella sentenza *O'Flynn*, e l'esigenza di superare i limiti tecnici insiti nella rilevazione statistica, hanno motivato la riscrittura della nozione formulata in relazione a fattori di rischio diversi dal genere.

Coloro che ritengono del tutto superata la prova statistica, paventano il rischio di una *individualizzazione* della nozione di discriminazione[74], possibile nella misura in cui la prova statistica testimonia l'adesione

---

[72] Così Lanquetin M.T., *L'égalité entre les femmes et les hommes: sur la directive 2002/73 CE du 23 septembre 2003,* in *Droit social*, 2003, 317.

[73] Cfr. Izzi D., *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro*, cit., 56.

[74] Questa è la posizione di Fredman S., *Equality: a new generation?,* in *Industrial Law Journal,* 2001, 145 ss.

ad una certa visione della discriminazione centrata sul gruppo, per cui più alto è l'effetto di esclusione prodotto, tanto più probabile è che esso sia strettamente connesso ad un'identità collettiva. L'interprete sulla base di risultanze numeriche inequivocabili, è portato a valutare in modo obiettivo in termini di verosimiglianza/probabilità che un certo effetto sia causato da una prassi discriminatoria. Ammettendo che la posizione di «particolare svantaggio» si riferisca all'identità soggettiva, più che all'appartenenza ad un gruppo sociale discriminato in ragione di certe caratteristiche collettivamente intese, il problema si pone in termini di *soggettivizzazione del giudizio* [75]. Guardando al *restyling* normativo operato sulla "nozione madre" da quest'angolo prospettico, sono stati avanzati seri dubbi circa i vantaggi che possono trarsi dalla sua riformulazione unitaria suscettibile di produrre qualche regresso nella tutela approntata in difesa del genere d'appartenenza e comunque di fattori dati e immutabili, in cui «la *consciousness* della differenza è *consciousness* della discriminazione»[76].

Una simile lettura, tuttavia, sembra non tenere in debito conto che il criterio quantitativo della sproporzione e, conseguentemente, la comparazione tra i trattamenti riservati ai gruppi, non possono dirsi del tutto superati. Il divieto di discriminazione continua ad essere formulato come divieto di trattare «meno favorevolmente», o di causare «particolare svantaggio», ad alcuni soggetti rispetto ad altri: continua, cioè, a colpire una diseguaglianza tra due termini relazionali, qualificandola come discriminazione, per cui è inevitabilmente basato su un giudizio comparativo[77]. Inoltre, la legittimità e l'opportunità del riferimento alla prova statistica contenuta nella disciplina dei profili probatori del Codice delle pari opportunità, cosi come della direttiva 2006/54, ridimensiona i rischi priva paventati.

La discussione se questa tendenziale unificazione del tessuto normativo, costituisca un vantaggio o uno svantaggio è aperta, e le opinioni divergono. Al di là del dibattito dottrinale sull'opportunità o meno dell'intervento armonizzatore sostanziatosi nella direttiva 2002/73, è innegabile la presenza di un *file rouge* unificante le direttive comunitarie di "seconda generazione": l'affiancamento alla componente procedurale di matrice relazionale, propria del giudizio di discriminazione, di un elemento nuovo consistente nella considerazione dell'efficacia della tutela apprestata dal legislatore a prescindere dalla valutazione, di

---

[75] Hepple B. e Barnard C., *Substantive Equality,* in *Common Law Journal*, 2000, 562 ss.

[76] Ballestrero M.V., *Eguaglianza e differenze nel diritto del lavoro. Note introduttive,* in *Lavoro e diritto*, 2004, 513.

[77] *Ivi* , 515.

carattere comparativo, che situazioni uguali, abbiano o meno ricevuto un trattamento equivalente[78]. Pur prendendo atto del maggior grado di approssimazione che caratterizzerà in futuro il giudizio antidiscriminatorio, non si può leggere nelle modifiche terminologiche discusse il segno di un pericoloso stravolgimento del sistema di tutela approntato. La giurisprudenza pregressa suggerisce, piuttosto, che si possa prescindere dal giudizio comparativo, e quindi dalla misurazione quantitativa degli effetti sperequati, solo in presenza di circostanze, accertabili di caso in caso, quali la dimensione sociologica del fenomeno indagato o la sua notorietà sociale per cui ai fini del giudizio risulta superflua la misurazione del *gap* tra individui colpiti e non dalla prassi discriminatoria. In tutte le altre ipotesi, il risultato pregiudizievole, e cioè l'effetto sperequato prodottosi in concreto, è l'unico criterio utile ad identificare oggettivamente la fattispecie in senso illecito. D'altronde, ragionando in termini di certezza del diritto, sarebbe opportuno negare la relatività ontologica del concetto di discriminazione rimettendo la tutela dei soggetti lesi nelle mani della mutevole sensibilità e della discrezionale predisposizione del singolo giudice a ricavare dalla realtà sociale generalizzazioni e astrazioni circa l'esistenza di prassi discriminatorie? Volendo schivare i rischi involutivi connessi al *restyling* operato sulla "nozione madre", la risposta non potrebbe che essere negativa.

GERMANA CARUSO

---

[78] In tal senso si esprime POLLICINO O., *Di cosa parliamo quando parliamo di uguaglianza? Un tentativo di problematizzazione del dibattito interno alla luce dell'esperienza sopranazionale,* cit., 462.

INDICE GENERALE

ANNO XVI – 2008

RASSEGNA GIURIDICA UMBRA

Direzione scientifica:

David Brunelli, Bruno Cavallo, Antonio Palazzo

Comitato scientifico:

Antonio Bartolini, Piero Cenci, Giovanni Dean, Carlo Fiorio, Alessandra Lanciotti, Chiara Lazzari, Sergio Matteini Chiari, Livia Mercati, Giovanni Morani, Massimo Ricciarelli, Francesco Scaglione, Stefania Stefanelli, Stelio Zaganelli

Comitato di redazione:

Maria Chiara Bisacci, Valentina Colcelli, Daniela Falcinelli, Adele Grimaldi, Federica Mazzasette, Alessandro Ricci, Bruna Ronconi

Direttore responsabile: Dante Duranti

INDICE CRONOLOGICO DELLA GIURISPRUDENZA

Pag.

DIRITTO CIVILE

Corte di Cassazione, 21 gennaio 2008, n. 1218 385

Corte d'appello di Perugia, 7 ottobre 2002 385
Corte d'appello di Perugia, 11 giugno 2008 404

Tribunale per i minorenni di Perugia, 4 maggio 2008 1

Tribunale di Perugia, 23 febbraio 2005 416
Tribunale di Perugia, 18 aprile 2006 (ord.) 428
Tribunale di Perugia, 14 marzo 2007 435
Tribunale di Perugia, 10 gennaio 2008 8
Tribunale di Perugia, 15 gennaio 2008 439
Tribunale di Perugia, 19 marzo 2008..... 445
Tribunale di Perugia, 17 giugno 2008 454
Tribunale di Perugia, 25 giugno 2008 13
Tribunale di Perugia, sez. di Assisi, 20 novembre 2008 (decr.) 460

Tribunale di Terni, 14 luglio 2008 16

Giudice di Pace di Perugia, 19 novembre 2007 468

Giudice di Pace di Terni, 31 marzo 2008 28

DIRITTO PENALE

Corte di Cassazione, sezione VI, 16 dicembre 2008 477

Corte d'appello di Perugia, 16 febbraio 2007 45

Pag.

Corte d'appello di Perugia, 23 ottobre 2007 488

Corte d'assise di Perugia, 24 novembre 2007 506

Tribunale di Perugia, Sezione riesame e appelli misure cautelari reali, 26 novembre 2008 556

Tribunale Monocratico di Perugia, 12 giugno 2006 69
Tribunale Monocratico di Perugia, 14 giugno 2007 84
Tribunale Monocratico di Perugia, 13 luglio 2007 93
Tribunale Monocratico di Perugia, 27 giugno 2008 113

G.U.P. Tribunale di Perugia, 23 novembre 2006 129
G.U.P. Tribunale di Perugia, 28 maggio 2008 582

DIRITTO PUBBLICO

T.A.R. Umbria, 7 marzo 2007 153
T.A.R. Umbria, 5 giugno 2007 251
T.A.R. Umbria, 2 luglio 2007 232
T.A.R. Umbria, 12 luglio 2007 701
T.A.R. Umbria, 24 ottobre 2007 191
T.A.R. Umbria, 27 dicembre 2007 153
T.A.R. Umbria, 20 maggio 2008 650
T.A.R. Umbria, 7 giugno 2008 669

Corte dei Conti, 4 ottobre 2007 207
Corte dei Conti, 8 aprile 2008 603

INDICE DEGLI AUTORI

Pag.

NOTE ED OSSERVAZIONI A SENTENZA

MARIA AMELIA, *Brevi note in tema di efficacia del giudicato penale nel giudigiudizio civile di risarcimento del danno* 454

MARIA CHIARA BISACCI, *Postille in tema di unicità della condotta e natura abituale del delitto di esercizio abusivo di una professione* 84

ALESSANDRO G. CANNEVALE, *L'elemento soggettivo del reato di calunnia nelle ipotesi di falsa denuncia di abuso di ufficio* 582

DANIELA FALCINELLI, *Osservazioni a Corte d'assise di Perugia, 24 novembre 2007* 506

DANIELA FALCINELLI, *La regola del sospetto, nel "testo" e nel "contesto" del delitto di trasferimento fraudolento di valori* 556

DANIELA FALCINELLI, *Il tramonto giurisprudenziale degli obblighi impeditivi silenti e della colpa asintomatica* 129

ALESSANDRO FORMICA, *Vincoli urbanistici e potere conformativo della proprietà privata: linee evolutive e profili critici* 701

ANNALAURA GIANNELLI, *L'aggiudicazione mediante procedura ristretta: brevi riflessioni in tema di interesse al ricorso, onere di notifica e possibilità di rinegoziazione* 669

LARA GRECO, *La correlazione tra imputazione e sentenza* 488

ELIGIO IANNUZZIELLO - FRANCESCA INNOCENZI, *La notificazione dei provvedimenti della pubblica amministrazione* 468

CHIARA LAZZARI, *Postille in tema di concussione* 477

CHIARA LAZZARI, *Doping e maltrattamento di animali: è reato solo dopo il il 2004?* 113

IRENE LONGO, *Brevi riflessioni in tema di sottrazione internazionale di minori* 1

IRENE LONGO, *Alcune osservazioni sull'affidamento condiviso dei figli* 428

GIULIA MALACORTI, *In tema di notificazioni al difensore legittimamente impedito sostituito d'imperio dal giudice* 45

ANTONIO MARINCOLO - LUCA MARZULLO, *Osservazioni a Tribunale di Perugia, 14 marzo 2007* 435

MARCO MEDORO, *Natura giuridica e tutela giurisdizionale delle intese tra amministrazioni, privati ed enti di fatto in materia di gestione dei rifiuti* 232

Pag.

BARBARA MINENTI, *Responsabilità amministrativa del medico di base: errata prescrizione e danno all'immagine* 207

ALDO NATALINI, *Osservazioni a Tribunale Monocratico di Perugia, 13 luglio 2007* 93

FRANCESCO NESTA, *Affidamento dei Servizi per l'infanzia ausiliari ed educativi – Requisiti di partecipazione alle relative procedure di gara* 251

ANDREA PENSI, *Osservazioni a T.A.R. Umbria, 24 ottobre 2007* 191

CLAUDIA RUZZICONI, *Interposizione illecita nel rapporto di lavoro, appalto di servizi e nuovi profili in tema di poteri dell'appaltatore* 404

SANDRO SABA, *Natura giuridica della dichiarazione di inizio attività fra* révirements *giurisprudenziali ed interventi normativi* 153

CHIARA SANTILLI, *Legge "ex Cirielli": è costituzionale l'aggravamento di pena a carico dei super-recidividi?* 69

ANDREA SASSI, *Nullità del contratto e principio dispositivo* 385

LUIGI SCONOCCHIA SILVESTRI, *Vendita di beni ereditari oggetto di preliminare e minore di età* 16

LUIGI SCONOCCHIA SILVESTRI, *Modifica di elementi dell'obbligazione e fattispe-fattispecie novative* 385

ANGELA MARIA SPALAZZI CAPRONI, *La responsabilità da contagio per sangue infetto* 416

STEFANIA TUCCANI, *Problematiche relative all'omologazione e taratura dei dispositivi documentatori di infrazioni semaforiche* 28

GIORGIO VERCILLO, *Note critiche in tema di indegradabilità del diritto alla salute. Per una (provocatoria) rilettura della questione* 153

GIORGIO VERCILLO, *Brevi note sul regime giuridico delle acque minerali* 650

GOFFREDO ZUDDAS, *Soggetto in stato vegetativo permanente e amministrazione di sostegno* 460

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

DANIELE MIGLIORATI, *Le nuove norme processuali in materia di contenzioso relativo al recupero degli aiuti di Stato* 737

DOTTRINA

GERMANA CARUSO, *La nozione di discriminazione nel rapporto di lavoro tra diritto interno e diritto comunitario* 781

FILIPPO DE MARCHIS, *Fondazioni di origine bancaria (Ancora qualche "vetrino" al microscopio)* 777

Pag.

STEFANO GIUBBONI, *Il licenziamento del dirigente pubblico e privato. Introduzione ad un seminario*..... 771

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

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

SABRINA MURGO, *Il contratto autonomo di garanzia: eccezioni opponibili e tutela dei soggetti*..... 757

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

AURORA RICCI, *Prove ematogenetiche e disconoscimento della paternità: la svolta della Consulta*..... 307

INDICE ANALITICO-ALFABETICO DELLA GIURISPRUDENZA

ACQUE MINERALI E TERMALI – Concessione per lo sfruttamento – Disciplina giuridica – Codice dell'ambiente – È applicabile, 650.
– Concessione per lo sfruttamento – Interesse pubblico allo sfruttamento – Sussiste – Interesse pubblico alla tutela dell'ambiente – Sussiste, 650.
– Disciplina giuridica – Codice dell'ambiente – È applicabile, 650.
AMBIENTE – Rifiuti – Gestione – Protocolli di intesa – Natura giuridica – Accordi integrativi o sostitutivi – Accordi di programma – Atti normativi – Limitazione del potere discrezionale – Sussiste, 220.
CALUNNIA – Elemento soggettivo – Dolo – Insussistenza della consapevolezza di incolpare un innocente – Esclusione – Insussistenza del reato, 582.
– Elemento soggettivo – Dolo – Insussistenza della consapevolezza di incolpare un innocente – Esclusione – Insussistenza del reato, 582.
CIRCOLAZIONE STRADALE – Impianti semaforici – Omologazione e taratura – Passaggio con luce rossa – Rilievo fotografico – Assenza di vigili – Legittimità dell'accertamento, 26.
COMODATO – Comodato di bene immobile – Durata indeterminata – Domanda di restituzione – Istanza di proroga per la riconsegna – Ritardo nella riconsegna – Concessione di proroga – Esclusione – Rilascio immediato – Necessità, 439.
– Comodato di bene immobile – Durata indeterminata – Domanda di restituzione – Eccezioni del comodatario sui beni da restituire – Individuazione dei beni oggetto del contratto – Onere della prova gravante sul comodante – Sussistenza, 439.
CONCUSSIONE – Contratto di prestazione professionale preesistente al reato – Influenza del Pubblico Ufficiale successiva e/o concomitante al rapporto negoziale – Sussistenza – Ammissibilità, 477.
– Impugnazione – Controinteressati in senso tecnico – Periodo antecedente l'aggiudicazione – Configurabilità – Esclusione, 669.
– Obbligo di aggiornamento dei prezziari – Dipendenza dalla previa rilevazione ministeriale – Esclusione, 669.
– Presentazione delle offerte – Progetto esecutivo – Normativa tecnica di riferimento – Difformità – Correzione – Esclusione, 669.
– Procedura ristretta – Mancata presentazione dell'offerta – Impugnazione del bando – Interesse al ricorso – Sussistenza, 669.
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 e cooperative iscritte in una sezione dell'albo regionale delle cooperative sociali – Esclusione, 244.
– 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.
CONTRATTO IN GENERE – Nullità – Rilevabilità d'ufficio – Presupposti, 371.
CORTE DEI CONTI – Giurisdizione – Responsabilità amministrativa – Medico di base – Rapporto di servizio – Fattispecie – Sussistenza, 201.
– Responsabilità amministrativa – Danno all'immagine della P.A. – Danno a formazione progressiva – Prescrizione – Qualificazione, 201.
DELITTI CONTRO LA PERSONA – Omicidio – Reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti – As-

senza di volontà dell'evento pur nella forma del dolo eventuale – Rappresentazione dell'evento diverso come sviluppo logicamente prevedibile della condotta concordata – Configurabilità, 506.
– Omicidio – Distinzione tra dolo diretto e dolo eventuale – Configurabilità del dolo diretto, in subordine del dolo eventuale, 506.
DIFESA E DIFENSORE – Rinvio dell'udienza per legittimo impedimento – Diritto all'avviso della nuova udienza – Esclusione, 43.
DIFFAMAZIONE – Elemento soggettivo – Insussistenza del requisito della divulgazione – Esclusione – Insussistenza del reato, 582.
– Fasce di rispetto – Natura giuridica – Individuazione, 701.
– Vincoli preordinati all'espropriazione – Reiterazione – Necessità congrua motivazione – Sussiste, 701.
– Vincoli urbanistici – Apposizione per finalità di tutela culturale e ambientale – Possibilità – Sussiste, 701.
– Vincoli urbanistici – Destinazioni c.d. "miste" – Diritto all'indennizzo – Non sussiste, 701.
– Vincoli urbanistici di inedificabilità – Potere conformativo della proprietà privata – È sindacabile solo sotto il profilo della logicità e ragionevolezza, 701.
EDILIZIA ED URBANISTICA – Denuncia di inizio attività – Natura giuridica – Individuazione, 260.
– 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.
– Monetizzazione standard urbanistici – Discrezionalità – Determinazione dell'importo – Accettazione della proposta, 191.
– Giustizia amministrativa – Denuncia di inizio attività – Impugnazione – Decorrenza del termine per l'impugnazione – Individuazione, 260.
ENTI LOCALI – Consiglieri comunali – Deliberazioni assunte in violazione dei limiti all'indebitamento – Sanzione oggettiva e sanzione soggettiva – Relazione, 603.
– Consiglieri comunali – Deliberazioni assunte in violazione dei limiti all'indebitamento – Sanzione oggettiva – Nullità – Sentenza della Corte dei conti – Necessità – Natura – Sentenza dichiarativa, 603.
– Consiglieri comunali – Deliberazioni assunte in violazione dei limiti all'indebitamento – Nullità parziale – Configurabilità, 603.
– Consiglieri comunali – Deliberazioni assunte in violazione dei limiti all'indebitamento – Sanzione soggettiva – Condanna ad una pena pecuniaria – Giurisdizione della Corte dei conti – Sussistenza, 603.
– Consiglieri comunali – Deliberazioni assunte in violazione dei limiti all'indebitamento – Sanzione soggettiva – Condanna ad una pena pecuniaria – Colpa grave – Necessità, 603.
– Spese di manutenzione ordinaria – Natura – Spese di investimento – Esclusione – Finanziamento – Ricorso all'indebitamento – Esclusione, 603.
– Spese di manutenzione straordinaria – Natura – Spese di investimento – Sussistenza – Finanziamento – Ricorso all'indebitamento – Ammissibilità, 603.
– Spese di manutenzione straordinaria – Spese di manutenzione ordinaria – Differenza, 603.
– Spese in conto capitale – Spese di investimento – Differenza, 603.
ESERCIZIO ABUSIVO DI UNA PROFESSIONE – Pluralità di condotte – Unicità dell'ambito territoriale – Pluralità di reati – Esclusione, 75.
FALLIMENTO – Azione revocatoria fallimentare – Esercizio – Presupposti – Stato di insolvenza del debitore – Pignoramenti e atti di protesto – Conoscenza – Prova – Sussistenza, 435.
– Azione revocatoria fallimentare – Mezzo di reintegrazione della responsabilità patrimoniale – Sussistenza – Carattere restitutorio – Insussistenza, 435.

FILIAZIONE NATURALE – Spese straordinarie – Accordo preventivo sulle spese straordinarie – Passaggio in giudicato – Delle pronuncie in materia di affidamento e mantenimento della prole, 13.
GIUDIZIO (RAPPORTO) – Cosa giudicata penale, autorità nel giudizio civile – Sentenza di non doversi procedere – Difetto di querela – Non imputazione dei fatti-reato – Risarcimento del danno, 454.
GIURISDIZIONE E COMPETENZA – Sanità – Autorizzazione di prestazioni sanitarie a carico del Servizio Sanitario Nazionale – Diniego – Giurisdizione del g.A. – Sussistenza – Limiti e condizioni, 149.
INQUINAMENTO – Rifiuti – Traffico illecito – Pluralità di soggetti agenti – Necessità – Esclusione, 92.
Rifiuti – Traffico illecito – Gestione – Nozione – Abusività – Individuazione – Ingiusto profitto – Dolo specifico – Necessità, 92.
Rifiuti – Traffico illecito – Pluralità di operazioni caratterizzate da continuità – Necessità – Conseguenze – Istituto della continuazione – Esclusione – Reato – Natura – Progressivo nell'evento, 92.
Rifiuti – Traffico illecito – Ingente quantitativo – Finalità – Nozione – Riferibilità al complesso delle attività – Necessità, 92.
INTERDIZIONE, INABILITAZIONE, AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO – Amministrazione di sostegno – Interdizione – Rapporti – Fattispecie, 461.
– Persona totalmente invalida – Situazione patrimoniale modesta – Nomina di un amministrazione di sostegno – Necessità, 461.
LAVORO (RAPPORTO) – Interposizione nel rapporto di lavoro – Violazione dell'art. 1, legge 1369/1960 – Insussistenza – Vincolo di subordinazione con il committente – Insussistenza – Liceità del contratto di appalto, 400.
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.
NOTIFICAZIONE ATTI CIVILI – Procedimento di notifica effettuata da un soggetto esterno – Illegittimità – Nullità – Esclusione – Inesistenza – Ammissibilità – Sanatoria – Ammissibilità – Esclusione, 468.
– Procedimento di notifica – Funzione pubblica – Esternalizzazione del servizio – Ammissibilità – Esclusione, 468.
OBBLIGAZIONI IN GENERE – Novazione oggettiva – Presupposti – Fattispecie, 371.
– Novazione oggettiva – Presupposti – Fattispecie, 372.
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 CIVILE – Trasfusione di plasma e derivati infetti – Responsabilità del Ministero della Salute – Sussistenza – Conseguenze, 416.
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.
SEPARAZIONE DEI CONIUGI – Affidamento dei figli – Modifica dei provvedimenti – Affidamento condiviso – Ammissibilità, 428.
SOCIETÀ – Società a responsabilità limitata – Gravi irregolarità – Istanza di revoca dell'amministratore – Pro-

cedimento cautelare – Partecipazione della società – Litisconsorzio necessario – Esclusione, 445.
– Società a responsabilità limitata – Gravi irregolarità – Istanza di revoca dell'amministratore – Proponibilità ante causam – Inammissibilità – Richiesta provvedimento cautelare in corso di causa – Ammissibilità, 445.
SUCCESSIONE EREDITARIA – Vendita di beni ereditari – Preliminare concluso dal *de cuius* – Eredi minori – Autorizzazione del Tribunale – Necessità – Esclusione, 16.
TRASFERIMENTO FRAUDOLENTO DI VALORI – Misure di prevenzione – Sequestro preventivo di beni confiscabili – Estremi – *Fumus commissi delicti* – Sussistenza – *Periculum in mora* – Insussistenza, 556.

INDICE ANALITICO-ALFABETICO DELLA GIURISPRUDENZA

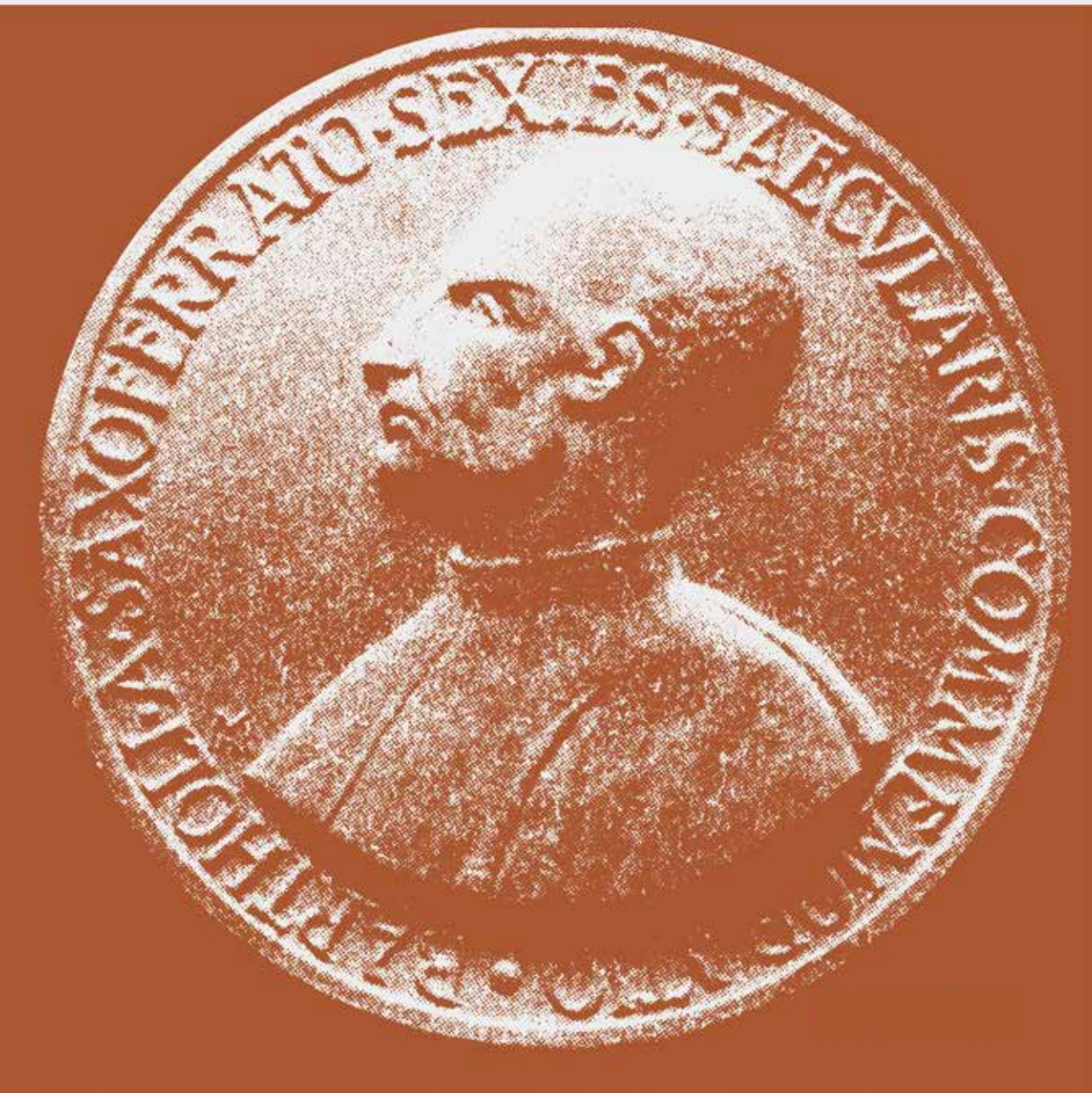
ACQUE MINERALI E TERMALI – Concessione per lo sfruttamento – Disciplina giuridica – Codice dell'ambiente – È applicabile, 650.
– Concessione per lo sfruttamento – Interesse pubblico allo sfruttamento – Sussiste – Interesse pubblico alla tutela dell'ambiente – Sussiste, 650.
– Disciplina giuridica – Codice dell'ambiente – È applicabile, 650.
CALUNNIA – Elemento soggettivo – Dolo – Insussistenza della consapevolezza di incolpare un innocente – Esclusione – Insussistenza del reato, 582.
– Elemento soggettivo – Dolo – Insussistenza della consapevolezza di incolpare un innocente – Esclusione – Insussistenza del reato, 582.
COMODATO – Comodato di bene immobile – Durata indeterminata – Domanda di restituzione – Istanza di proroga per la riconsegna – Ritardo nella riconsegna – Concessione di proroga – Esclusione – Rilascio immediato – Necessità, 439.
– Comodato di bene immobile – Durata indeterminata – Domanda di restituzione – Eccezioni del comodatario sui beni da restituire – Individuazione dei beni oggetto del contratto – Onere della prova gravante sul comodante – Sussistenza, 439.
CONCUSSIONE – Contratto di prestazione professionale preesistente al reato – Influenza del Pubblico Ufficiale successiva e/o concomitante al rapporto negoziale – Sussistenza – Ammissibilità, 477.
– Impugnazione – Controinteressati in senso tecnico – Periodo antecedente l'aggiudicazione – Configurabilità – Esclusione, 669.
– Obbligo di aggiornamento dei prezziari – Dipendenza dalla previa rilevazione ministeriale – Esclusione, 669.
– Presentazione delle offerte – Progetto esecutivo – Normativa tecnica di riferimento – Difformità – Correzione – Esclusione, 669.
– Procedura ristretta – Mancata presentazione dell'offerta – Impugnazione del bando – Interesse al ricorso – Sussistenza, 669.
CONTRATTO IN GENERE – Nullità – Rilevabilità d'ufficio – Presupposti, 371.
DELITTI CONTRO LA PERSONA – Omicidio – Reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti – Assenza di volontà dell'evento pur nella forma del dolo eventuale – Rappresentazione dell'evento diverso come sviluppo logicamente prevedibile della condotta concordata – Configurabilità, 506.
– Omicidio – Distinzione tra dolo diretto e dolo eventuale – Configurabilità del dolo diretto, in subordine del dolo eventuale, 506.
DIFFAMAZIONE – Elemento soggettivo – Insussistenza del requisito della divulgazione – Esclusione – Insussistenza del reato, 582.
– Fasce di rispetto – Natura giuridica – Individuazione, 701.
– Vincoli preordinati all'espropriazione – Reiterazione – Necessità congrua motivazione – Sussiste, 701.
– Vincoli urbanistici – Apposizione per finalità di tutela culturale e ambientale – Possibilità – Sussiste, 701.
– Vincoli urbanistici – Destinazioni c.d. "miste" – Diritto all'indennizzo – Non sussiste, 701.
– Vincoli urbanistici di inedificabilità – Potere conformativo della proprietà privata – È sindacabile solo sotto il profilo della logicità e ragionevolezza, 701.
ENTI LOCALI – Consiglieri comunali – Deliberazioni assunte in violazione dei limiti all'indebitamento – Sanzione oggettiva e sanzione soggettiva – Relazione, 603.
– Consiglieri comunali – Deliberazioni

assunte in violazione dei limiti all'indebitamento – Sanzione oggettiva – Nullità – Sentenza della Corte dei conti – Necessità – Natura – Sentenza dichiarativa, 603.
– Consiglieri comunali – Deliberazioni assunte in violazione dei limiti all'indebitamento – Nullità parziale – Configurabilità, 603.
– Consiglieri comunali – Deliberazioni assunte in violazione dei limiti all'indebitamento – Sanzione soggettiva – Condanna ad una pena pecuniaria – Giurisdizione della Corte dei conti – Sussistenza, 603.
– Consiglieri comunali – Deliberazioni assunte in violazione dei limiti all'indebitamento – Sanzione soggettiva – Condanna ad una pena pecuniaria – Colpa grave – Necessità, 603.
– Spese di manutenzione ordinaria – Natura – Spese di investimento – Esclusione – Finanziamento – Ricorso all'indebitamento – Esclusione, 603.
– Spese di manutenzione straordinaria – Natura – Spese di investimento – Sussistenza – Finanziamento – Ricorso all'indebitamento – Ammissibilità, 603.
– Spese di manutenzione straordinaria – Spese di manutenzione ordinaria – Differenza, 603.
– Spese in conto capitale – Spese di investimento – Differenza, 603.
FALLIMENTO – Azione revocatoria fallimentare – Esercizio – Presupposti – Stato di insolvenza del debitore – Pignoramenti e atti di protesto – Conoscenza – Prova – Sussistenza, 435.
– Azione revocatoria fallimentare – Mezzo di reintegrazione della responsabilità patrimoniale – Sussistenza – Carattere restitutorio – Insussistenza, 435.
GIUDIZIO (RAPPORTO) – Cosa giudicata penale, autorità nel giudizio civile – Sentenza di non doversi procedere – Difetto di querela – Non imputazione dei fatti-reato – Risarcimento del danno, 454.
INTERDIZIONE, INABILITAZIONE, AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO – Amministrazione di sostegno – Interdizione – Rapporti – Fattispecie, 461.
– Persona totalmente invalida – Situazione patrimoniale modesta – Nomina di un amministrazione di sostegno – Necessità, 461.
LAVORO (RAPPORTO) – Interposizione nel rapporto di lavoro – Violazione dell'art. 1, legge 1369/1960 – Insussistenza – Vincolo di subordinazione con il committente – Insussistenza – Liceità del contratto di appalto, 400.
NOTIFICAZIONE ATTI CIVILI – Procedimento di notifica effettuata da un soggetto esterno – Illegittimità – Nullità – Esclusione – Inesistenza – Ammissibilità – Sanatoria – Ammissibilità – Esclusione, 468.
– Procedimento di notifica – Funzione pubblica – Esternalizzazione del servizio – Ammissibilità – Esclusione, 468.
OBBLIGAZIONI IN GENERE – Novazione oggettiva – Presupposti – Fattispecie, 371.
– Novazione oggettiva – Presupposti – Fattispecie, 372.
RESPONSABILITÀ CIVILE – Trasfusione di plasma e derivati infetti – Responsabilità del Ministero della Salute – Sussistenza – Conseguenze, 416.
SEPARAZIONE DEI CONIUGI – Affidamento dei figli – Modifica dei provvedimenti – Affidamento condiviso – Ammissibilità, 428.
SOCIETÀ – Società a responsabilità limitata – Gravi irregolarità – Istanza di revoca dell'amministratore – Procedimento cautelare – Partecipazione della società – Litisconsorzio necessario – Esclusione, 445.
– Società a responsabilità limitata – Gravi irregolarità – Istanza di revoca dell'amministratore – Proponibilità ante causam – Inammissibilità – Richiesta provvedimento cautelare in corso di causa – Ammissibilità, 445.
TRASFERIMENTO FRAUDOLENTO DI VALORI – Misure di prevenzione – Sequestro preventivo di beni confiscabili – Estremi – *Fumus commissi delicti* – Sussistenza – *Periculum in mora* – Insussistenza, 556.

BancaEtruria
Popolare davvero

virty

Banca Etruria in linea con te

**VICINO AI NOSTRI CLIENTI,
ANCHE ONLINE**

www.bancaetruria.it