RASSEGNA GIURIDICA UMBRA

2009

Fondazione Forense di Perugia
Giovanni Dean

INDICE-SOMMARIO

Pag.

DIRITTO CIVILE

Corte d'Appello di Perugia, 12 gennaio 2009, n. 1, con nota di Giovanni Berti De Marinis, *Forma degli ordini e doveri di diligenza e correttezza nel Testo Unico della Finanza* 1

Corte d'Appello di Perugia, 15 gennaio 2009, n. 7, con osservazioni di Goffredo Zuddas 13

Corte d'Appello di Perugia, 22 gennaio 2009, n. 28, Corte d'Appello di Perugia, 23 febbraio 2009, n. 86, Tribunale di Perugia, 17 febbraio 2009, n. 159, con nota di Lorenzo Mezzasoma, *Il danno cagionato da vetrine, massi decorativi, scale mobili e l'art. 2051 c.c.*..... 22

Corte d'Appello di Perugia, 10 marzo 2009, n. 113 36

Corte d'Appello di Perugia, 13 marzo 2009, n. 117, Tribunale di Perugia, 22 gennaio 2009, n. 58, Tribunale di Perugia, 12 marzo 2009, n. 232 43

Corte d'Appello di Perugia, 25 marzo 2009, n. 134, con nota di Federica Mazzasette, *Considerazioni in tema di risarcimento del danno da "epatite professionale"*..... 51

Tribunale min. dell'Umbria, 6 ottobre 2008 (decr.)..... 62

Tribunale min. dell'Umbria, 16 gennaio 2009 e Tribunale min. dell'Umbria, 20 febbraio 2009 65

Tribunale min. dell'Umbria, 24 agosto 2009 (decr.) 73

Tribunale di Perugia 22 luglio 2008 (decr.)..... 75

Tribunale di Perugia, 14 gennaio 2009, n. 27..... 79

Tribunale di Perugia, 14 gennaio 2009, n. 31, con nota di Daniele Migliorati, *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*..... 84

Tribunale di Perugia, 17 gennaio 2009, n. 37..... 93

Tribunale di Perugia, 22 gennaio 2009, n. 50, con nota di Goffredo Zuddas, *La liquidazione della quota agli eredi del socio defunto nella società in in nome collettivo*..... 96

Tribunale di Perugia, 27 gernnaio 2009, n. 79 104

Tribunale di Perugia, 16 febbraio 2009 (decr.) 109

Tribunale di Perugia, 17 febbraio 2009, n. 154 112

Tribunale di Perugia, 17 febbraio 2009, n. 162, con nota di Massimo Eroli, *La nullità del "contratto quadro", di intermediazione finanziaria per vizio di forma*..... 117

Pag.

Tribunale di Perugia, 20 febbraio 2009, n. 185 127
Tribunale di Terni, 1 luglio 2009 (decr.)..... 130
Tribunale di Terni, 17 settembre 2009..... 138
Giudice di Pace di Perugia, 20 maggio 2008, n. 2786 143
Giudice di Pace di Perugia, 29 settembre 2008, n. 5090..... 145
Giudice di Pace di Perugia, 28 luglio 2009, n. 3279 151

DIRITTO PENALE

Corte di Cassazione, Sezione Terza, 9 ottobre 2008, T.A., con nota di Stefania Sartarelli, *Brevi osservazioni in merito all'art. 600* quater *c.p. come "norma a più fattispecie"* 155
Corte di Cassazione, Sezione Terza, 7 novembre 2008, C.M., con osservazioni di Chiara Lazzari..... 164
Corte di Cassazione, Sezione Quinta, 28 novembre 2008, N., con nota di Elena Mezzabarba, *Postille in tema di* ne *bis in idem* e con nota di Aldo Natalini, *Osservazioni in tema di concorso di norme e concorso di reati* 167
Corte di Cassazione, Sezione Prima, 15 aprile 2009, D.M., con osservazioni di Alessandro Ciglioni 194
Corte di Cassazione, Sezione Quarta, 29 aprile 2009, C., con nota di Daniela Falcinelli, *Sulla via di Damasco della prevedibilità colposa: la* luce *della soggettività della colpa di concorso* all'ombra dell'umanità *della causa penale*..... 204
Corte d'Appello di Perugia, 28 aprile 2009, S., con osservazioni di Aldo Natalini.... 235
Tribunale di Perugia, 10 aprile 2009, C. A., con nota di Maria Chiara Bisacci, *Osservazioni in tema di non punibilità delle offese contenute in scritti e discorsi pronunciati dinanzi alle autorità giudiziarie o amministrative*..... 245
Tribunale di Orvieto, 9 gennaio 2008, G., con nota di Chiara Peparello, *Concorso di persone tipico e anomalo: incertezze applicative, tra casistica e e dottrina*..... 256
Giudice di Pace di Perugia, 5 febbraio 2009, E.T., con osservazioni di Maria Chiara Bisacci..... 271

Pag.

DIRITTO PUBBLICO

T.A.R. Umbria, 31 ottobre 2008, n. 691, con nota di Annalaura Giannelli, *Violazioni senza sanzione: la mancata emanazione dell'aggiudicazione definitiva e l'inosservanza dei termini sospensivi. Profili problematici* 275

T.A.R. Umbria, 22 aprile 2009 (ord.), con nota di Nino Paolantonio, *Rinuncia alla cautela e revoca della rinuncia* 291

Corte dei Conti - Sez. giurisd. Umbria, 8 aprile 2008, n° 87/E.L./08 (mass.) - Corte dei conti, Sez. giurisd. Umbria, 8 aprile 2008, con osservazioni di Barbara Minenti..... 297

CONTRASTI

La notificazione dei verbali di accertamento delle infrazioni al codice della strada nella giurisprudenza perugina 311

DOTTRINA

Fausto Cardella, *Le tecniche dell'accusa nella* cross examination 331

Adelinda Moretti, *Rilevanza penale della produzione di materiale pedopornografico ad uso privato dell'autore* 343

Adelinda Moretti, *Aspetti critici dei profili giurisprudenziali in tema di concussione e corruzione*..... 359

LEGISLAZIONE

Commento sistematico alla Legge regionale n. 13 del 2009 (sulla pianificazione di area vasta e sul c.d. piano casa).

Commentario a cura di Antonio Bartolini

Linee evolutive della pianificazione regionale di area vasta in Umbria, di Antonio Bartolini..... 373

Il principio di coesione alla luce delle norme regionali umbre «per il governo del territorio e la pianificazione», di Annalisa Giusti..... 391

Il c.d. Piano casa, di Diego De Carolis 405

Legge regionale 26 giugno 2009, n. 13 417

INDICE ANALITICO-ALFABETICO DELLA GIURISPRUDENZA

ADOZIONE
– Nascita prematura - Genitori tossicodipendenti - Totale disinteresse verso il figlio - Mancanza di un programma di recupero - Totale inidoneità genitoriale - Stato di abbandono del minore - Sussistenza - Dichiarazione di adottabilità - Ammissibilità, 65.
– Carenze educative genitoriali - Iniziative della madre per un recupero - Stato di abbandono del minore - Esclusione, 65.

ASSICURAZIONE (CONTRATTO DI)
– Assicurazione responsabilità civile - Evento dannoso - Comportamento dell'assicuratore - Diligenza e buona fede - Conoscibilità fondatezza domanda risarcitoria - Mancata offerta massimale - Responsabilità per *mala gestio* - Sussistenza, 104.
– Assicurazione r.c. auto - Scontro tra autoveicoli - Azione diretta del danneggiato contro l'assicuratore - Sussistenza - Cessione del credito risarcitorio - Azione diretta del cessionario - Esclusione, 145.

BANCA, CREDITO E RISPARMIO
– Strumenti finanziari - Oneri di condotta - Diligenza - Correttezza - Clausole generali - Ordine di vendita di titoli - Forma scritta - Ordine verbale - Prova dell'avvenuto incarico - Onere gravante sul cliente - Mancato assolvimento - Responsabilità della banca - Insussistenza, 1.

CONCORSO DI PERSONE
– Lesioni aggravate dall'uso dell'arma - Commissione di più reati - Accettazione del rischio - Prevedibilità - Reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti, 256.
– Lesioni aggravate dall'uso dell'arma - Commissione di più reati - Accettazione del rischio - Prevedibilità - Concorso di persone nel reato, 256.

CONTRATTI DELLA P.A.
– Stipula del contratto - In assenza di aggiudicazione definitiva - Illegittimità della gara - Insussistenza, 275.
– Stipula del contratto - Violazione del termine dilatorio tra aggiudicazione e contratto - Illegittimità dell'aggiudicazione - Insussistenza, 275.

DANNI IN MATERIA CIVILE
– Danno da animali - Entità - Modalità di determinazione - Fattispecie, 13.

DELITTI CONTRO LA PERSONA
– Detenzione di materiale pornografico - Condotte vietate - Concorso formale - Esclusione, 155.

DIFFAMAZIONE
– Istanza di ricusazione - Non punibilità, 245.

ENTI LOCALI
– Spese in conto capitale - Spese di investimento - Differenza, 297.
– Spese di manutenzione straordinaria - Spese di manutenzione ordinaria - Differenza, 297.
– Spese di manutenzione straordinaria - Natura - Spese di investimento - Sussistenza - Finanziamento - Spese di manutenzione straordinaria - Ricorso all'indebitamento - Ammissibilità, 297.
– Spese di manutenzione ordinaria - Natura - Spese di investimento - Esclusione - Finanziamento - Ricorso all'indebitamento - Esclusione, 297.
– Consiglieri comunali - Deliberazioni assunte in violazione dei limiti all'indebitamento - Sanzione oggettiva e sanzione soggettiva - Relazione, 297.
– Consiglieri comunali - Deliberazioni assunte in violazione dei limiti all'indebitamento - Sanzione oggettiva - Nullità - Sentenza della Corte dei conti - Necessità - Natura - Sentenza dichiarativa, 297.
– Consiglieri comunali - Deliberazio-

ni assunte in violazione dei limiti all'indebitamento - Nullità parziale - Configurabilità, 297.
– Consiglieri comunali - Deliberazioni assunte in violazione dei limiti all'indebitamento - Sanzione soggettiva - Condanna ad una pena pecuniaria - Giurisdizione della Corte dei conti - Sussistenza, 297.
– Consiglieri comunali - Deliberazioni assunte in violazione dei limiti all'indebitamento - Sanzione soggettiva - Condanna ad una pena pecuniaria - Colpa grave - Necessità, 297.

FALLIMENTO
– Affitto di ramo d'azienda - Fallimento del concedente - Vendita ramo d'azienda - Aggiudicazione al miglior offerente - Diritto di prelazione dell'affittuario - Esercizio - Revoca dell'aggiudicazione - Acquisto del prelazionario - Sussistenza, 75.
– Creditore pignoratizio - Vendita del pegno - Modalità - Istanza ammissione al passivo - Necessità - Privilegio - Grava sul danneggiato - Sussistenza, 127.
– Istanza presentata dall'imprenditore - Onere probatorio - Mancato assolvimento - Rigetto della domanda - Necessità, 130.
– Istanza presentata dall'imprenditore - Istruttoria prefallimentare - Oneri probatori - Prova dei presupposti di fallibilità - Poteri del giudice, 130.
– Azione revocatoria fallimentare - Esenzioni - Piano attestato di risanamento - Nomina dell'esperto attestatore - Competenza del tribunale - Esclusione, 138.

FORNITURA (CONTRATTO DI)
– Fornitura servizi telefonici - Cambiamento numeri - Fonoripetizione - Mancata attivazione - Mancata indicazione sull'elenco telefonico - Inadempimento - Danni - Responsabilità del fornitore - Sussistenza, 79.
– Fornitura servizi telefonici - Inadempimento del fornitore - Danni - Determinazione - Indennizzo - Maggior danno - Onere della prova - Grava sul cliente - Sussistenza, 79.

GIURISDIZIONE E COMPETENZA
– Competenza civile - Competenza per materia - Filiazione naturale - Competenza del Tribunale per i minorenni - Sussistenza, 73.
– Competenza per materia - Sanzione amministrativa - Irrogazione - Competenza del giudice penale - Sussistenza - Giudice civile - Incompetenza, 143.

INTERMEDIAZIONE FINANZIARIA
– Contratto quadro - Nullità - Forma scritta - Necessità - Contratto deposito titoli a custodia e amministrazione - Insufficienza, 117.

NE BIS IN IDEM
– Divieto di un secondo giudizio - Reato composto o complesso - Giudicato intervenuto sul reato contenuto - Inapplicabilità, 167.

POTESTÀ DEI GENITORI
– Rapporti con i figli minori - Condotta pregiudizievole dei genitori - Adozione di provvedimenti urgenti - Necessità - Affidamento etero familiare - Opportunità, 62.

PRESCRIZIONE PENALE
– Declaratoria immediata di prescrizione - Corte di Cassazione - Ricorso non manifestamente infondato - Ammissibilità - Sussistenza, 164.

PRESCRIZIONE E DECADENZA
– Cartelle esattoriali - Eccezione di prescrizione - Opposizione all'esecuzione - Ammissibilità, 151.
– Cartelle esattoriali - Opposizione all'esecuzione - Parti del giudizio - Esattore ed ente cui risale accertamento - Necessità, 151.

PROCESSO AMMINISTRATIVO
– Domanda cautelare - Rinunzia - Dichiarata in sede di cc.dd. istanze preliminari - Mancata verbalizzazione della rinunzia - Trattazione dell'istanza secondo l'ordine del ruolo - Revoca della rinunzia alla trattazione della cautela - Ammissibilità, 291.

PROVA
– Prova per il giudizio penale - Canoni di valutazione della prova - Inosservanza - Ricorso per Cassazione - Ammissibilità - Sindacato del giudice di legittimità - Manifesta illogicità della motivazione, 194.
– Prova per il giudizio penale - Valutazione della prova - Chiamata in reità - Non frazionabilità della dichiarazione - Assenza di riscontri intrinseci - Inattendibilità, 194.
– Prova per il giudizio penale - Valutazione della prova - Indizi e presunzioni - Allegazione di massime di esperienza nel giudizio di merito - Poteri della Corte di Cassazione - Manifesta illogicità della motivazione, 194.

REATI CONTRO LA PERSONA
– Delitti contro la libertà individuale - Violenza sessuale - Procedibilità a querela - Deroghe - Connessione con delitto procedibile d'ufficio - Ambito di riferibilità - Connessione "tecnica" - Necessità - Conseguenze - Improcedibilità - Fattispecie, 235.

REATI FALLIMENTARI
– Bancarotta fraudolenta in genere - Bancarotta per distrazione - Elementi costitutivi - Rapporti col delitto di appropriazione concernente il bene distratto - Diversità strutturali - Conseguenze - Consumazione contestuale - Reato complesso - Assorbimento nel reato fallimentare - Consumazione in tempi diversi - Reato progressivo, 167.
– Bancarotta fraudolenta in genere - Amministratore di società - Appropriazione indebita di beni sociali - Decisione irrevocabile di estinzione per prescrizione - Successiva dichiarazione di fallimento della società - Bancarotta fraudolenta per distrazione dei medesimi beni - *Ne bis in idem* - Inesistenza - Ragioni, 167.

REATO
– Rapporto di causalità - Condotta commissiva ed omissiva - Differenze - Accertamento, 204.
– Rapporto di causalità - Concorso di cause - Causa sopravvenuta da sola sufficiente a determinare l'evento - Estremi identificativi - Insussistenza, 204.
– Elemento soggettivo - Cooperazione nel reato colposo - Condizioni - Configurabilità, 204.
– Colpa - Regola cautelare - Inosservanza delle prescrizioni contenute nel permesso di costruire in sanatoria, 271.

RESPONSABILITÀ CIVILE
– Danno da animali - Presunzione di responsabilità - Prova liberatoria - Onere - Proprietario - Sussistenza, 13.
– Responsabilità da cose in custodia - Bar - Urto del cliente contro vetrina - Danni - Fattori esterni - Nesso causale - Onere della prova - Grava sul danneggiato - Sussistenza, 22.
– Responsabilità da cose in custodia - Caduta su sporto pavimento - Danni - Fattori esterni - Nesso causale - Onere della prova - Grava sul danneggiato - Sussistenza, 22.
– Responsabilità da cose in custodia - Caduta su scale mobili - Danni - Fattori esterni - Nesso causale - Onere della prova - Grava sul danneggiato - Sussistenza, 22.
– Responsabilità da cose in custodia - Caduta su scale mobili - Danni all'utente - Soggetto responsabile - Gestione affidata a terzi - Legittimazione passiva - Onere della prova - Mancata allegazione da parte del proprietario - Legittimazione passiva - Sussistenza, 22.
– Trasfusione di plasma infetto - Morte del paziente - Azione risarcitoria - Prescrizione - Fattispecie, 51.
– Trasfusione di plasma infetto - Morte del paziente - Responsabilità Ministero della Salute - Prova liberatoria - Impossibilità di un controllo - Fattispecie, 51.
– Direttiva CE non autoesecutiva - Ritardato recepimento nell'ordinamento italiano - Danno c.d. normativo - Specializzandi Facoltà di Medicina - Mancato percepimento stipendi

- Responsabilità dello Stato italiano - Sussistenza, 84.
– Scontro tra auto e cinghiale - Danni all'auto - Responsabilità della Regione ente proprietario - Sussistenza, 112.

SEPARAZIONE DEI CONIUGI
– Separazione giudiziale - Comportamento del marito - Violazione doveri assistenza morale e materiale - Dichiarazione di addebito - Sussistenza, 43.
– Separazione giudiziale - Comportamento del marito - Violazione doveri assistenza morale e materiale - Dichiarazione di addebito - Sussistenza, 43.
– Separazione giudiziale - Comportamento del marito - Violazione continua dovere di fedeltà - Abbandono tetto coniugale - Relazione adulterina - Dichiarazione di addebito - Sussistenza, 44.

SOCIETÀ
– Società di persone - Società in nome di collettivo - Morte del socio - Liquidazione della quota - Domanda giudiziale - Legittimazione passiva - Società - Sussistenza, 96.
– Società di persone - Società in nome di collettivo - Morte del socio - Liquidazione della quota - Determinazione del valore - Onere della prova - Grava sulla società - Sussistenza, 96.
– Società di persone - Società in nome di collettivo - Morte del socio - Continuazione con gli eredi - Diniego - Liquidazione della quota - Modalità - Fattispecie, 96.
– Società a responsabilità limitata - Amministratore - Nomina - Fallimento - Compenso amministratore - Ammissione al passivo - Credito privilegiato - Insussistenza, 109.

SUCCESSIONE EREDITARIA
– Testamento - Annullabilità - Incapacità di intendere e volere - Sussistenza - Prova - Fattispecie, 36.
– Testamento - Testamento olografo - Sottoscrizione successiva alla firma - Annullabilità - Esclusione, 36.

VENDITA
– Vendita di carburante - Acqua nel serbatoio - Arresto del veicolo - Fattori esterni - Nesso causale - Onere della prova - Grava sul danneggiato - Sussistenza, 93.

PRO

CONT'ABILE PRO.

CUCITO PER OGNI PROFESSIONISTA.

Oggi c'è un conto fatto appoeta per geetire la tua libera profeeeione in modo più eemplice e moderno. È Cont'Abile Pro, eoluzioni eu mieura per le tue eeigenze, a condizioni traeparenti e vantaggioee: le operazioni che ti eervono compreee nel canone menaile, la Carta di Credito Buaineee gratuita, uno econto eul eervizio poe e la poeeibilità di aprire, eenza coeti aggiuntivi, un conto corrente pereonale eono eolo alcune delle opportunità a te rieervate. Scopri tutti i pro in una delle nostre filiali. Ti aspettiamo.

Messaggio pubblicitario con finalità promozionale. Per informazioni sulle principali condizioni economiche e contrattuali e per tutto quanto non espressamente indicato consultare i Fogli informativi e l'Avviso "Principali norme di trasparenza" disponibili presso le filiali Banca Etruria.

BancaEtruria

Popolare davvero

* * *

Con questo *"numero unico"* per l'anno 2009 si conclude la storia ultracinquantennale della Rassegna in edizione cartacea.

Proprio l'unicità del numero vale a sottolineare, per così dire, la portata storica dell'evento: anche noi abbattiamo il nostro muro e ci inoltriamo nell'immenso oceano di internet e del *"web"*, per non pochi, non solo della mia generazione ancora in gran parte inesplorato e ignoto.

La Rivista emigra *"on line"*: lo impongono le nuove necessità, la domanda di conoscenza e di velocità dei giovani, le esigenze professionali che non possono non andare di pari passo con la tecnologia del nostro tempo.

Essa, dunque, dovrà essere e sarà ancora più aperta alle novità nell'esposizione della giurisprudenza e della dottrina prodotte in Umbria, di quanto non lo sia stata finora, contando ancor più di prima sull'apporto dei nostri studiosi, dei nostri magistrati e dei nostri avvocati e, quindi senza abbandonare, ma anzi adeguando e aggiornando quel rigore e quella serietà scientifica, che, assieme ad una dichiarata funzione e vocazione pratica, mi pare di poter dire, abbiano finora contraddistinto il lavoro delle Direzioni e delle Redazioni che si sono succedute in questo mezzo secolo nella gestione e nella guida della Rassegna.

Peraltro, in questa che costituisce comunque una fase di passaggio, non potevamo dimenticare coloro i quali, per una esigenza culturale antica che ancora, vorrei dire fortunatamente, contraddistingue la pratica di molti di noi, insistono nel pretendere il contatto con la carta e con l'inchiostro di stampa: così a quelli che ne faranno richiesta potrà essere consegnata una copia della Rivista formata secondo tradizione.

Il Direttore

DIRITTO CIVILE

CORTE D'APPELLO DI PERUGIA – 12 gennaio 2009, n. 1 – *Pres.* MATTEINI CHIARI – *Est*. COSSU – Cassa di Risparmio di Spoleto s.p.a. (avv. Finocchi) c. P. (avv. Feliziani) c. G. (avv.ti Zingarelli e Faustini). *Riforma Trib. Terni, 19 gennaio 2005.*

Banca, credito e risparmio – Strumenti finanziari – Oneri di condotta – Diligenza – Correttezza – Clausole generali – Ordine di vendita di titoli – Forma scritta – Ordine verbale – Prova dell'avvenuto incarico – Onere gravante sul cliente – Mancato assolvimento – Responsabilità della banca – Insussistenza (c.c., artt. 1173, 1175; artt. 21 e 23 t.u.f.).

Non è fonte di responsabilità la condotta della banca, nella sua qualità di soggetto autorizzato all'esercizio dell'attività di investimento, che omette di informare il cliente circa il momento più opportuno per la vendita dei titoli azionari di quest'ultimo, a meno che non si riscontri, all'interno del "contratto quadro" stipulato fra la banca ed il cliente, un'assunzione di impegni professionali in tal senso della prima nei confronti del secondo. La banca dovrà quindi limitarsi a dare esecuzione all'ordine di vendita, che deve essere necessariamente scritto, nel momento in cui questo viene impartito dal cliente cui spetta, peraltro, l'onere di provarne la regolarità sotto il profilo formale (1).

(*Omissis*). Con citazione notificata il 22.3.2002 G.M. esponeva al Tribunale di Terni che in data 2.2.2000 aveva acquistato tramite la filiale di Avigliano Umbro della Cassa di Risparmio di Spoleto n. 5.000 azioni "SEAT Pagine" ad £ 1,915 dopo averne acquistate altre 5.000 ordinarie in data 19.1.2000 al prezzo di £ 2,970 ciascuna.

Intorno alle ore 8,40 del 14.2.2000 si era recato presso la stessa filiale per ordinare la vendita dei titoli, che avevano conseguito un rialzo di ca. l'80% ed in tale occasione si era rivolto al sig. F.P., all'epoca direttore, che aveva già curato l'acquisto delle azioni, il quale aveva suggerito di

soprassedere alla vendita, in quanto il titolo avrebbe, a suo giudizio, ulteriormente guadagnato; per velocizzare le operazioni di vendita allorché il G. avesse comunque deciso di vendere, il medesimo aveva sottoscritto tre fogli recanti la commissione di vendita, lasciandoli in custodia al P.

Intorno alle ore 14 dello stesso giorno, valutando meglio la propria convenienza, il G. aveva telefonato alla banca ed aveva ordinato al P. di effettuare la vendita; costui assicurava che avrebbe provveduto immediatamente; ad una successiva telefonata del G. verso le ore 17, il P., confermando la vendita delle azioni, aveva affermato di non poter comunicare il prezzo, essendo il terminale impegnato.

In data 16.2.2000 il G. aveva nuovamente telefonato per conoscere il prezzo di vendita, ma in tale occasione il P., profondendosi in scuse, aveva ammesso di non aver provveduto ancora alla vendita, assicurando comunque che avrebbe eventualmente risposto di persona dell'accaduto e che avrebbe cercato di far recuperare al cliente la perdita, utilizzando i propri poteri discrezionali, riducendo le commissioni di acquisto su altre operazioni. Nel contempo dava disposizioni per la vendita delle azioni, che tuttavia fruttava un realizzo unitario di € 3,570 per le privilegiate e di € 5,38 per le ordinarie, con una perdita, rispetto al valore ottenibile dietro una vendita tempestiva, di € 15.600,00 (*omissis*).

Il G., quindi, ritenendo che dell'occorso doveva rispondere la banca – che neppure aveva adottato un comportamento conforme a buona fede – ed anche il P. personalmente, chiedeva al Tribunale adito di condannare entrambi i soggetti, in solido, al risarcimento dei danni cagionati, pari ad € 15.600,00 da rivalutarsi, oltre interessi, anche anatocistici.

Si costituiva P.F., eccependo anzitutto il proprio difetto di legittimazione passiva, sostenendo di aver rivestito la mera funzione di rappresentante della banca, titolare del rapporto di mandato in relazione al quale veniva invocata la responsabilità; solo nel caso di un illecito aquiliano perpetrato direttamente dal funzionario questi poteva rispondere nei confronti dei terzi, ma ciò esulava nel caso concreto. Nel merito, comunque, il convenuto contestava i fatti come riferiti dall'attore, sia in ordine alla sottoscrizione in bianco dei fogli, sia per quanto concerneva le modalità di raccolta dell'ordine, che comunque non poteva essere evaso se non dietro presentazione di atto scritto (*omissis*).

Si costituiva altresì la Cassa di Risparmio di Spoleto s.p.a. contestando la domanda e rilevando che quanto affermato dall'attore non trovava riscontro nella documentazione relativa alle operazioni descritte ed in particolare nessun foglio in bianco era stato rilasciato e accettato dalla banca, che non assumeva alcuna responsabilità, non avendo attivato alcuna procedura di raccolta ordini per mezzo del telefono; secondo le

direttive della Banca d'Italia, l'unico mezzo per evadere l'ordine era quello scritto (*omissis*).

Il Tribunale di Terni, in composizione monocratica, con sentenza del 19.1.2005, accoglieva la domanda condannando la Cassa ed il P., in solido, al pagamento in favore dell'attore della somma di € 7.836,90 da rivalutarsi; poneva a carico dei convenuti le spese di lite e respingeva la domanda riconvenzionale del P. Avverso la predetta decisione, notificata il 23.2.2005, hanno proposto tempestivo appello la Cassa di Risparmio di Spoleto s.p.a. e P.F. (*omissis*).

Il Tribunale di Terni è pervenuto alla decisione impugnata ritenendo, anzitutto, che la ricostruzione del fatto come operata dal G. sia rimasta provata dalle dichiarazioni rese dal P. in sede di interrogatorio formale e dalle deposizioni testimoniali assunte (*omissis*).

Il giudice monocratico ha reputato attendibili tali dichiarazioni, escludendo la possibilità di un accordo tra il G. ed i testi ed altresì una "macchinazione" del primo, in quanto non aveva rilasciato l'ordine scritto in data 16.2.2000, quando la vendita era stata eseguita; secondo il giudicante l'ordine era stato rilasciato in bianco, poiché senza ordine scritto la Banca non avrebbe potuto darvi esecuzione, e ciò era avvenuto necessariamente il 14/2 quando le azioni avevano il massimo valore e non il 16/2. Era stato lo stesso P. ad affermare di aver operato una riduzione delle commissioni in favore del G. dal 7 al 3 per mille e ciò doveva essere avvenuto per compensarlo della perdita subita, non essendo verosimile che tale compenso fosse avvenuto se non per lo scopo suddetto.

Il P., dunque, persona preposta a dare materialmente esecuzione all'ordine nell'ambito organizzativo della banca, era responsabile contrattualmente ed ai sensi dell'art. 2043 c.c., avendo tenuto un'ingiustificata condotta colposa provocatoria del danno accertato dal consulente tecnico d'ufficio. Solidalmente responsabile era la Cassa, ai sensi degli artt. 2049 e 1228 c.c., in quanto la condotta omissiva colposa, da qualificarsi grave, perché l'operatore, per la sua qualifica, avrebbe dovuto segnalare il momento opportuno per la vendita dei titoli, era stata posta in essere nell'ambito del rapporto di lavoro con l'istituto bancario (*omissis*).

Deve intanto escludersi totalmente, nonostante il contrario avviso del Tribunale, che il P. – e la banca – possano rispondere a titolo di responsabilità professionale, poiché nessun rapporto di tal fatta si è mai instaurato tra i soggetti coinvolti nella vicenda: non nei confronti della "Cassa", poiché il contratto stipulato (v. doc. in atti) riguardava esclusivamente l'incarico di "negoziare gli strumenti finanziari", "sottoscrivere gli strumenti finanziari in sede di collocamento e/o distribuzione", "ricevere e trasmettere i miei/nostri ordini su strumenti finanziari", il tutto secondo gli "ordini che vi saranno impartiti, secondo i termini e le condizioni ivi previsti". Ne consegue che del tutto inconferenti sono le argomentazioni

del giudice monocratico in ordine ad una responsabilità (non è questione di legittimazione, ma di merito) del P. per non aver suggerito attività dirette a consentire la vendita migliore dei titoli, perché nessun rapporto professionale diretto poteva neppure instaurarsi in tale ambito, né mai il G., investitore "non inesperto"; ha mai tempestivamente sollevato la questione concernente l'assunzione dei rischi di investimento.

Ciò precisato, reputa tuttavia la Corte che (anche in questo caso non è questione di legittimazione, ma di merito) la domanda sia stata proposta con una prospettazione ampia, chiamando il giudice a qualificarla ed a individuarne con maggior precisione il titolo di responsabilità. Sicuramente, detta prospettazione concerneva la responsabilità contrattuale, come del resto mostra chiaramente il richiamo esplicito all'art. 1228 c.c.: la banca debitrice della prestazione, quale obbligata per il rapporto di mandato, deve rispondere del fatto colposo dell'ausiliare, cioè di colui che agisce su incarico della debitrice stessa, indipendentemente dalla natura giuridica del rapporto tra costoro intercorrente, qualora tale fatto configuri un inadempimento dell'obbligazione medesima.

Il fatto colposo dell'ausiliario può generare anche una responsabilità *ex* art. 2049 c.c. in capo al preponente, ma qualora non sia riconducibile alla sfera dell'inadempimento contrattuale, quindi il richiamo alla norma in esame non serve certo per fondare la responsabilità del P., ma semmai quella della Cassa, forza di un principio di responsabilità extracontrattuale (oggettiva o meno, non serve approfondire nella fattispecie).

La responsabilità extracontrattuale del P., invece, potrebbe fondarsi sulla previsione dell'art. 2043 c.c., ove il comportamento colposo fosse autonomamente valutabile come fatto illecito ed in tale senso va il tenore dell'atto introduttivo del giudizio, in forza della lettura che questa Corte ritiene corretta, secondo l'estrapolazione concettuale sopra delineata, cosicché non può parlarsi di vizio di extrapetizione, ma, eventualmente, di erroneità dell'argomentazione. In ogni caso, la domanda formulata direttamente verso il P. è astrattamente ammissibile.

Per quanto argomentato, dunque, il motivo di gravame trattato non è fondato.

B)- Tornando alla disamina, dunque, escluso, come detto, che la responsabilità nei confronti dei convenuti possa minimamente fondarsi sull'omissione di informative o di suggerimenti e sul mero accadimento della vendita delle azioni allorché il loro rendimento stava scendendo, occorre verificare se del fatto cui l'attore collega la responsabilità, qualunque ne sia il titolo, egli abbia fornito, come gli incombeva, la prova. Questo punto è oggetto dell'impugnazione di entrambi i convenuti appellanti, che si dolgono della decisione gravata ritenendola basata su assiomi, ipotesi non sorrette da verifica e riscontro, su presunzioni prive dei requisiti di gravità, precisione e concordanza.

L'appello è fondato.

Giova premettere che il contratto sottoscritto dal G., come già si è ricordato, richiamava in tutti i suoi punti l'esecuzione da parte del mandatario di ordini impartiti secondo le condizioni ed i termini previsti ed in particolare l'art. 1 della sezione III (condizioni generali) concernente il conferimento degli ordini. Al comma 3 si prevede che gli ordini sono impartiti alla banca "di norma per iscritto" – il che significa, ovviamente, non necessariamente, potendo gli accordi prevedere anche disposizioni orali – dietro rilascio di apposita attestazione cartacea; tanto è confermato dalla successiva pattuizione, secondo cui, in caso che l'ordine venga impartito telefonicamente, "il cliente da atto che tali ordini saranno registrati su nastro magnetico od altro supporto equivalente".

Nella fattispecie il G. non sostiene, in sostanza, di essere stato autorizzato ad impartire l'ordine solo telefonicamente con riscontro informatico – appare pacifico quanto sostenuto dalla Cassa, di non aver attivato il servizio di ricezione telefonica dell'ordine – tanto che il presupposto di tutta la domanda è fondato sul rilievo di aver firmato in bianco dei moduli di autorizzazione in data 14.2.1998, nella prima mattina, lasciati in consegna al P., col quale sarebbe stato raggiunto l'accordo di una conferma telefonica di "attivazione" dell'ordine impartito per iscritto sul foglio in bianco.

Il P. nega tale specifica circostanza, affermando che in data 14 febbraio il G. aveva solo manifestato l'intenzione di vendere, ma non potendolo fare in quel contesto per l'indisponibilità del terminale, l'attore si era presentato solo alcuni giorni dopo (cioè il 16 febbraio), quando l'ordine di vendita risultava effettivamente sottoscritto, secondo la documentazione bancaria.

L'attore, quindi, deve dimostrare non tanto di aver dato disposizioni alla vendita telefonica nelle occasioni oggetto di prova, ma di aver rilasciato effettivamente un ordine scritto, ancorché in bianco, nella prima mattina del 14 febbraio, essendo questa l'unica attività prodromica che lo legittimava ad operare telefonicamente, secondo gli accordi asseritamente presi, peraltro in orari nei quali pacificamente la banca era chiusa al pubblico (h. 14 ed h. 17).

Inutilmente, quindi, viene invocato il risultato della prova testimoniale, dal quale si evince solo che il G. aveva affermato di aver venduto o di aver dato disposizioni alla vendita ed inutilmente si enfatizza il fatto che l'attore avesse minacciato (si ignora con quale fondamento) di rivolgersi ai Carabinieri; il riscontro probatorio testimoniale è tutto qui e non è certo idoneo a fornire, neppure in modo lontanamente presuntivo, la conferma indiziaria del fatto che il G. avesse firmato moduli, circostanza che non emerge mai da quanto i testi stessi udirono dal

(solo) G., il quale poteva anche essere comprensibilmente adirato, ma probabilmente del tutto a torto.

Non serve, quindi, neppure ipotizzare una "macchinazione", né apoditticamente dare per scontato che l'ordine di vendita sia stato necessariamente firmato il 14 febbraio, come invece reputa il Tribunale, quando, cioè il valore delle azioni era massimo, per l'elementare considerazione che in quel giorno non era certo prevedibile (né la banca era tenuta a prevedere) che i titoli SEAT sarebbero calati piuttosto che aumentati di valore nei giorni successivi. Ciò è tanto vero che anche secondo gli iniziali assunti dell'attore, la vendita non era avvenuta nelle prime ore del 14/2 proprio perché l'evenienza di un ulteriore apprezzamento non era affatto esclusa e ciò giustifica anche le frequenti telefonate al P., che non aveva certo il G. come unico cliente, per sapere dell'andamento della borsa. Non è neppure del tutto chiaro perché il G. medesimo, che a suo dire non era riuscito neanche a sapere dell'andamento dei prezzi, si sarebbe dovuto adirare per la mancata esecuzione del provvedimento di vendita.

Quanto all'ulteriore argomento utilizzato dal Tribunale, sempre in modo assolutamente apodittico, circa le ragioni della riduzione delle commissioni a carico del G. sulle alcune operazioni, lo stesso P. non ha escluso di aver utilizzato il proprio potere discrezionale anche per "compensare" in qualche modo l'attore del minor guadagno connesso alla tardività della vendita, ma questo senza implicare in alcun modo alcuna ammissione di responsabilità, trattandosi, secondo un fatto assolutamente logico e notorio, di un'ordinaria agevolazione che qualunque funzionario di banca avrebbe fatto nei confronti di un cliente, per di più, per quanto appare, dotato di disponibilità finanziarie che gli permettevano di investire in borsa, attività lucrativa per l'istituto di credito.

Le considerazioni che precedono servono per escludere che sussistano elementi indiziari gravi, precisi e concordanti, cioè di lettura univoca, ancorché non esclusiva, per ritenere provato il fatto fondamentale della sottoscrizione dell'ordine in bianco da parte dell'appellato, tale da comportare la prova contraria della presenza di giustificazioni al mancato ottemperamento dell'ordine verbale di vendita, difetto probatorio che esclude in radice qualsiasi addebito di inadempimento a carico della Cassa di Risparmio e di colpa a carico del P.

La domanda del G., pertanto, doveva e deve essere respinta (*omissis*).

(1) Forma degli ordini e doveri di diligenza e correttezza nel Testo Unico della Finanza.

La sentenza in commento tratta la delicata tematica della responsabilità della banca, che in questo caso agisce quale "soggetto autorizzato" all'esercizio delle attività di investimento, nella vendita di strumenti finanziari [(1)], per non aver la stessa ottemperato ai doveri di comportamento nell'esecuzione di un ordine di vendita impartito informalmente.

Le doglianze del cliente nei confronti della banca, e personalmente nei confronti del direttore di filiale, per non aver tempestivamente adempiuto l'ordine di vendita, accolte dal giudice di primo grado che condanna solidalmente i convenuti a risarcire il danno patito dall'investitore, vengono invece respinte integralmente dal giudice di secondo grado, che ritiene non provato in giudizio da parte attrice il fatto che l'ordine di vendita, che la Corte ritiene debba essere necessariamente scritto, sia stato realmente sottoscritto, anche se in bianco, prima della comunicazione telefonica con cui veniva richiesta la vendita dei titoli.

In materia la Corte d'Appello prende posizione su un punto oggetto di diverse opinioni sia in dottrina che in giurisprudenza. Se infatti è lo stesso legislatore all'art. 23, 1° comma, t.u.f., a prevedere l'onere della forma scritta per i contratti di investimento e quelli accessori [(2)], la poco precisa formulazione della legge ha generato notevoli incertezze interpretative [(3)], dividendo gli interpreti fra quanti, privilegiando le esigenze di celerità dei traffici, ritengono opportuno limitare l'onere della forma scritta esclusivamente al contratto-quadro lasciando piena libertà di forma ai singoli ordini di acquisto o di vendita [(4)], e quanti, invece, privilegiando le esigenze di

---

[(1)] Diffusamente, MASTROPAOLO, *I servizi di investimento e gli intermediari professionali: gestione del rischio e responsabilità*, Milano, 2003; LOBUONO, *La responsabilità degli intermediari finanziari: profili di tutela civile nei servizi di investimento*, Napoli, 1999; MORANDI, *Violazione delle regole di condotta degli intermediari finanziari,* in *Obbl. contr.*, 2009, 47 ss.; LUCCHINI GUASTALLA, *Violazione degli obblighi di condotta e responsabilità degli intermediari finanziari*, in *Resp. civ. prev.,* 2008, 741 ss.

[(2)] Sulle innovazioni apportate in materia dal t.u.f. alla l. n. 1 del 1991 v. ROVITO, *art. 23*, in *Testo unico della finanza*, diretto da Campobasso, Torino, 2002, 200. Analogamente CARBONETTI, *I contratti di intermediazione,* Milano, 1997, 27.

[(3)] FIORIO, *Gli obblighi di comportamento degli intermediari al vaglio della giurisprudenza di merito,* in *Giur. it.,* 2005, 764.

[(4)] Abbraccia tale tesi, pur proponendo un temperamento della stessa che escluda la forma scritta per i negozi meramente esecutivi di accordi già cristallizzati al fine di non rallentare eccessivamente il traffico, ROVITO, *op. loc. ult. cit.* Nello stesso senso ENRIQUES, *Lo svolgimento di attività di intermediazione da parte delle banche, aspetti della disciplina privatistica,* in *Banca borsa tit. cred.,* 1996, 8. In giurisprudenza Cass., 7 settembre 2001, n. 11495, in *Foro it.,* 2003, I, 612 con nota di GIRINO, *Contratti di swap: forma, autonomia, nullità e responsabilità*; Trib. Milano,

trasparenza, ritengono opportuna un'estensione dei suddetti vincoli anche ai singoli ordini [5].

La decisione della Corte in materia, supportata nel caso di specie anche dall'interpretazione data dal giudicante al contratto quadro intercorso fra il cliente e la banca, risulta determinante rispetto alle pretese risarcitorie del cliente che, sul punto, come già accennato, vengono rigettate per il fatto che questi non è riuscito a provare in giudizio di aver dato l'ordine scritto di vendere le proprie azioni nel momento in cui le stesse avevano raggiunto il loro massimo valore [6]. Seguire l'opposta impostazione, avrebbe comunque posto un problema di prova degli ordini ricevuti, ma l'*onus probandi*, a norma dell'art. 23, 6° comma, t.u.f. [7], gravava sull'intermediario che, non avendo dato esecuzione ad un ordine regolarmente impartito, anche se oralmente, risultava aver tenuto un comportamento contrario all'obbligo di diligenza cui, *ex* art. 21, lett. *a*), t.u.f., avrebbe dovuto conformarsi [8].

Si potrebbe obiettare che, anche a voler ammettere la possibilità che l'ordine possa essere impartito anche oralmente, l'art. 60 Reg. Consob 11522/1998 impone, in ogni caso, che lo stesso venga registrato su supporto magnetico [9], ma l'onere di registrare su supporto durevole l'ordine impar-

---

28 gennaio 2005, n. 1070, in ZITIELLO, *La giurisprudenza sul così detto risparmio tradito,* Torino, 2005, 357; Trib. Venezia, 8 giugno 2005, in *Giur. mer.,* 2006, 111; Trib. Monza-Desio, 27 luglio 2004, *ivi*, 2004, 2189; Trib. Venezia, 22 novembre 2004, in *Contratti,* 2005, 5.

[5] SANZO, *Evoluzione normativa in materia di forma degli ordini di borsa: le diverse fasi di un progressivo rigore a tutela dei " consumatori" e della trasparenza del mercato mobiliare,* in *Giur. it.,* 1998, 302; FIORIO, *op. cit.*, 765, secondo cui è proprio all'interno dei negozi esecutivi che si riscontra maggiormente la necessità della trasparenza. V. anche Trib. Milano, 17 aprile 1999, in *Banca borsa tit. cred.,* 2000, II, 674.

[6] Si noti come la giurisprudenza, sul presupposto che i singoli ordini non richiedano la forma scritta, non potendo la stessa essere qualificata neanche come forma *ad probationem*, ritiene che l'onere della prova circa l'effettivo conferimento ed il contenuto dell'ordine possa essere assolto anche attraverso prove testimoniali. In tal senso Trib. Milano, 28 gennaio 2005, cit.; Trib. Firenze, 27 novembre 2002, in *Dir. banca merc. fin.,* 2004, 155.

[7] Sul punto si veda PICARDI, *art. 23,* in *Testo unico*, cit., 210 ss.

[8] In tal senso NEGRO, *Regole di condotta degli intermediari finanziari: gli obblighi di informazione,* in *Giur. comm.,* 2005, I, 489 ss. La *ratio* di tale norma viene individuata da parte della dottrina proprio nella necessità di riequilibrare la posizione di genetica inferiorità contrattuale in cui si viene a trovare il cliente nei confronti dell'intermediario: così TOPINI, *L'onere della prova nei giudizi di responsabilità per danni cagionati nello svolgimento di servizi di investimento,* in *Giur. comm.,* 1999, I, 701 ss.; COSTI e ENRIQUES, *Il mercato mobiliare,* in *Tratt. dir. comm.,* dir. da Cottino, VIII, Padova, 2004, 368.

[9] Trib. Bari, 27 febbraio 2007, in *Juris data,* 2009, I; Trib. Bari, 20 febbraio 2006, in *Giur. mer.,* 2006, 2173; Trib. Venezia, 11 luglio 2005, in *Giur. mer.,* 2006,

tito informalmente incombe necessariamente sul soggetto che agisce come intermediario non potendosi pretendere dall'investitore un adempimento di tal genere e, come tale, nel caso in cui non venga adempiuto, è fonte di responsabilità [10], la cui insussistenza dovrà, come sopra accennato, essere dimostrata dal soggetto abilitato all'esercizio dell'attività di investimento per effetto dell'inversione dell'onere della prova imposto dall'art. 23, 6° comma, t.u.f. [11].

È interessante notare, a questo punto, come nel caso in commento un istituto astrattamente posto a protezione della parte debole, nell'interpretazione che ne ha dato il giudicante, si sia rivelato uno strumento idoneo a frustrare le pretese risarcitorie della stessa.

Altro principio affermato dalla Corte, in riforma della sentenza di primo grado, è quello per cui il soggetto autorizzato all'esercizio delle attività di investimento non è tenuto, salvo specifica pattuizione, a svolgere attività consulenziali nei confronti del cliente e, per l'effetto, non è tenuto a consigliare lo stesso circa il momento più opportuno per effettuare la vendita dei propri strumenti finanziari.

Il contratto che il cliente aveva stipulato con la banca, secondo il giudice di secondo grado, non instaurava fra le parti un rapporto di tipo professionale avendo ad oggetto solo la negoziazione di strumenti finanziari e la ricezione-trasmissione degli ordini impartiti dal cliente [12]. A tal proposito giova ricordare come l'art. 21, lett. *a*), t.u.f., impone all'intermediario specifici oneri comportamentali nella prestazione dei servizi di investimento ed

---

111. Occorre notare come, nel caso in commento, il contratto quadro intercorso fra la banca ed il cliente, ammette, pur prevedendola come modalità residuale, la possibilità di impartire ordini anche oralmente purché gli stessi vengano cristallizzati su un supporto durevole.

[10] Trib. Venezia, 22 novembre 2004, dove si nota come la violazione dell'obbligo di registrare su supporto durevole l'ordine impartito dal cliente, non solo non determina la nullità dello stesso, ma è idonea a far sorgere in capo all'intermediario una obbligazione risarcitoria da inadempimento contrattuale.

[11] Appare evidente come l'obbligo di registrare su supporto durevole gli ordini impartiti oralmente dal cliente alla banca, sia strumentale proprio ad eliminare qualunque contestazione derivante dalla difficoltà di provare la corrispondenza fra il contenuto dell'ordine impartito informalmente dal cliente e l'attività effettivamente svolta dal soggetto abilitato in funzione di quell'ordine. Inteso in tali termini, l'onere in commento altro non è che una imposizione strumentale alla verifica della correttezza e diligenza della condotta del soggetto abilitato cui spetta provare, in caso di controversia, *ex* art. 23, comma 6, t.u.f., di aver agito con la specifica diligenza richiesta.

[12] Alla giurisprudenza non è sfuggita la differenza fra attività di ricezione degli ordini e negoziazione di strumenti finanziari, la quale sarebbe caratterizzata da una necessaria attività di consulenza: Trib. Venezia, 24 ottobre 2004, in *Giur. comm.,* 2005, 480.

accessori [13], prescrivendo allo stesso l'obbligo di comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza e specificando che tali oneri vanno adempiuti "nell'interesse del cliente". La norma in commento, che riproduce specificandone i contenuti il precedente art. 6 della l. n. 1 del 1991 [14], è il risultato del recepimento nel nostro ordinamento dell'art. 11 Dir. 93/22/CE e, tale sua matrice comunitaria, non può non condizionarne l'interpretazione [15]. Tale disposizione, che non ha valore meramente programmatico, ma esprime disposizioni di immediata applicazione [16], viene ulteriormente specificata nei suoi contenuti dagli artt. 26 ss. Reg. Consob 11522/98 emanato in attuazione dell'art. 6, comma 2, t.u.f.

Nonostante tali oneri comportamentali siano stati considerati soprattutto quali fonti di responsabilità per l'intermediario che contravveniva ad oneri informativi [17], è opinione ormai consolidata in dottrina che gli stessi segnino le modalità attraverso cui deve articolarsi in ogni momento, sia in esecuzione degli oneri contrattuali che prima della stipula del contratto, il rapporto fra cliente ed intermediario [18]. Il richiamo a tali clausole generali,

---

[13] L'individuazione dei servizi di investimento ed accessori è contenuta all'art. 1, commi 5 e 6, t.u.f.

[14] Mazzini, in *Intermediari finanziari, mercati e società quotate,* a cura di Patroni Griffi, Sandulli, Santoro e Miola, Torino, 1998, 126 ss.

[15] Miola, *art. 21,* in *Testo unico*, cit., 159.

[16] Alpa, in *Commentario al testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria,* a cura di Alpa e Capriglione, Padova, 1998, 219; Venuti, *Le clausole generali di correttezza, diligenza e trasparenza nel testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria,* in *Eur. dir. priv.,* 2000, 1049 ss.

[17] Trib. Taranto, in *Giur. comm.,* 2005, 512, con nota di Palmieri, *La responsabilità dell'intermediario finanziario per violazione degli obblighi di informazione e protezione dell'investitore non professionale;* Trib. Terni, 14 luglio 2006, in *Giur. it.,* 2007, 1410; Trib. Bari, 4 dicembre 2006, in *Juris data,* 2009, I; Trib. Trani, 24 luglio 2007, in *Corr. mer.,* 2008, 166; Trib. Bari, 15 febbraio 2007, in *Nuova giur. civ. comm.,* 2007, 1090; Trib. Mantova, 18 marzo 2004, in *Giur. comm.,* 2004, 690; Trib. Mantova, 12 novembre 2004, in Zitiello, *op. cit.,* 249.

[18] Alpa, *Nuovi aspetti di tutela del risparmiatore,* in *Vita not.,* 1998, 674, dove specifica come la violazione degli obblighi comportamentali può essere fonte tanto di una responsabilità contrattuale quanto di una responsabilità extracontrattuale nel caso in cui l'illecito sia determinato da un "mero contatto" fra il cliente e l'intermediario. In giurisprudenza si veda in tal senso Cass., s.u., 19 dicembre 2007, n. 26725, in *Giust. civ.,* 2008, 2775; Trib. Bari, 4 dicembre 2006, cit. Opta invece per una responsabilità di tipo esclusivamente precontrattuale Trib. Trani, 10 ottobre 2006, in *Banca borsa tit. cred.,* 2007, 621. Ritiene che la violazione di oneri comportamentali integri un inadempimento contrattuale e, per l'effetto, la stessa sia fonte di responsabilità contrattuale Trib. Terni, 14 luglio 2006, cit. Soltanto raramente, però, le corti di merito sono giunte fino a considerare la violazione degli oneri in commento quali causa di nullità, *ex* art. 1418 c.c., del contratto fra cliente ed intermediario. In tal senso Trib. Parma, 13 aprile 2005, in *Giur. it.,* 2005, 2096; Trib. Mantova, 18 marzo 2004, cit. In senso contrario Cass., s.u., 19 dicembre 2007, n. 26725, cit.; Trib.

che certamente ripropone principi già vigenti nel nostro ordinamento[19], lungi dall'essere superfluo [20], risulta strumentale, anche sulla scorta della normativa regolamentare che ne specifica i contenuti, a fissare quegli *standards* comportamentali che qualificano come lecito l'agire del soggetto autorizzato alla prestazione di servizi di investimento [21].

Alla luce di quanto detto, quindi, l'intermediario è obbligato in ogni fase del proprio rapporto con il cliente a comportarsi correttamente nei suoi confronti, avendo quale obiettivo da perseguire l'interesse di controparte. Intesa in tal senso, quindi, la correttezza altro non è che una fonte di obblighi collaterali rispetto a quelli espressamente previsti dal contratto o dalla legge [22].

E allora, se è opinione già espressa in dottrina che tali oneri comportamentali mai possano concretizzarsi in una "obbligazione di risultato", non potendosi certamente addossare integralmente all'intermediario l'alea dell'investimento e per l'effetto obbligare lo stesso a garantire un guadagno al cliente [23], è pur vero che, trattandosi di una obbligazione di mezzi, che deve essere adempiuta secondo il parametro del "buon professionista" [24] e nell'interesse del cliente, gli stessi sembrerebbero porre in capo al soggetto autorizzato un vero e proprio obbligo di protezione nei confronti della parte debole del rapporto [25].

Alla luce di quanto detto appare evidente come, nello spirito della norma

---

Genova, 2 agosto 2005, in *Danno resp.,* 2005, 1225; Trib. Roma, 25 maggio 2005, in *Contratti,* 2005, 796; Trib. Rovigo, 18 gennaio 2008, in *Juris data,* 2009, I.

[19] Sartori, *Le regole di condotta degli intermediari finanziari,* Milano, 2004, 151.

[20] Di Majo, *La correttezza nell'attività di intermediazione mobiliare,* in *Banca borsa tit. cred.,* 1993, 292; Cera, *L'attività di intermediazione mobiliare e la disciplina contrattuale,* in *Banca borsa, tit. cred.,* 1994, 32.

[21] Annunziata, *Regole di comportamento degli intermediari e riforma dei mercati mobiliari,* Milano, 1993, 281.

[22] Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969; Franzoni, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto,* in *Contr. impr.,* 1999, 83 ss. In senso analogo Castronovo, *Obblighi di protezione,* in *Enc. giur.,* XXIV, 1990, 3.

[23] Così Bessone, *I mercati mobiliari,* Milano, 2002, 160.

[24] Alpa, *op. cit.,* 677. Analogamente Sartori, *op. cit.,* 154; Miola, *op. cit.,* 164 s.; Di Majo, *op. cit.,* 293, dove nota come, nella materia in oggetto, "tanto il comportamento *diligente* quanto il comportamento *corretto* vanno individuati sulla base del parametro della *professionalità*".

[25] Miola, *op. cit.,* 166; Alpa, *op. cit.,* 674; Scognamiglio, *Sulla responsabilità dell'impresa bancaria per la violazione di obblighi discendenti dal proprio status,* in *Giur. it.,* 1995, 356 ss.; Castronovo, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni,* I, Milano, 1995, 220; Venuti, *op. cit.,* 1078 ss. In giurisprudenza si è arrivati ad affermare il principio per cui l'intermediario finanziario sia responsabile nei confronti del cliente in tutti i casi in cui non curi l'interesse dell'investitore. In tal senso Trib. Genova, 12 aprile 2005, in *Juris data,* 2009, I.

speciale, vi sia l'esigenza di salvaguardare la parte svantaggiata del rapporto imponendo all'operatore finanziario di assumere un comportamento attivo "nell'interesse del cliente" che potrebbe astrattamente assumere il contenuto di imporre all'intermediario l'onere di prestare consulenza allo stesso a prescindere dal fatto che tale imposizione discenda da specifici impegni in tal senso assunti all'interno del contratto di investimento [26].

Abbracciare una tale interpretazione porterebbe, quindi, a collocare la norma all'interno di quel filone di pensiero che tende a valutare le clausole generali sotto un profilo dinamico e tale da generare un vero e proprio obbligo di cooperazione che può spingersi fino ad imporre di salvaguardare l'utilità di controparte, anche in assenza di specifici obblighi in tal senso, se ciò non comporta un eccessivo sacrificio dei propri interessi. Se quanto detto è vero nell'ambito di qualunque rapporto obbligatorio [27], a maggior ragione dovrebbe esserlo in ambiti del diritto disciplinati da norme speciali che elevano espressamente correttezza e diligenza al rango di principi ispiratori della condotta del soggetto professionale che deve essere, per espressa previsione normativa, finalizzata alla realizzazione dell'interesse della parte debole.

In conclusione, la pronuncia in commento, che certamente sconta un difetto originario di impostazione, lascia numerosi dubbi circa la congruità della decisione alla luce delle finalità che appaiono profuse nelle norme che regolamentano questo specifico settore che affidano agli oneri di condotta gravanti sui soggetti professionali l'obiettivo di creare un mercato caratterizzato da correttezza, diligenza e trasparenza e, per l'effetto, riequilibrando posizioni contrattuali geneticamente sbilanciate, apportare una congrua tutela alla parte debole del rapporto.

GIOVANNI BERTI DE MARINIS

---

[26] Una tale lettura dell'art. 21, t.u.f., verrebbe peraltro avallata dallo stesso dettato dell'art. 11 della Dir. 93/22/CE. Tale norma, infatti, impone, fra l'altro, l'obbligo per i soggetti autorizzati, non riprodotto dal nostro legislatore, di "conformarsi a tutte le normative applicabili all'esercizio delle sue attività in modo da promuovere per quanto possibile gli interessi dei suoi clienti e l'integrità del mercato". Pone l'accento su tale obbligo di promuovere gli interessi del cliente ALPA, *op. cit.,* 674 s. È da notare come la portata di tali oneri comportamentali era già ampia in costanza della l. n. 1 del 1991 (legge SIM) che, dopo aver imposto regole di comportamento agli artt. 6 ed 8, enuncia al successivo art. 9 gli obiettivi cui le regole in commento devono ispirarsi fra cui spicca quello della cura del cliente nella scelta dei tempi e delle modalità di esecuzione degli ordini. Tali *standards* di comportamento sono stati peraltro ulteriormente rafforzati, in funzione della tutela degli investitori, dalla Dir. 2004/39/CE (MiFID) su cui si veda ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare,* Torino, 2008, 119 ss.

[27] Cass., 9 marzo 1991, n. 2503, in *Corr. giur.,* 1991, 789, con nota di DI MAJO, *Principio di buona fede e dovere di cooperazione contrattuale*, che aderisce a tale impostazione. Conf. Trib. Roma, 12 febbraio 1999, in *Nuovo dir.*, 1999, 1035, con nota di FRONTINI, *Sul dovere giuridico della buona fede.*

CORTE D'APPELLO DI PERUGIA – 15 gennaio 2009, n. 7 – *Pres. Est.* MATTEINI CHIARI – XX e YY, in proprio e nell'interesse dei figli minori ZZ e WW (avv. Bececco) c. AA (avv.ti Clericò e Strinati) c. Duomo Assicurazione e Riassicurazione spa (avv. Fiorani).
Riforma Trib. Terni, 17 ottobre 2005.

Responsabilità civile – Danno da animali – Presunzione di responsabilità – Prova liberatoria – Onere – Proprietario – Sussistenza (c.c., art. 2052).

Danni in materia civile – Danno da animali – Entità – Modalità di determinazione – Fattispecie (c.c., artt. 2043, 2059).

In tema di danno cagionato da animali, la responsabilità del proprietario dell'animale è presunta, essendo fondata non sulla colpa, ma sul rapporto di fatto con l'animale, per cui, per vincere la presunzione di responsabilità, il proprietario deve fornire la prova del caso fortuito, ossia dell'intervento di un fattore esterno idoneo a interrompere il nesso di causalità tra il comportamento dell'animale e l'evento lesivo, comprensivo anche del fatto del terzo o del fatto colposo del danneggiato che abbia avuto efficacia causale esclusiva nella produzione del danno; pertanto, se la prova liberatoria non viene fornita, il giudice deve condannare il proprietario dell'animale al risarcimento dei danni per l'intero (1).

Il danno non patrimoniale è categoria generale non suscettiva di suddivisione in sottocategorie variamente etichettate, per cui non può farsi riferimento a una generica sottocategoria denominata danno esistenziale, ma, ai fini liquidatori, tutti i pregiudizi devono venire in rilievo, al fine di garantire il risarcimento integrale, in quanto il giudice deve procedere ad una adeguata personalizzazione della liquidazione del danno biologico, valutando anche le sofferenze fisiche e psichiche patite dal soggetto leso, onde pervenire al ristoro del danno nella sua interezza (2).

(*Omissis*). 1. Con atto di citazione in data 15.5.2003, ritualmente notificato, i sigg. XX e YY, in proprio e quali genitori esercenti la potestà sui figli minori ZZ e WW, esponevano

che il 2.7.2001 la figlia ZZ, di anni 4, mentre si trovava presso l'abitazione del padre sita all'interno del cortile della villa della sig.ra …, era stata, improvvisamente, aggredita, "in modo estremamente violento" con inflizione di "innumerevoli morsi", da un cane pastore maremmano di proprietà del sig. AA;

che dall'occorso era derivata alla bambina una pluralità di danni, tutti assai gravi: inabilità temporanea assoluta ed inabilità temporanea

parziale “di molti giorni”; “danno biologico notevole”; danno alla vita di relazione e danno morale “di rilevante incidenza”;

che dall’occorso erano derivati danni anche all’altro figlio degli istanti, WW (anni 7), il quale, “nell’assistere all’evento dannoso”, aveva “subito un serio pregiudizio alla sua integrità personale”, essendogli derivata “una condizione psicologica caratterizzata da una dinamica regressiva e dalla presenza di una sintomatologia ansioso-depressiva concretatasi in un disturbo stabile della sfera emozionale oltre che in rilevante danno morale” (*omissis*).

Tutto questo posto, XX e YY convenivano in giudizio, innanzi al Tribunale di Terni, AA, per sentirlo dichiarare responsabile dell’occorso e per sentirlo condannare al risarcimento dei danni materiali e morali subiti dagli esponenti e dai figli minori, quantificati in complessivi € 77.468,53 (di cui € 51.645,69 per i danni subiti da ZZ, € 10.329,14 per i danni subiti da YY ed € 7.746,85 per ciascuno dei genitori), salva la diversa somma di giustizia.

2. Costituitosi in giudizio, il sig. AA (*omissis*) chiedeva la reiezione della domanda, dedottane l’infondatezza, a tal uopo adducendo

che il XX occupava, “da solo senza alcun familiare”, una delle due unità immobiliari costituenti il fabbricato sito in …, l’altra unità essendo utilizzata, come abitazione, dall’esponente e dalla sua famiglia;

che le due unità immobiliari erano circondate da un giardino protetto da un’unica recinzione;

che, sin dall’inizio del rapporto con il XX, il cane (ben conosciuto dall’attore), si aggirava liberamente nel predetto giardino;

che il giorno 2.7.2001, verso le 18.30, il XX si era recato con i figli “non conviventi” sull’uscio dell’abitazione della famiglia AA, avvicinandosi alla sig.ra … che ivi sostava, la quale li aveva avvertiti “circa la presenza del cane che si aggirava per l’abitazione e il giardino”, invitandoli ad allontanarsi, invito ribadito anche dalla sig.ra …, affacciatasi da una delle finestre poste al piano superiore della sua abitazione;

che i bambini con il padre avevano, invece, tentato di avvicinare il cane;

che i bambini avevano ripetutamente chiamato l’animale, “nonostante gli avvertimenti delle …” di non chiamarlo e “tanto meno tentare di giocarci” ed erano rimasti innanzi all’uscio dell’abitazione;

che, in tale contesto, il cane, avvicinatosi, “con uno scatto improvviso da non permettere l’intervento delle persone presenti”, aveva aggredito la piccola ZZ (*omissis*).

Il Tribunale adito (…) respingeva la domanda attrice (*omissis*).

1. Il primo giudice, dopo avere ritenuto che gli originari attori/odierni appellanti avessero compiutamente assolto all’onere probatorio loro incombente, avendo dato prova della sussistenza del danno e del suo

collegamento causale con il comportamento dell'animale/con la condotta dell'originario convenuto/odierno appellato AA, ha, peraltro, altresì ritenuto che quest'ultimo avesse fornito prova liberatoria, dimostrando l'intervento di un fattore estraneo ai suddetti comportamento/condotta, interruttivo del nesso causale, consistito nella "condotta altamente imprudente dell'attore XX, genitore dei due minori" (*omissis*).

3.2 Per sottrarsi alla responsabilità *ex* art. 2052 c.c. – la quale è presunta (presunzione *iuris et de iure*), e prescinde, pertanto, dalla sussistenza della colpa – l'originario convenuto/odierno appellato AA era tenuto a fornire la prova del caso fortuito; avrebbe, in altri termini, dovuto non già semplicemente fornire la prova negativa della sua assenza di colpa (essendo la responsabilità presunta fondata sul rapporto di fatto con l'animale), bensì fornire la prova positiva della causazione del danno ad opera di un evento fortuito, *id est* di un fattore esterno idoneo ad interrompere il nesso di causalità tra il comportamento dell'animale e l'evento lesivo, provvisto dei caratteri della imprevedibilità, dell'inevitabilità e dell'assoluta eccezionalità (*omissis*).

3.2.1 Deve escludersi che la suddetta presunzione sia stata vinta. Così come costantemente affermato dalla giurisprudenza, il caso fortuito può consistere anche nel fatto del terzo o nella colpa del danneggiato (si vedano, in tal senso, Cass. 22 febbraio 2000 n. 1971; Cass. 19 marzo 2007 n. 6454), ma l'uno o l'altra, per avere effetti liberatori, devono consistere in un comportamento cosciente e volontario che assorba l'intero rapporto causale, e cioè in una condotta che, esponendo il danneggiato al rischio, e rendendo questo per ciò stesso possibile in concreto, s'inserisca in detto rapporto con forza determinante.

Ciò deve essere escluso nel caso concreto.

3.2.1.1 In suo pro, AA adduce, essenzialmente, tre circostanze:

* il cane veniva, non infrequentemente, "ammesso", dal box di custodia, a vagare nel giardino (è da ritenere acquisito che il giardino era comune alle abitazioni del AA e del XX, parti di un unico complesso immobiliare) e nell'abitazione del AA;

* il XX era a conoscenza di tale circostanza;

* il XX ebbe a tenere, il giorno dell'occorso, comportamento rilevantemente imprudente (*omissis*) dovendo addebitarsi al XX di aver "lasciato che i propri figli, di pochissimi anni e privi di qualsiasi capacità di discernimento, vagassero nel giardino …, pur essendo ben a conoscenza della presenza di un cane che a volte veniva lasciato libero … Tutto ciò in evidente violazione dei doveri di custodia delle persone incapaci a lui affidate" comportamento assolutamente negligente (per il quale non era stata fornita la prova liberatoria di cui all'art. 2048 c.c., tale da determinare l'interruzione di qualsiasi nesso causale.

Pur ammessa la veridicità di tutte tali circostanze, l'assunto del AA

secondo cui le stesse avrebbero effetto "scriminante" in suo favore è da ritenere sprovvisto di pregio (*omissis*).

4. Ciò posto, deve escludersi che AA abbia assolto all'onere probatorio facentegli carico, non avendo fornito la prova positiva della causazione del danno ad opera di un evento fortuito giacché, quand'anche (in mera ipotesi) la versione dell'appellato fosse quella rappresentativa della realtà, non soltanto non potrebbe – *contra* le "bestiali" evidenze ("attestanti" che, nonostante gli competesse la concreta gestione del controllo dell'animale, egli non fu in grado di adempiere a tale obbligo) – affermarsi che l'eventuale condotta colposa del XX si sia inserita nel rapporto causale con forza tanto determinante da "assorbire" l'intero rapporto causale (*omissis*).

5.2 Ai fini della determinazione dell'entità dei danni (non patrimoniali), occorre tenere nella dovuta considerazione i recenti "arresti" delle sezioni unite della Corte Suprema di Cassazione in argomento (si vedano Cass. sez. un. 11 novembre 2008 n. 26972 e le sentenze gemelle in pari data).

Ivi sono stati affermati i seguenti principi:

* Il danno non patrimoniale è risarcibile nei soli casi previsti dalla legge, i quali si distinguono in due gruppi: le ipotesi in cui la risarcibilità è prevista in modo espresso (ad esempio, nel caso in cui il fatto illecito integri gli estremi di un reato) e quelle in cui la risarcibilità del danno stesso, pur non essendo espressamente e specificamente prevista da una norma di legge, deve ammettersi sulla base di una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., per avere il fatto illecito vulnerato in modo grave un diritto della persona direttamente tutelato dalla Costituzione.

* Quanto ai suoi contenuti, il danno non patrimoniale costituisce una categoria ampia ed onnicomprensiva, all'interno della quale non è possibile ritagliare ulteriori sottocategorie, se non con valenza meramente descrittiva.

* È pertanto scorretto e non conforme al dettato normativo pretendere di distinguere il cd. "danno morale soggettivo", inteso quale sofferenza psichica transeunte, dagli altri danni non patrimoniali: la sofferenza morale non è che una dei molteplici aspetti di cui il giudice deve tenere conto nella liquidazione dell'unico e unitario danno non patrimoniale, e non un pregiudizio a sé stante.

* È parimenti scorretto e non conforme al dettato normativo pretendere di distinguere il cd. "danno esistenziale", inteso quale la perdita del fare reddituale della persona. Una simile perdita, ove causata da un fatto illecito lesivo di un diritto della persona costituzionalmente garantito, costituisce né più né meno che un ordinario danno non patrimoniale, di per sé risarcibile *ex* art. 2059 c.c., e che non può essere liquidato separatamente sol perché diversamente denominato.

5.2.1 Stando alla nuova impostazione unitaria del danno non patrimoniale dettata dalle sezioni unite, nessuno spazio sembra essere riservato, sul piano liquidatorio alle voci di pregiudizio "degradate". Peraltro, tale "degradazione", se ben si è inteso il senso dell'arresto, rileva unicamente sul piano nominale. È da ritenere, invero, dato certo ed inoppugnabile che ai fini liquidatori tutti i pregiudizi devono venire in rilievo, al fine di garantire il risarcimento integrale, essendo stato ribadito che il giudice deve "procedere ad adeguata personalizzazione della liquidazione del danno biologico, valutando anche le sofferenze fisiche e psichiche patite dal soggetto leso, onde pervenire al ristoro del danno nella sua interezza".

Se pure "la parte del leone" è riservata al danno biologico, al danno biologico stesso è attribuita la "capacità di ricomprendere (con il corredo di una contabilizzazione riferita alle pieghe ripercussionali concretamente determinatesi), il pregiudizio morale e quello esistenziale:

* il primo se ed in quanto venga allegato e riscontrato quale degenerazione patologica della sofferenza, ovverosia sofferenza di natura psichica;

* il secondo … andando a comporre e a riempire la casella del biologico dinamico. In altri termini, allorché l'evento lesivo produca conseguenze pregiudizievoli sia sull'integrità psico-fisica, sia ancora sulla sfera dinamica della persona, la voce di danno da liquidarsi sarà, pur sempre, quella biologica ma con una personalizzazione doverosa, tale da coprire entrambe le faglie sofferenziali (quella biologica statica e quella biologica dinamica, ovverosia esistenziale) (dottrina - n.d.e.)" (*omissis*).

5.4.3 Avendo riguardo al caso concreto, non vi è dubbio che si siano manifestate a carico di ZZ le "due" specie ("gruppi") di danno non patrimoniale risarcibile indicate dalle sezioni unite della Corte Suprema di Cassazione con le pronunce sopra ricordate, venendo in rilievo sia danno derivato da illecito di rilievo penale (lesioni colpose), sia danno derivato da grave *vulnus* inferto a diritti della persona costituzionalmente protetti.

È fuori di ogni dubbio – si veda la c.t.u. (che non merita, per quanto detto, censura, né è stata censurata) – che la piccola ZZ abbia sofferto malattia indotta dalle subite lesioni, subendo inabilità temporanea totale e parziale ed essendole derivati postumi permanenti. Ed è, del pari, fuori di ogni dubbio che, in ragione dello stesso fatto, la piccola abbia subito sofferenza psichica ("turbe psicologiche") di non parva entità. Ed è, infine, fuori di ogni dubbio che, ancora in ragione di quel fatto, sia derivata significativa compromissione delle attività realizzatrici di ZZ, essendo stato seriamente "inciso" il sereno svolgimento della sua vita (*omissis*).

Tutto questo posto, assunta a base l'entità determinata secondo il

criterio tabellare (€ 34.176,00) ed applicata, in forza delle considerazioni svolte, una maggiorazione del 60%, il *quantum* del danno non patrimoniale deve essere stabilito in € 55,000,00, somma attualizzata alla data di redazione della sentenza. In favore di ZZ deve essere anche liquidata somma a titolo di danno patrimoniale (*omissis*), attualizzata (alla data di redazione della sentenza) in € 5.750,00.

5.5 Per ciò che attiene al piccolo WW, è stato diagnosticato un "trauma psichico con disturbo post-traumatico dell'adattamento", con la precisazione di "riduzione progressiva sino a scomparsa (o a sovrapposizione con altri momenti causali "sopravvenuti ed esclusivi"), delle turbe psicologiche manifestatesi dopo il sinistro (*omissis*). Tenendo in conto la natura della malattia diagnosticata e la sua durata contenuta nel tempo, il *quantum* del danno non patrimoniale deve essere limitato a € 3.000,00, somma anche questa attualizzata alla data di redazione della sentenza

5.6 Per ciò che attiene al XX ed alla YY, è fuori di dubbio, attesa la loro qualità genitoriale ed il diretto "vissuto" a seguito del fatto, che anch'essi abbiano subito danno in ragione dell'occorso, sia di natura non patrimoniale (sofferenza psichica di significativa entità), sia di natura patrimoniale (*omissis*).

Il danno non patrimoniale, da calcolare – in assenza di riferimenti obiettivi diversi dalla gravità del danno sofferto da ZZ e dalla significatività del danno sofferto da WW – con valutazione equitativa pura, deve essere determinato nella misura di € 7.500,00 per ciascun genitore, mentre il danno patrimoniale deve essere determinato in € 1.200,00, somme – entrambe – attualizzate alla data di redazione della sentenza (*omissis*).

(1-2) La già ampia casistica giurisprudenziale in tema di cani che azzannano bambini – ma in realtà protagonisti esclusivi sono immancabilmente pitbull, doberman e razze similari – si arricchisce di un altro precedente che offre non pochi spunti di notevole interesse.

Nel ribaltare totalmente la decisione di primo grado, il giudice dell'appello si ispira in modo ortodosso ad alcuni principi cardine, elaborati nel corso degli anni dalla giurisprudenza di legittimità, espressi nella prima massima.

Si afferma che la responsabilità del proprietario dell'animale è presunta, in quanto fondata non sulla colpa, ma sul rapporto di fatto con l'animale, per cui, per i danni cagionati dall'animale a un terzo, il proprietario risponde in ogni caso e *in toto*, a meno che non dia la prova del caso fortuito (Cass., 19 maggio 2009, n. 11570, in *altalex*; Cass., 19 marzo 2007, n. 6454, in *Giust. civ.*, 2008, I, 2027; Cass. 9 gennaio 2002 n. 200, in *Rep. Foro it.*, 2002, voce *Resp. civile*, n. 318; Cass. 14 settembre 2000 n. 12161, *ivi*, 2000, *voce cit.*,

n. 345; App. Venezia, 26 ottobre 2000, in *Arch. circolaz*., 2001, 299; Trib. Prato, 16 gennaio 2008, in *Foro it*., 2009, I, 284).

Altrettanto può dirsi per la prova liberatoria che il proprietario dell'animale deve fornire. Si tratta dell'aspetto più delicato della vicenda, non a caso quello su cui i pareri dei due giudici sostanzialmente divergono. In realtà, nel caso concreto, vista la situazione di "convivenza" nella quale si trovavano i protagonisti della vicenda, una maggiore prudenza e ragionevolezza da parte di tutti avrebbe forse evitato il verificarsi dell'evento dannoso, ma, tant'è!

Il giudice dell'appello, attenendosi in modo assai rigoroso ai principi in materia, censura *in toto* il comportamento del proprietario del cane che non avrebbe fornito la prova liberatoria: non può affermarsi che l'eventuale condotta colposa del padre dei bambini si sia inserita nel rapporto causale con forza tanto determinante da "assorbire" l'intero rapporto causale. L'affermazione è senza dubbio convincente, ma certo un genitore – tralasciate le manchevolezze del vicino – meglio avrebbe potuto e dovuto tutelare l'incolumità dei propri figli. La situazione di "convivenza" originata da un cortile comune ha erroneamente indotto le parti a credere che si potesse fare a meno di adottare tutti quegli accorgimenti che, quando si circola nella via pubblica, sono indispensabili.

La S.C. postula comunque la prova dell'intervento di un fattore esterno idoneo a interrompere il nesso di causalità tra il comportamento dell'animale e l'evento lesivo, comprensivo anche del fatto del terzo o del fatto colposo del danneggiato che abbia avuto efficacia causale esclusiva nella produzione del danno: Cass., 20 aprile 2009, n. 9350, in *altalex*; Cass., 19 marzo 2007, n. 6454, cit.; Cass., 26 giugno 1981, n. 4160, in *Rep. Foro it*., 1981, voce *Resp. civile*, n. 62).

In pratica non è sufficiente a superare la presunzione di responsabilità del proprietario la prova dell'uso della normale diligenza nella custodia dell'animale o della sua mansuetudine (Pret. Salerno-Eboli, 24 giugno 1998, in *Arch. civ*., 1999, 480).

In situazioni analoghe a quella affrontata dai giudici umbri, in relazione ai danni alla persona cagionati dall'aggressione di un cane di grossa taglia lasciato libero e incustodito in un cortile condominiale dove si trovavano altre persone, si è affermata la responsabilità del proprietario, che era solito giocare con il cane, libero e senza museruola, tirandogli una palla da tennis (Cass., sez. IV, 4 dicembre 2008, in *Foro it*., 2009, II, 187). Secondo Trib. Perugia, 4 luglio 1998, in questa *Rivista*, 1999, 72, con nota di Bellucci, *Danno da animali e omissione di custodia*, chi tollera all'interno del proprio fondo la presenza di un animale (nella specie, un cane lupo) ha l'obbligo di adottare ogni cautela idonea a prevenire possibili aggressioni dello stesso ai danni di coloro che legittimamente accedono al luogo medesimo.

In sostanza, "è vietato lasciare incustoditi cani o altri animali in luogo pubblico o aperto al pubblico al fine di garantire la sicurezza degli altri

frequentatori del luogo pubblico, che potrebbe essere messa a repentaglio dallo stato di libero movimento di cui gode un cane non controllato con guinzaglio o non frenato da museruola, o altro accorgimento che possa prevenire suoi impulsi aggressivi; nemmeno lo stato di necessità indotto da una patologia dell'animale può giustificare il comportamento del proprietario dell'animale che deve comunque usare l'accortezza di condurlo in luoghi non aperti al pubblico o temporaneamente non frequentati, o con appositi recinti per animali (Cass., 28 maggio 2008, n. 14075, in *Rep. Foro it.*, 2008, voce *Comune*, n. 709).

Ha ribadito, infatti, la stessa S.C. che al fine di escludere l'elemento della colpa, rappresentato dalla mancata adozione delle debite cautele nella custodia dell'animale pericoloso, non basta che questo si trovi in un luogo privato o recintato, ma è necessario che in tale luogo non possano introdursi persone estranee, come è invece accaduto nel caso *de quo* (Cass., sez. IV, 14 marzo 2006, Panzarin, in *Dir. e giur. agr. e ambiente*, 2007, 477, in un caso in cui il cane era custodito in un giardino privato, recintato e chiuso da un cancello con serratura a molla, mentre l'infortunata vi si era introdotta, pur sapendo del cane, la cui presenza era segnalata da apposito cartello).

Questo indirizzo così rigoroso – come ha messo in luce la giurisprudenza penale – trovano una giustificazione nel fatto che il proprietario di un cane è titolare di una posizione di garanzia collegata al fatto di essere, in quanto tale, tenuto a controllare le reazioni dell'animale (Cass., sez. IV, 3 aprile 2008, Morgione, in *Foro it.*, 2009, II, 187; Cass., sez. IV, 5 luglio 2006, Cesareo, *ivi*, 2007, II, 21).

L'aspetto più peculiare del provvedimento è comunque rappresentato dalla quantificazione del danno subito dalla parte lesa, in quanto si tiene conto della recentissima decisione delle sezioni unite dalla S.C. (Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, in *Foro it.*, 2009, I, 123, in *Guida al dir.*, 2008, 47, 18), la quale ha preso posizione su vari profili del danno stabilendo, in estrema sintesi, che:

1) il danno non patrimoniale è categoria generale non suscettiva di suddivisione in sottocategorie variamente etichettate;

2) il danno non patrimoniale è risarcibile nei soli casi «previsti dalla legge», e cioè, secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c.: a) quando il fatto illecito sia astrattamente configurabile come reato; b) quando ricorra una delle fattispecie in cui la legge espressamente consente il ristoro del danno non patrimoniale anche al di fuori di un'ipotesi di reato (ad es., nel caso di illecito trattamento dei dati personali o di violazione delle norme che vietano la discriminazione razziale); c) quando il fatto illecito abbia violato in modo grave diritti inviolabili della persona, come tali oggetto di tutela costituzionale;

3) il danno non patrimoniale derivante dalla lesione di diritti inviolabili della persona è risarcibile anche quando non sussiste un fatto-reato, né ricorre alcuna delle altre ipotesi in cui la legge consente espressamente il

ristoro dei pregiudizi non patrimoniali, a tre condizioni: a) che l'interesse leso abbia rilevanza costituzionale; b) che la lesione dell'interesse sia grave, nel senso che l'offesa superi una soglia minima di tollerabilità, dovendo ciascuno tollerare le minime intrusioni nella propria sfera personale inevitabilmente scaturenti dalla convivenza); c) che il danno non sia futile, vale a dire che non consista in meri disagi o fastidi, ovvero nella lesione di diritti del tutto immaginari, come quello alla qualità della vita o alla felicità;

4) non è ammissibile l'autonoma categoria di danno esistenziale, inteso quale pregiudizio alle attività non remunerative della persona;

5) la perdita di una persona cara implica necessariamente una sofferenza morale che non costituisce un danno autonomo, ma rappresenta un aspetto del danno non patrimoniale, per cui è inammissibile, costituendo una duplicazione risarcitoria, l'attribuzione, al prossimo congiunto di persona deceduta in conseguenza di un fatto illecito costituente reato, del risarcimento a titolo di danno da perdita del rapporto parentale, del danno morale;

6) il danno non patrimoniale da lesione della salute costituisce una categoria ampia ed omnicomprensiva, nella cui liquidazione il giudice deve tenere conto di tutti i pregiudizi concretamente patiti dalla vittima, ma senza duplicare il risarcimento attraverso l'attribuzione di nomi diversi a pregiudizi identici.

L'ampiezza e il contenuto del provvedimento, del quale la sentenza in commento tiene debito conto nel procedere alla quantificazione del danno, sono ovviamente al centro di un ampio dibattito.

Si vedano i primi commenti di PALMIERI, *La rifondazione del danno non patrimoniale, all'insegna della tipicità dell'interesse leso (con qualche attenuazione) e dell'unitarietà*, PARDOLESI e SIMONE, *Danno esistenziale (e sistema fragile): die hard*, PONZANELLI, *Sezioni unite: il «nuovo statuto» del danno non patrimoniale*, tutti in *Foro it*., 2009, I, rispettivamente 123 ss., 128 ss.,134 ss.

GOFFREDO ZUDDAS

I

CORTE D'APPELLO DI PERUGIA – 22 gennaio 2009, n. 28 – *Pres.* MATTEINI CHIARI – *Est*. ZANETTI – B.F. (avv.ti Trabalza e Fratini) c. F. s.n.c. Pasticceria Bar (avv. Chiaranti).
Riforma Trib. Terni, 19 marzo 2004.

Responsabilità civile – Responsabilità da cose in custodia – Bar – Urto del cliente contro vetrina – Danni – Fattori esterni – Nesso causale – Onere della prova – Grava sul danneggiato – Sussistenza (c.c., art. 2051).

Dal momento che la passività della cosa è fattore irrilevante ai fini dell'applicabilità dell'art. 2051 c.c., del danno cagionato da una vetrina che si rompe in seguito all'urto provocato da una persona risponde il custode della cosa, che ha l'obbligo di esercitare una adeguata vigilanza sulla cosa (1).

II

CORTE D'APPELLO DI PERUGIA – 23 marzo 2009, n. 86 – *Pres.* MATTEINI CHIARI – *Est*. LIGORI – C.A. (avv.ti Pecchioli e Gargiulo) c. Il Q. s.a.s. (avv. Lucidi).
Riforma Trib. Spoleto, 8 aprile 2004.

Responsabilità civile – Responsabilità da cose in custodia – Caduta su sporto pavimento – Danni – Fattori esterni – Nesso causale – Onere della prova – Grava sul danneggiato – Sussistenza (c.c., art. 2051).

Quando a cagionare il danno sia una cosa, il concetto di insidia non appare idoneo a determinare l'inapplicabilità dell'art. 2051 c.c. a vantaggio dell'art. 2043 c.c., ma deve essere utilizzato esclusivamente per verificare la ricorrenza, o meno, del caso fortuito, quale unica prova liberatoria ammessa, a favore del danneggiato, dalla legge, che deve essere positivamente provata (nel caso di specie è stata dichiarata la responsabilità del gestore di un parco-ristorante per i danni subiti da una cliente in seguito alla caduta su di un masso decorativo collocato all'interno del parco) (2).

III

TRIBUNALE DI PERUGIA – 17 febbraio 2009, n. 159 – *G.U.* DE LISIO – D.M.M. (avv. Lamberti) c. Comune di Perugia e Azienda Perugina Mobilità (avv. Trombettoni) c. Unipol Assicurazioni (avv. Trombettoni).

Responsabilità civile – Responsabilità da cose in custodia – Caduta su scale mobili – Danni – Fattori esterni – Nesso causale – Onere della prova – Grava sul danneggiato – Sussistenza (c.c., art. 2051).

Responsabilità civile – Responsabilità da cose in custodia – Caduta su scale mobili – Danni all'utente – Soggetto responsabile – Gestione affidata a terzi – Legittimazione passiva – Onere della prova – Mancata allegazione da parte del proprietario – Legittimazione passiva – Sussistenza (c.c., art. 2051).

Nel caso in cui una persona che utilizza le scale mobili abbia subito dei danni a causa di un asserito, improvviso mutamento di velocità delle scale stesse, ai fini dell'applicazione della responsabilità prevista dall'art. 2051 c.c., grava sul danneggiato l'onere di provare, tra la cosa custodita e il danno, il rapporto eziologico, il quale può sussistere solo quando il nocumento sia stato causato o dal dinamismo connaturato alla cosa o dall'insorgenza, in essa, di un agente dannoso, ancorché proveniente dall'esterno. Parte attrice doveva dunque provare, perché la presunzione di legge fosse operativa, che si era verificato un repentino e improvviso cambio di velocità, non essendo stata tempestivamente dedotta una pericolosità intrinseca della scala (3).

Nel caso in cui una persona che utilizza le scale mobili abbia subito dei danni a causa di un repentino cambio di velocità delle scale stesse, grava sull'ente proprietario dell'impianto l'onere di provare che la gestione delle scale è stata affidata a terzi, sussistendo, in difetto, una sua legittimazione passiva per responsabilità da cose in custodia nel giudizio promosso da un soggetto danneggiato (4).

I

(*Omissis*). Il sig. F.B., uscendo dal Bar Pasticceria F., sito in Terni, via (…), andava a sbattere con un ginocchio contro una vetrina che rompendosi gli cagionava gravi lesioni.

Essendo questo il fatto, con citazione notificata in data 2.3.1999 il predetto conveniva in giudizio dinanzi al Pretore di Terni la s.n.c. F. chiedendo che venisse condannata al risarcimento dei danni quantificati nella misura di lire 35 milioni o nella somma maggiore o minore ritenuta di giustizia. Spiegava che l'invalidità conseguente alle lesioni riportate (10%) lo danneggiava notevolmente in considerazione dell'attività di parrucchiere. Deduceva che la società convenuta era responsabile ai sensi dell'art. 2051 c.c. dal momento che la vetrina non era percepibile in quanto contigua alla porta di ingresso cosicché la società avrebbe dovuto segnalarne la presenza in modo chiaro e che avrebbe dovuto avere una consistenza maggiore sì da non rompersi ad un semplice urto.

La società convenuta si costituiva in giudizio contestando la pretesa

dell'attore in quanto – a suo dire – la vetrina aveva avuto un ruolo meramente passivo. A dire della convenuta infatti la vetrina era chiaramente visibile e l'incidente si era verificato soltanto perché il B., dirigendosi di corsa verso l'uscita e con la testa girata verso la cassiera, non si era avveduto che stava andando ad urtare contro la vetrina.

Il Tribunale (subentrato al Pretore per la nota riforma), con sentenza del 3.3.2004 (depositata il 19.3.2004) respingeva la domanda e condannava l'attore al pagamento delle spese processuali. Perveniva a tale decisione ritenendo che le deposizioni testimoniali avevano provato che effettivamente il B. si era diretto verso l'uscita con la testa girata sì da non accorgersi di andare ad urtare la vetrina (*omissis*). L'appellante sostiene che il Tribunale è pervenuto ad una decisione errata perché non ha tenuto conto del fatto che la vetrina non era segnalata né era realizzata con materiale idoneo, tale da non rompersi subito, così come impone, invece, il d.lgs n. 626/1994. A suo dire se avesse tenuto conto di tali elementi avrebbe dovuto necessariamente ravvisare la responsabilità della società convenuta.

Il motivo è fondato.

Vero è che il B. era girato mentre stava avviandosi verso l'uscita (lo provano le deposizioni rese dai testi escussi della attendibilità dei quali non vi è ragione di dubitare), il che induce a ravvisare una certa responsabilità dello stesso B., ma è anche vero che la vetrina di un pubblico esercizio deve essere realizzata con un materiale tale da non andare in frantumi ad un urto anche non particolarmente violento sì da evitare di ferire persone che accidentalmente, anche per distrazione, le finiscano contro.

L'art. 7, comma 6, D.P.R. 303/1956 come modificato dall'art. 33 d.lgs n. 626/1994 riguarda in verità la tutela dei lavoratori ma può essere utilizzato come parametro di riferimento per valutare la colpa anche per incidenti occorsi a terzi. L'art. 16 d.lgs n. 242/1996 ha modificato, rendendolo ancora più puntuale l'art. 7 citato ma già le modifiche apportate dal d.lgs n. 626/1994 sono sufficienti a concretizzare la colpa della società che gestiva il bar. Pur in assenza di una perizia sui materiali che costituivano la vetrina vi è ragione di ritenere che essa non corrispondesse alle caratteristiche richieste dalla normativa suddetta, come pure da canoni di ordinaria prudenza, dal momento che non risulta che l'urto del B. contro la vetrina sia stato di per sé particolarmente violento.

Che la cosa sia stata, dunque, soltanto passiva non è peraltro vero né rilevante: la cosa ha acquisito dopo l'urto una sua potenzialità offensiva "attiva" in quanto i frammenti di vetro sono andati a ferire gravemente la persona del B.; inoltre la asserita "passività della cosa" non è una condizione scriminante dal momento che anche una buca o un gradino deteriorato sono di per sé "passivi" ma non v'è dubbio che il proprietario

di tali cose risponda *ex* art. 2051 c.c. per i danni subiti dai terzi quando non sono segnalate.

Pur nel concorso del B., che comunque è minimo in quanto le cautele che il titolare di un esercizio pubblico deve adottare servono proprio a tutelare i terzi distratti, sussiste la prevalente responsabilità della società appellata che può essere quantificata in misura dell'80% (*omissis*).

II

(*Omissis*). Con atto di citazione notificato il 29.11.00 C.A. conveniva in giudizio davanti al Tribunale di Spoleto Il Q. sas, chiedendone la condanna al risarcimento dei danni alla persona da essa subiti per essere caduta dopo avere inciampato, mentre il 19.7.98 in occasione del banchetto per le nozze di una nipote cercava di raggiungere il posto al tavolo che le era stato riservato nel boschetto della Villa (…) gestita come struttura di ristorazione dalla società convenuta, contro un masso decorativo. L'attrice fondava la responsabilità della convenuta sul fatto che la presenza di quel masso costituiva un'insidia, atteso che esso, di "colore eguale al selciato" sul quale poggiava, era "non visibile" perché era di sera e l'illuminazione ... del luogo era insufficiente anche per la presenza delle folte chiome degli alberi.

Costituendosi in giudizio la società convenuta chiedeva il rigetto della domanda, eccependo in particolare che le "numerose pietre decorative di notevoli dimensioni posizionate in ordine sparso" nell'area del "boschetto sacro", erano "ben visibili anche in ore notturne" in quanto il luogo era "ampiamente illuminato in modo omogeneo" con "fari alogeni" posizionati sugli alberi, con "numerosi faretti" posti al centro del giardino e "vari lampioncini" lungo tutto il perimetro della villa: usando l'ordinaria diligenza l'attrice avrebbe evitato la caduta. Che se poi l'azione dovesse intendersi fondata sull'art. 2051 c.c. la responsabilità di essa convenuta andava comunque esclusa perché la grossa pietra non era per sua natura capace di trasformarsi in un "agente dannoso" e comunque la condotta colposa dell'attrice valeva come caso fortuito idoneo ad escludere la sua responsabilità.

Con sentenza 8.4.04 l'adito Tribunale rigettava la domanda attorea (*omissis*).

Il Tribunale ha motivato il rigetto della domanda affermando:

- che essa era fondata sulla qualificazione come insidia dell'ostacolo contro il quale l'attrice aveva inciampato;

- che per aversi insidia è necessario che la situazione di pericolo sia non visibile e non prevedibile;

- che nel caso di specie, anche ammesso che l'ostacolo fosse non visibile – ma più probabilmente era solo di difficoltosa visibilità, considerate le sue dimensioni (un metro per un metro, secondo quanto riferito da un

teste, e la deposizione appariva attendibile osservando le foto in atti) e la presenza di una qualche illuminazione artificiale –, certamente comunque non era imprevedibile;

- che infatti sia per la natura del luogo – il boschetto di un parco, ove è appunto prevedibile che esistano "ostacoli naturali" quali "radici, massi, piccoli avvallamenti" –, sia per lo specifico arredamento del parco, nel quale erano posti, come era visibile dalle foto prodotte dall'attrice, altri massi ornamentali del tipo di quello contro cui la donna era inciampata, oltre ad elementi come "tavoli, sedie, altri elementi di servizio" destinati al banchetto, era prevedibile, percependo i detti elementi nel loro insieme, che ci fossero ostacoli anche nelle zone non bene illuminate.

2. Deduce anzitutto l'appellante:

a) che, ammessa la nozione di insidia affermata dal primo giudice, ed ammessa, come faceva questo, la non visibilità dell'ostacolo – comunque emergente dalle deposizioni dei testi (*omissis*) –, la non prevedibilità dello stesso si ricavava dal fatto che il primo giudice aveva affermato la prevedibilità degli ostacoli naturali, fra i quali non potevano mettersi i massi decorativi, come quello per cui è causa, che erano ostacoli artificiali; del resto l'attrice, residente a Napoli, e che per la prima volta accedeva al parco della convenuta, ignorava la presenza e il posizionamento dei "motivi decorativi allestiti";

b) che comunque la responsabilità della convenuta doveva essere affermata "in primo luogo" *ex* art. 2051 c.c., che pone a carico dei "soggetti che devono vigilare e controllare luoghi pubblici o aperti al pubblico una responsabilità oggettiva" per danno da cosa, salvo che il custode provi il caso fortuito: disposizione che, per la giurisprudenza, è inapplicabile alla PA in relazione a beni appartenenti al demanio stradale, ma è ben applicabile ad un caso, come quello di specie, di un privato in relazione ad un bene estremamente limitato dal punto di vista spaziale.

3. L'appello è fondato per l'assorbente fondatezza del motivo *sub* b) (*omissis*).

Non può dubitarsi che la cosa dalla quale il danno deriva sia oggetto di custodia, l'addebito di avere creato con detta cosa una insidia è evidentemente solo un caso particolare di addebito di quella omissione di adeguata vigilanza della cosa in custodia che, implicita nel fatto che l'esistenza della cosa abbia concorso nella determinazione del danno, sembra da ritenere il fondamento della responsabilità in parola. La giurisprudenza ha del resto elaborato la teorica della responsabilità *ex* art. 2043 c.c. per la creazione di una situazione di pericolo occulto (insidia o trabocchetto) appunto con riguardo a beni che non potevano ritenersi oggetto di custodia, come certi beni demaniali (*omissis*).

La convenuta ha anzitutto negato, in astratto, l'applicabilità al caso di specie dell'art. 2051 c.c. affermando che tale disposizione non

si applicherebbe ad una cosa, come il masso decorativo per cui è causa, dalla quale "non può insorgere alcun agente dannoso", sembrando richiamare la tesi secondo cui l'art. 2051 c.c. non si applicherebbe se la cosa è inerte, priva cioè di un proprio dinamismo, producendosi il danno per l'intervento dell'attività umana o altro fattore dinamico.

La giurisprudenza prevalente, alla quale la Corte si richiama, è però nel senso che l'art. 2051 c.c. si applichi a prescindere dalla natura della cosa, e quindi anche in relazione alle cose inerti nel senso sopra visto; come si comprende facilmente proprio ammettendo che il fondamento della responsabilità *ex* art. 2051 c.c. sia l'omissione dell'adeguata vigilanza sulla cosa in custodia.

L'altra ragione per la quale la convenuta nega, questa volta in concreto, l'applicabilità dell'art. 2051 c.c. e si darebbe la prova di quel caso fortuito che è appunto, in base a detta disposizione, l'oggetto della prova liberatoria a carico del custode.

A tale proposito appare opportuno rilevare anzitutto che nella prospettiva dell'applicazione dell'art. 2051 c.c. l'attrice non ha alcun onere di provare che il masso decorativo contro il quale è andata ad inciampare costituisse un'insidia (come invece è previsto dalla teorica della responsabilità *ex* art. 2043 c.c. per insidia), perché per far valere la responsabilità del custode *ex* art. 2051 c.c. il danneggiato ha solo l'onere di provare che l'esistenza del cosa in custodia ha concorso nella determinazione del danno e nel caso di specie una tale prova deve ritenersi acquisita al giudizio perché non è contestato dalla convenuta che l'attrice si sia procurata le lesioni per le quali chiede il risarcimento andando ad inciampare proprio contro il masso decorativo nella custodia della convenuta.

Ciò posto, è appunto onere della convenuta di fornire la prova liberatoria del caso fortuito, che nella giurisprudenza più recente, sul presupposto del carattere oggettivo della responsabilità in parola, viene inteso come quel fatto che possa considerarsi esso stesso causa del danno, interrompendo quindi il nesso casuale (art. 40 II co. c.p.) fra l'esistenza della cosa in custodia (e l'omissione di adeguata vigilanza in essa implicita, si può aggiungere) ed il danno, e che può consistere anche nel fatto di un terzo o dello stesso danneggiato, purché sia da solo sufficiente a cagionare il danno, rilevando altrimenti come concorso colposo.

Nel caso di specie la convenuta fa consistere il caso fortuito appunto nella condotta colposa della stessa danneggiata che sarebbe inciampata contro la pietra decorativa, essendo questa "di notevoli dimensioni e ben visibile", "evidentemente per la sita distrazione stante la particolarità della cerimonia cui partecipava", sì da porsi come un evento "dotato di impulso causale autonomo e con il carattere dell'inevitabilità tale da eliminare il presunto dovere di vigilare affinché la cosa non recasse danno".

Ma che la caduta dell'attrice sia imputabile solo a distrazione di questa, al punto addirittura da avere un rilevo causale autonomo rispetto alla produzione del danno, non può dirsi provato perché non può dirsi provato che il masso fosse ben visibile. L'esito della prova testimoniale è anzi nel senso che al momento in cui il sinistro si è verificato detto masso fosse, se non proprio invisibile, almeno visibile con difficoltà, secondo quanto affermato dal primo giudice sia pure nella prospettiva della verifica della responsabilità della convenuta *ex* art. 2043 c.c. per insidia.

"Quando siamo arrivati", riferisce il teste L.A., "c'era ancora la luce ma si era sull'imbrunire". Il fatto perciò che dalle foto in atti, scattate di giorno, le pietre, piuttosto grosse, siano ben visibili non basta ad affermare la visibilità del masso di cui si tratta. Trattandosi di ora serale occorre avere riguardo all'illuminazione artificiale (*omissis*). La conferma della difficoltà della percezione del masso è data poi dal fatto che proprio uno di testi, il L., ha deposto di essere inciampato anche lui contro lo stesso masso.

Si può perciò concludere nel senso che la convenuta non ha offerto la prova liberatoria del caso fortuito il cui onere su di lei incombeva. Non c'è prova infatti che il masso nella situazione data fosse ben visibile, ciò che consentirebbe di riferire il danno alla sola condotta disattenta dell'attrice. La presenza del masso non bene illuminata aumentava evidentemente la probabilità del danno ed in tal senso il nesso causale non può dirsi interrotto dalla condotta anche in ipotesi disattenta dell'attrice (*omissis*).

In riforma dell'appellata sentenza va pertanto affermata la totale responsabilità della convenuta per i danni patiti dall'attrice (*omissis*).

III

(*Omissis*). Con atto di citazione notificato il 1°.12.2003 D.M.M. conveniva in giudizio il Comune di Perugia e la APM spa per sentirli dichiarare responsabili del sinistro a lui occorso in Perugia il 2.6.2003, allorché nel percorrere le scale mobili che attraversano la Rocca Paolina, cadeva a terra a causa di un improvviso cambio di velocità della scala mobile, così riportando lesioni personali consistenti nella frattura e schiacciamento L2 con applicazione del gesso per quaranta giorni. Deduceva l'attore a fondamento della richiesta risarcitoria la responsabilità del Comune, proprietario delle scale in questione, e dell'APM, affidataria della gestione e ne chiedeva la condanna al risarcimento dei danni subiti da quantificarsi in corso di causa e comunque nei limiti di € 51.645,68, oltre le spese di lite.

Si costituivano ritualmente i convenuti. Il Comune di Perugia eccepiva la propria carenza di legittimazione passiva, evidenziando come la

gestione delle scale mobili in questione fosse stata data in appalto alla società APM con apposita convenzione stipulata in data 29.9.2000, poi prorogata, con conseguente esclusione di ogni responsabilità del Comune di Perugia per eventuali danni connessi all'uso e alla manutenzione delle stesse (*omissis*).

Con comparsa di intervento volontario *ex* art. 105 c.p.c. depositata il 9.2.2005 si costituiva la Compagnia Assicurativa Unipol spa, quale parte interessata all'esito dello stesso in virtù della posizione ed in qualità di assicuratrice per la responsabilità civile verso terzi del convenuto Comune di Perugia, chiedendo respingersi la domanda attrice (*omissis*).

La domanda è infondata e va pertanto rigettata.

Preliminarmente rileva il Tribunale l'infondatezza dell'eccezione di carenza di legittimazione passiva avanzata dal Comune di Perugia, posto che l'Ente convenuto, proprietario delle scale mobili, non ha fornito la prova di quanto asserito in ordine alla concessione in appalto della gestione delle scale alla APM spa. Sebbene risulti pacifica la circostanza che quest'ultima società si occupasse della gestione, la mancata produzione in giudizio della convenzione stipulata non consente, infatti, di verificare lo specifico oggetto dell'appalto (gestione, funzionamento, manutenzione o altro) onde dedurne preliminarmente l'esenzione di ogni responsabilità dell'Ente per i fatti lamentati dall'attore.

Quanto al merito della controversia, occorre premettere che non vi è contestazione sulla circostanza che l'attore in data 2.6.2003 sia caduto a terra mentre si trovava sulla scala mobile che attraversa la Rocca Paolina, così procurandosi lesioni personali.

L'attore ha invocato in sede di comparsa conclusionale l'applicazione dell'art. 2051 c.c. sul presupposto che, secondo consolidata giurisprudenza, il dinamismo intrinseco delle scale mobili comporta necessariamente che i casi di sinistro avvenuti su di esse devono essere qualificati come danni da cose in custodia, essendo la scala mobile, per definizione, una cosa potenzialmente lesiva. Tale prospettazione è in astratto certamente condivisibile potendo la domanda formulata nell'atto di citazione essere qualificata come azione di responsabilità per il danno cagionato da cose in custodia. Va però osservato che l'attore, nell'atto introduttivo, ha esposto non che la scala fosse suscettibile di produrre danni per sua natura, bensì che la caduta era stata cagionata dall'incidenza di un agente esterno, essendovi stato un improvviso e repentino cambio di velocità (*omissis*).

È noto che, ai fini dell'applicazione della responsabilità prevista dall'art. 2051 c.c., il danneggiato deve provare, tra la cosa custodita e il danno, il rapporto eziologico, il quale può sussistere solo quando il nocumento sia stato causato o dal dinamismo connaturato alla cosa o dall'insorgenza, in essa, di un agente dannoso, ancorché proveniente

dall'esterno, secondo la distinzione più sopra illustrata. Parte attrice doveva dunque provare, perché la presunzione di legge fosse operativa, che effettivamente si era verificato un repentino ed improvviso cambio di velocità, non essendo stata tempestivamente dedotta una pericolosità intrinseca della scala (*omissis*).

Sul punto i testi R.V. e C.T., presenti sulla scala mobile al momento del fatto, hanno sostanzialmente dichiarato che al momento del sinistro la scala rallentava il suo movimento fino a fermarsi e poi riprendeva il movimento accelerando con uno scatto. Potrebbe, in conseguenza, ritenersi provato proprio il nesso causale tra la scala e la caduta, ossia tra la cosa in custodia e l'evento dannoso (*omissis*). Il teste P.P., dipendente dell'APM, ha dichiarato che la mattina del 2.6.2003, circa alle 10.00, il D.M. era salito su un tratto della scala mobile da Piazza Partigiani verso il centro, con davanti a sé un passeggino su cui era seduto il figlio e che, giunto a fine scala, le ruote del passeggino si erano bloccate sui gradini dello sbarco e il D.M. era caduto. Specificava che essa era a conoscenza di tale circostanza in quanto addetta ai monitor; che durante la salita la scala aveva sempre mantenuto la stessa velocità; che l'impianto non ha sistemi di variazione di velocità e che la scala mobile o marcia alla velocità programmata o si ferma. Ha dichiarato poi che all'inizio di entrambi i sensi di marcia della scala mobile vi sono gli avvisi di divieto di accesso per carrozzine e passeggini e di obbligo di tenere i bambini in braccio; di avere provveduto a bloccare la scala mentre i dipendenti del Comune hanno provveduto ad apprestare i soccorsi e di avere appreso dal vigilante che il bambino aveva un taglio sotto l'occhio e il padre dolore alla spalla (*omissis*).

Da tali dichiarazioni si evince, dunque, che il D.M., contravvenendo a precise disposizioni e cautele da osservare sulle scale mobili, richiamate da appositi avvisi, ha spinto sulla scala il passeggino ove si trovava il figlio e che sul gradino di arrivo il passeggino si è bloccato provocando la caduta dell'attore (*omissis*).

Alla luce del complessivo quadro probatorio emergente dagli atti, quand'anche si volesse ritenere lo stesso non pienamente idoneo a fornire la prova del comportamento imprudente tenuto dall'attore e della sua efficienza ad interrompere il nesso eziologico tra cosa e danno, ritiene il Tribunale debba darsi rilievo alla mancata risposta all'interrogatorio formale deferito all'attore, che non si è presentato a rispondere senza giustificato motivo, potendosi ritenere come ammessi i fatti dedotti nell'interrogatorio stesso (e dunque, che egli era salito sulla scala mobile con davanti a sé un passeggino su cui era seduto il figlio; che giunto alla fine della scala le ruote del passeggino si erano bloccate sui gradini dello sbarco e che conseguentemente era caduto; che all'inizio di entrambi i sensi della scala mobile vi erano gli avvisi di divieto di accesso con carrozzine e passeggini e obbligo di tenere i bambini in braccio).

Conclusivamente ritiene il Tribunale che la situazione di possibile pericolo poteva essere prevista e superata attraverso l'adozione delle normali cautele da parte del danneggiato, tenuto conto che il pericolo connesso all'uso improprio della scala mobile (nel caso in esame, salendovi con un passeggino aperto e con dentro un bambino) era stato opportunamente segnalato da chi ne aveva la custodia. L'evento di danno lamentato dall'attore è da ascriversi dunque esclusivamente a sua colpa, la quale ha interrotto il nesso di causalità tra la cosa in custodia e il danno, verificandosi dunque una ipotesi di caso fortuito che libera il custode dalla responsabilità *ex* art. 2051 c.c. Per i motivi suesposti la domanda deve essere rigettata (*omissis*).

(1-4) Il danno cagionato da vetrine, massi decorativi, scale mobili e l'art. 2051 c.c.

Le decisioni oggetto di annotazione si soffermano, tutte, sull'applicabilità o meno dell'art. 2051 c.c., che disciplina la responsabilità del custode per il danno cagionato dalle cose che egli ha in custodia.

I danni scaturenti da una vetrina che si rompe in seguito all'urto di una persona, un masso non bene illuminato sul quale inciampa il cliente di un ristorante, una scala mobile che provoca la caduta rovinosa di un utente, sono ipotesi che ripropongono la questione dell'applicabilità dell'art. 2043 c.c. o, invece, dello specifico art. 2051 c.c. Il tutto con i connessi problemi circa l'onere della prova della colpevolezza del danneggiante e la conseguente possibilità, o meno, di ottenere il risarcimento da parte del danneggiato il quale, nell'art. 2051 c.c., risulta avvantaggiato dalla introduzione di una inversione dell'onere probatorio, *ex lege*, a suo vantaggio (oltre all'aggravamento della responsabilità del custode che potrà liberarsi con la sola prova del caso fortuito) [(1)].

Ancora una volta emerge, con chiarezza, l'importanza e l'attualità, nel sistema dell'illecito civile, di questa specifica disposizione alla quale è stata conferita una "reale" portata autonoma, per la prima volta, dal codice civile del 1942 [(2)], dopo un dibattito dottrinale e giurisprudenziale durato per ol-

---

[(1)] Così, espressamente, Cass., 29 settembre 2006, n. 21244, in *Resp. civ.*, 2008, 133.

[(2)] L'infelice formulazione dell'art. 1153 c.c. 1865, che sanciva la responsabilità per il danno cagionato "colle cose" che si avevano in custodia, aveva fatto ritenere che tale disposizione non fosse dotata di portata autonoma, bensì fosse solo un precetto generale che trovava specificazione nei successivi artt. 1154 e 1155 c.c., sul danno cagionato da animali e da rovina di edifici. Per il dibattito, in sede legislativa, sulla formulazione del "nuovo" art. 2051 c.c.: *Relazione del Guardasigilli sul libro delle*

tre 50 anni [3]. La necessità di tutelare adeguatamente coloro che venivano danneggiati dalle "nuove cose", frutto della moderna industrializzazione, era stata pienamente colta dal legislatore del '42 il quale, anziché costringere la giurisprudenza a interpretazioni innovative di disposizioni "poco chiare" sul danno da cose (art. 1384 del *Code Napoleón*, art. 1153 c.c. 1865) o ad interpretazioni estensive della clausola generale di responsabilità civile (art. 1902 del *Codigo civil* spagnolo), presenti nei codici civili dell'epoca, introduceva una *fictio iuris* nell'illecito civile in base alla quale le cose apparivano dotate di un'anima o, meglio, di una capacità di "delinquere". Di tutto ciò, e di quella che è una corretta interpretazione della norma, appaiono essere pienamente consapevoli i giudici perugini nelle decisioni in questione ove affermano, o riaffermano (nei due casi di riforma delle decisioni di I° grado), la piena autonomia della norma, dando una corretta interpretazione sia del concetto di custodia, che della prova liberatoria.

Sotto un primo profilo, l'appello perugino, seppur in poche righe, mette in evidenza che l'art. 2051 c.c. riguarda tutte le cose, essendo irrilevante il fatto che esse siano state inerti, che abbiano una pericolosità attuale o potenziale, e non essendo assolutamente necessario che esse siano "seagenti" o "semoventi". La distinzione tra le varie tipologie di cose al fine di applicare la norma risulta superata da alcuni decenni e la passività ritenuta determinate – in maniera a mio avviso erronea – dal giudice di primo grado nel caso della rottura di una vetrina, non può essere assolutamente ritenuta sufficiente per escludere l'applicazione della disposizione in questione [4]. Così, ad esempio, divengono pericolosi la neve accumulatasi su di un tetto durante una nevicata che, successivamente, per l'innalzarsi della temperatura, cada sul tetto stesso [5]; il pavimento di un supermercato reso scivoloso dalla caduta di verdure [6] o di liquidi [7]; un cassonetto

---

obbligazioni, n. 657; Relazione al Re sul libro delle obbligazioni, n. 264, entrambe in PANDOLFELLI, *Codice civile, Libro delle Obbligazioni,* Milano, 1942, 684 s.

[3] V., per tutti, MEZZASOMA, *Il danno da cose negli ordinamenti italiano e spagnolo*, Napoli, 2001, 22 ss.

[4] Conf., da ult., Cass., 5 dicembre 2008, n. 28811, in *Rep. Foro it.,* 2008, voce *Resp. civile,* n. 427; Cass., 28 novembre 2007, n. 24739, in *Giust. civ*., 2008, I, 1483; Cass., 26 settembre 2006, n. 20825, in *Rep. Foro it.,* 2007, *voce cit*., n. 428.

[5] Affermano l'applicabilità dell'art. 2051 c.c. a questa fattispecie: Pret. Torino, 4 febbraio 1960, in *Arch. resp. civ.*, 1960, 226; Pret. Bologna, 10 gennaio 1966, in *Dir. e prat. ass.*, 1966, 132; Pret. Bologna, 30 ottobre 1968, in *Giur. it.*, 1968, I, 2, 470, con nota di ROVELLI; Trib. Milano, 31 gennaio 1987, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, I, 356; Cass., 11 novembre 1987, n. 8308, in *Resp. civ. prev*., 1988, 169, con nota di RIGOLINO BARBERIS, *Responsabilità del proprietario di edificio per danni da caduta di neve dai tetti*. *Contra*, App. Genova, 31 marzo 1989, in *Riv. giur. circol. trasp*., 1990, 581, che ritiene applicabile al caso in questione l'art. 2043 e non l'art. 2051 c.c.

[6] Trib. Verona, 4 giugno 1997, in *Danno e resp*., 1998, 65.

[7] Cass., 15 novembre 1996, n. 1005, in *Gius*, 1997, 316.

porta rifiuti trascinato dal forte vento [8]; un terreno incolto dal quale si propaghi un incendio [9].

L'irrilevanza di quella che è la natura della cosa ed il fatto che l'assenza di dinamismo non è idonea ad escludere il ricorso alla norma, viene ribadita dalla Corte nel caso riguardante la caduta di una persona inciampata in un masso decorativo che si trovava nel giardino di un ristorante. Anche qui, in riforma della decisione di primo grado, dapprima si mette in luce che l'art. 2051 c.c. si applica "anche in relazione alle cose inerti" e, poi, si evidenzia che ciò "si comprende facilmente proprio ammettendo che il fondamento della responsabilità *ex* art. 2051 sia l'omissione dell'adeguata vigilanza sulla cosa custodita". Ed esso è un altro dei tratti caratterizzanti la responsabilità per danno da cose. Non il potere di fatto sulla cosa, il governo su di essa, la possibilità di escludere altri dalla sua utilizzazione, bensì il potere-dovere di evitare che il bene cagioni danni ad altri [10]. È, questa, la corretta identificazione del custode, del *gardien* francese, come è confermato da quelle decisioni che si occupano del frazionamento o affidamento della custodia [11], sancendo la responsabilità di colui che aveva la concreta possibilità di prevenire il verificarsi dell'evento dannoso [12]. Nei casi in cui un soggetto, per sua libera scelta o in adempimento di un obbligo di legge, affida una cosa ad un'altra persona, si dovrà verificare se si trasferiscono anche i connessi poteri di vigilanza e controllo, come avviene nel contratto di locazione, ove il proprietario mantiene il suo generale dovere di vigilanza sul bene, mentre il conduttore, che assume la disponibilità fisica del bene, dovrà rispondere per le omissioni connesse ai poteri-doveri di controllo che ha acquisito.

Costituiscono conferma di questo le fattispecie evocate dalla Corte perugina nella decisione riguardante il "masso decorativo", di danni cagionati da strade extraurbane o, comunque, da beni demaniali di particolare

---

[8] Giud. pace Palermo, 1° aprile 2008, in *Arch. circ.,* 2008, 672.

[9] Cass., 18 giugno 1999, n. 6121, in *Danno e resp*., 2000, 41, con nota di Laghezza, *Neminem laedere ... e comunque mai il risparmiatore!*

[10] Per una sintesi di tali orientamenti si rinvia a Mezzasoma, *Il danno cagionato da ascensore e l'art. 2051 cod. civ.,* in questa *Rivista*, 1993, 705 s.

[11] Così, ad es., le fattispecie in cui la custodia viene suddivisa fra proprietario e conduttore (v., ad es., Cass., 26 giugno 2007, n. 14745, in *Rep. Foro it.,* 2007, voce *Resp. civile,* n. 437; Cass., 30 gennaio 2006, n. 1878, *ivi,* 2006, voce *Locazione,* n. 144); fra società di *leasing* ed utilizzatore (Trib. Taranto, 11 giugno 1993, *ivi*, 1993, voce *Resp. civile*, n. 134), fra proprietario e manutentore (Trib. Terni, 1° febbraio 1993, n. 35, in questa *Rivista*, 1993, 699); fra committente e appaltatore (Cass., 26 settembre 2006, n. 20825, in *Rep. Foro it.,* 2007, voce *Resp. civile,* n. 487); fra beneficiario e *trustee* (Mezzasoma, *o.l.u.c.*, 135 s.).

[12] Cfr. la terza decisione oggetto di annotazione, riguardante il caso di caduta su di una scala mobile, ove l'assenza di prova circa l'esistenza di un contratto di affidamento in gestione del bene che ha cagionato il danno ha portato ad affermare la legittimazione passiva del proprietario di esso, quale custode.

estensione, per i quali si afferma l'assenza di responsabilità del custode in quanto non è possibile esigere che la pubblica amministrazione possa esercitare una adeguata vigilanza su beni così vasti ed estesi [13]. Che ciò, poi, porterà a deporre verso una interpretazione della responsabilità del custode come responsabilità aggravata e non assolutamente indipendente dalla di lui colpa è altra questione che va risolta, in senso positivo.

Il custode risponde, infatti, perché ha contravvenuto al dovere, imposto dalla legge, di comportarsi in maniera tale da evitare il verificarsi dell'evento dannoso [14], di talché la sua diligenza-negligenza non potrà essere, a mio avviso, ritenuta irrilevante [15].

Ma nella fattispecie a cui, da ultimo, ci si sta riferendo, si chiarisce anche la rilevanza o meno, nell'art. 2051 c.c., del concetto di insidia. Esso, infatti, non appare essere idoneo a determinare l'inapplicabilità dell'art. 2051 c.c. a vantaggio dell'art. 2043 c.c., ma deve essere utilizzato, esclusivamente, per verificare la ricorrenza, o meno, del caso fortuito, quale unica prova liberatoria ammessa, a favore del danneggiato, dalla legge, che deve essere positivamente provata [16]. Ed allora, come evidenziato nella sentenza da ultimo indicata, il danneggiato non deve provare che la cosa "costituisse una insidia (come

---

[13] Corte cost., 10 maggio 1999, n. 156, in *Danno e resp.*, 1999, 871, su cui, MEZZASOMA, *La responsabilità della Pubblica Amministrazione per i danni cagionati da cose in custodia (Corte costituzionale, 10 maggio 1999, n. 156)*, in BUSSANI, *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, XV, *Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana,* Napoli, 2006, 229 ss. Conf., Cass., 26 novembre 2007, n. 24617, in *Giust. civ.*, 2008, II, 2193; Cass., 8 agosto 2007, n. 17377, in *Arch. circ.,* 2008, 32; Trib. Nuoro, 2 gennaio 2007, in *Riv. giur. sarda,* 2008, 57; Trib. Perugia, 2 ottobre 2003, in questa *Rivista*, 2004, 496, con nota di MAZZASETTE, *La responsabilità civile della p.a. per danno cagionato da cose in custodia*.

[14] Così, da ult., Cass., 10 marzo 2009, n. 5741, in *Rep. Foro it.,* 2009, voce *Resp. civile,* n. 34.

[15] Affermano la responsabilità oggettiva del custode: Cass., 22 settembre 2009, n. 20414, in *altalex*; Cass., 30 ottobre 2008, n. 26051, in *Rep. Foro it.,* 2008, voce *Resp. civile,* n. 429; Cass., 27 marzo 2007, n. 7403, *ivi*, 2008, *voce cit*., n. 415. Di converso, numerose sono anche le decisioni che fanno, espressamente o implicitamente, riferimento al comportamento del danneggiante: Cass., 9 agosto 2007, n. 17493, in *Vita not.,* 2007, 1202; Cass., 9 agosto 2007, n. 17471, in *Danno e resp.*, 2008, 743; Trib. Foggia, 17 agosto 2006, in *Rep. Foro it.,* 2008, voce *Resp. civile,* n. 457. In particolare, l'identificazione della causa estranea risulta dalla prova di una o più fattori estranei al custode, anche non precisamente individuata, quando lui ha provato il suo diligente comportamento. Cfr., Trib. Milano, 19 ottobre 1995, in *Danno e resp*., 1996, 513.

[16] Cfr., fra tante, Cass., 30 settembre 2008, n. 24326, in *Foro it.,* 2008, I, c. 3461, in cui, nel caso di danni cagionati da acqua fuoriuscita da un locale in un esercizio commerciale in seguito al crollo di un muro divisorio durante una alluvione che aveva colpito la città, non è stata ritenuta raggiunta la prova del fortuito in assenza della prova delle ragioni in base alle quali lo specifico immobile del convenuto avesse contribuito a cagionare l'evento dannoso.

invece è previsto dalla teorica della responsabilità *ex* art. 2043 c.c. per tale situazione), perché per far valere la responsabilità del custode *ex* art. 2051 c.c. il danneggiato ha solo l'onere di provare che l'esistenza della cosa in custodia ha concorso alla determinazione del danno" mentre solo con la prova positiva del comportamento diligente del custode (assenza di insidia), congiuntamente alla prova del fatto esterno idoneo ad interrompere il nesso causale (quale il fatto del terzo che, nel caso di specie, potrebbe essere rappresentato dalla disattenzione del danneggiato) [17], si potrà ritenersi raggiunta, da parte di quest'ultimo, la prova liberatoria del caso fortuito.

In tale ottica si colloca anche la decisione del Tribunale di Perugia riguardante la caduta sulla scala mobile. In essa il rigetto della domanda attorea sta nel fatto che il danneggiante, convenuto in giudizio, ha raggiunto la prova liberatoria del caso fortuito che può anche identificarsi, come è pacifico in giurisprudenza [18], nel fatto del terzo o nella esclusiva condotta colposa del danneggiato [19] il quale aveva, nella specifica fattispecie, contravvenendo all'espresso divieto apposto in maniera chiara e visibile da coloro che gestivano il bene, portato sulla scala mobile un carrozzino le cui ruote si erano bloccate sui gradini della stessa al momento della discesa.

In conclusione, le tre decisioni oggetto di annotazione, senza incertezze, danno una interpretazione dell'art. 2051 c.c. pienamente conforme alla lettera della legge ed alla volontà del legislatore.

LORENZO MEZZASOMA

---

[17] Così, Cass., 19 febbraio 2008, n. 4279, in *Giust. civ.,* 2008, II, 1909.

[18] V., da ult., Cass., 16 gennaio 2009, n. 993, in *Rep. Foro it.,* 2009, voce *Resp. civile,* n. 20; Cass., 27 marzo 2007, n. 7403, *ivi*, 2008, *voce cit*., n. 420.

[19] Correttamente, nella decisione oggetto di annotazione riguardante il danno cagionato dalla rottura di una vetrina, la Corte afferma anche che alle ipotesi di danno da cose si applica l'art. 1227, I° comma, c.c. sul concorso di colpa del danneggiato, con conseguente diminuzione della responsabilità in proporzione all'incidenza causale del comportamento di costui. In tal senso v., per tutti, Cass., 8 ottobre 2008, n. 24804, in *Arch. loc. cond.,* 2009, p. 147, ove si afferma che "costituisce caso fortuito ai sensi dell'art. 201, 2° comma, c.c. ed esonera dunque da responsabilità il custode, l'imprudenza del danneggiato che abbia utilizzato la cosa in modo improprio e vietato"; Cass., 27 marzo 2007, n. 7403, cit.

CORTE D'APPELLO DI PERUGIA – 10 marzo 2009, n. 113 – *Pres.* Matteini Chiari – *Est.* Ligori – F.A. (avv.ti Zuccaccia e Piermarini) c. F.N. e F.M.I. (avv. Strinati).
Riforma parz. Trib. Terni, 15 marzo 2005.

Successione ereditaria – Testamento – Annullabilità – Incapacità di intendere e volere – Sussistenza – Prova – Fattispecie (c.c., art. 591).
Successione ereditaria – Testamento – Testamento olografo – Sottoscrizione successiva alla firma – Annullabilità – Esclusione (c.c., art. 602).

L'incapacità naturale del disponente che determina l'invalidità del testamento, non si identifica in una generica alterazione del normale processo di formazione ed estrinsecazione della volontà, ma richiede che, a causa dell'infermità, al momento della redazione del testamento il soggetto sia assolutamente privo della coscienza del significato dei propri atti e della capacità di autodeterminarsi, così da versare in condizioni analoghe a quelle che, con il concorso dell'abitualità, legittimano la pronuncia di interdizione (1).

La data del testamento olografo può essere apposta in ogni parte della scheda, non prescrivendo la legge che essa debba precedere o seguire la sottoscrizione del testatore (2).

(*Omissis*). Con atto di citazione notificato il 6.3.01 F.N. e F.M.I. convenivano in giudizio davanti al Tribunale di Terni il fratello F.A. Premesso che la comune madre, M.G.M., era deceduta in data 29.1.01 e che, su richiesta del convenuto, in data 2.2.01 era stato pubblicato con verbale a rogito del notaio Clericò di Terni un preteso testamento olografo della madre d.d. 20.2.91 col quale essa nominava suo erede universale il convenuto, chiedevano anzitutto gli attori:

- l'annullamento di detto testamento per incapacità naturale della testatrice *ex* art. 591 (II co. n. 3) c.c. o, se del caso, per captazione della volontà della medesima da parte del convenuto *ex* art. 624 c.c., "nonché" (*rectius*: o) per la mancanza della data *ex* art. 606 ult. co. c.c., apposta dopo la sottoscrizione e da ritenere perciò inesistente;

- in via subordinata, la dichiarazione di nullità del testamento per mancanza di autografia;

- in ulteriore subordine la riduzione della disposizione testamentaria fino alla quota disponibile, reintegrando gli attori nella loro quota di riserva.

Assumevano in proposito gli attori:

- che già in data 24.4.89 era stata riconosciuta alla madre indennità di

accompagnamento per, in particolare, un "grave decadimento condizioni psicofisiche", anche se solo nel 1996 era stata interdetta;

- che i rapporti fra la madre ed il convenuto non giustificavano il contenuto del testamento;

- che la data era apposta dopo la sottoscrizione e doveva perciò ritenersi estranea al testamento;

- che "c'era una palese ingerenza di una grafia non autografa";

- che il testamento ledeva i loro diritti di legittimari *ex* art. 537 c.c.

Costituendosi in giudizio il convenuto chiedeva il rigetto delle domande attoree, salvo che di quella volta alla riduzione della disposizione testamentaria (*omissis*).

Con sentenza 28.1/19.3.05 l'adito Tribunale:

- rigettava la domanda attorea di nullità del testamento per i dedotti vizi formali (difetto di autografia e mancanza di data);

- annullava il testamento per incapacità di testare della *de cuius ex* art. 591 c.c. (*omissis*).

1. Con l'atto d'appello principale il convenuto chiede, anzitutto che, in riforma dell'impugnata sentenza, siano rigettate le domande degli attori (*omissis*).

Il Tribunale ha accolto la domanda di annullamento per incapacità di testare affermando in particolare:

- che la redazione del testamento andava riferita a data successiva a quella del 20.2.91 indicata nell'atto: la falsa indicazione trovava una "logica spiegazione" nel fatto che la M. era stata appunto ricoverata il 25.2.91 presso il reparto geriatrico, e da questa data le sue condizioni di salute erano state seguite giornalmente ed erano andate sempre peggiorando. Infatti:

--- il testamento era stato consegnato dal convenuto al notaio Clericò, come da questi deposto nel processo penale a carico del convenuto per il reato di falso in scrittura privata con riguardo al testamento per cui è causa, solo in data 12.7.94 e, se il testamento fosse stato redatto effettivamente nella data del 20.2.91 indicata nell'atto, il convenuto, che all'epoca seguiva la madre, avrebbe consegnato il testamento al notaio in data prossima a detta data e non avrebbe atteso per fare ciò fino al 12.7.94 (*omissis*);

- che la M. doveva ritenersi incapace di intendere e di volere al momento della redazione del testamento. Infatti:

--- la capacità cognitiva della M. doveva ritenersi già compromessa nel febbraio del 1991, atteso che il 25.2.91 c'era stato il suo ricovero presso il servizio geriatrico della ASL di Terni; segno che le sue condizioni di salute s'erano aggravate rispetto al 1989, anno in cui aveva ottenuto l'indennità di accompagnamento per, in particolare, un già "grave decadimento condizioni psicofisiche". Ed in effetti nella cartella clinica

relativa a detto ricovero nella parte relativa all'anamnesi, in quella relativa ai disturbi attuali ed in quella relativa alla diagnosi, redatte verosimilmente nello stesso giorno del ricovero, si leggeva rispettivamente di un "progressivo decadimento funzioni psichiche (memoria)", di "psiche e sensorio: lieve confusione" e di "demenza multinfartuale". Il dott. C., medico dirigente di detto servizio, aveva, come si ricavava dalla sentenza emessa del Tribunale di Terni nel giudizio penale contro il convenuto per circonvenzione d'incapace in danno della M., deposto in quella sede che l'esito dei test d'ingresso cui la M. era stata sottoposta escludevano in costei "la capacità di formare un pensiero complesso e dunque di redigere un testamento".

- che un parere contrario aveva espresso il neurologo dott. M., la cui valutazione comunque avrebbe potuto valere per l'epoca prossima al ricovero, ma non per il tempo successivo, al quale era in effetti riferibile la redazione del testamento, e nel quale le condizioni della M. erano andate peggiorando. Le conclusioni del ctu medico, dott. Ca., nel senso della capacità di intendere e di volere della M. anche nel 1994, non potevano condividersi perché il ctu non aveva "dato il giusto rilievo a quegli elementi quali perdita di memoria e stato confusionale che, seppure transitori, quando sono presenti alterano e turbano il normale processo di formazione ed estrinsecazione della volontà di un soggetto". La tesi dell'incapacità della testatrice trovava invece conforto nelle conclusioni del consulente grafico, perito Bartolucci, il quale ha concluso che "le facoltà della signora M., al momento della stesura del testamento, fossero perturbate tanto da ostacolare una piena e completa formulazione del volere del soggetto scrivente rispetto all'atto compiendo".

2. Deduce l'appellante principale:

- che il fatto che il testamento impugnato non fosse stato redatto alla data del 20.2.91 indicata nell'atto, oltre a non essere stato neppure dedotto da controparte, non era comunque provato. Invero il fatto che il testamento, pur essendo stato redatto nel 1991, fosse stato consegnato al notaio solo nel 1994 trovava spiegazione nel fatto che gli attori avevano denunciato esso convenuto per circonvenzione d'incapace in danno della madre per averla indotta a conferirgli il mandato di gestione del suo patrimonio di cui alla scrittura 2.7.90; ed esso convenuto aveva ritenuto opportuno attendere l'esito del processo penale prima di consegnare il testamento al notaio per evitare, in caso di accertamento dell'incapacità della madre, nuove denunce penali contro di lui da parte dei fratelli. Emessa in detto processo la sentenza predibattimentale di assoluzione *ex* art. 649 c.p. e atteso il passaggio in giudicato di detta sentenza, egli si era deciso a consegnare il testamento della madre al notaio;

- che al momento della redazione del testamento la madre era totalmente capace di intendere e di volere. In tal senso deponevano non solo

le certificazioni mediche del dott. Mo. (specialista neurologo), ma anche quelle, trascurate dal primo giudice, del dott. Ri. (medico personale della M.) e del dott. T. B. (medico legale).

3. L'appello è fondato.

Va anzitutto premesso in punto di diritto, in coerenza con quanto affermato dall'appellante, che, poiché *ex* art. 591 c.c. l'inabilitato può testare, l'incapacità di intendere e di volere che priva della capacità di testare deve essere tale che, se abituale, legittimerebbe l'interdizione, che appunto *ex* art. 591 c.c. priva della capacità di testare. Detta incapacità perciò "non si identifica in una generica alterazione del normale processo di formazione ed estrinsecazione della volontà, ma richiede che, a causa dell'infermità, al momento della redazione del testamento il soggetto sia assolutamente privo della coscienza del significato dei propri atti e della capacità di autodeterminarsi" (Cass. 03/1444; cfr. anche 05/8079; 07/8728). L'incapacità deve poi esistere al momento del testamento, essendo irrilevante un'incapacità sopravvenuta a quel momento. Poiché lo stato di capacità costituisce la regola e quello di incapacità l'eccezione, spetta a colui che impugna il testamento dimostrare la dedotta incapacità, salvo che il testatore non risulti affetto da incapacità totale e permanente, nel qual caso è compito di chi vuole avvalersi del testamento dimostrare che esso fu redatto in un momento di lucido intervallo (Cass. 05/8079).

Ciò posto va anzitutto rilevato che non vi sono ragioni decisive per contestare la data, quella del 20.2.91, della scheda testamentaria, che, secondo il primo giudice sarebbe stata falsificata appunto per eludere l'accertamento dello stato di incapacità della testatrice, elusione che sarebbe stata impossibile a partire dalla data, del 25.2.91, di ricovero della M. presso il reparto geriatrico. Non appare infatti sufficiente a riferire la redazione dell'atto ad un tempo successivo il fatto che il testamento sia stato consegnato dal convenuto al notaio Clericò solo in data 12.7.94. Il convenuto ha dato una spiegazione di ciò plausibile e coerente con le date del processo penale per circonvenzione d'incapace nel quale è stato coinvolto (*omissis*).

Va poi rilevato che non c'è prova dello stato di incapacità della *de cuius* alla data del 20.2.91, ma neanche, invero, per quanto la cosa possa rilevare, in epoca successiva fino alla data di consegna del testamento al notaio.

Non appaiono invero persuasivi gli argomenti coi quali il primo giudice ha ritenuto di poter disattendere le conclusioni del ctu, dott. L. Carlini, dirigente medico Medicina legale c/o Istituto Medicina legale Università di Perugia, sede di Terni, per il quale "negli anni 1991, 1992 e 1993 lo stato della patologia di fondo non inficiava in maniera sensibile, stabile e duraturo le funzioni cognitive e volitive del soggetto, che

godeva ancora delle facoltà di autodeterminarsi" e che "nell'anno 1994 era presente un deterioramento mentale ancora non stabilizzato ed a carattere permanente. Relativamente a questo anno non è stato possibile reperire elementi di giudizio che consentano di definire con certezza o elevata probabilità né la numerosità e la durata degli episodi confuso-anamnesici né la predominanza o meno nella paziente della condizione di lucidità mentale".

Il ctu, pur riconoscendo le difficoltà di una valutazione retrospettiva, sulla base dunque di documentazione sanitaria e senza possibilità di visita del periziando, ha ritenuto di poter qualificare la forma di demenza da cui era affetta la M. come "demenza da atrofia cortico-sottocorticale e da encefalopatia micromultiinfartuale su base arteriosclerotica", che è quella di più frequente riscontro ed è tipica dell'età molto avanzata. Ha spiegato che si tratta di una malattia su base degenerativa che insorge quasi sempre in maniera subdola, resta asintomatica per anni, si manifesta con un deterioramento delle facoltà mentali lentamente progressivo che nelle fasi iniziali delle sue manifestazioni non comporta una grave compromissione di dette facoltà, in contrasto col senso che comunemente si dà alla parla "demenza", anche se poi approda ad un disgregamento psico-intellettuale globale. Rileva il ctu che la demenza che ha portato all'interdizione della M. nel 1995 è stata in effetti diagnosticata nel 1991, senza però che all'epoca la malattia provocasse "alterazioni della capacità di intendere e di volere" (*omissis*).

L'argomento del primo giudice, secondo cui le risultanze della cartella clinica proverebbero un indebolimento delle capacità mentali della M. non può essere accolto perché, come s'è visto, non basta un tale indebolimento ai fini della perdita della capacità di testare, essendo necessaria la perdita totale della capacità di intendere e di volere rispetto all'atto di disposizione testamentaria.

Analogo rilievo va fatto con riguardo all'altro argomento, svolto dal primo giudice, fondato sulle conclusioni del ctu grafico, Bartolucci. Al di là dell'osservazione che non si tratta di un medico, va comunque rilevato che le dette conclusioni ("le facoltà della signora M., al momento della stesura del testamento, fossero perturbate tanto da ostacolare una piena e completa formulazione del volere del soggetto scrivente rispetto all'atto compiendo") non implicano l'affermazione di quella totale incapacità di intendere e di volere l'atto in questione che, come s'è detto, è necessaria per ritenere il de cuius privo della capacità di testare (*omissis*).

Nel 1994, come si evince dal diario e dai *mini-mental tests* presenti nella cartella clinica, gli episodi confusionali diventano progressivamente più frequenti e di maggiore rilevanza clinica e comportamentale, anche il ctu ritiene mancare ancora la prova della loro "predominanza" sulla "condizione di lucidità mentale".

Solo dal maggio 1995, epoca della valutazione neurologia del dott. G.I. nel senso di una "severa sindrome involutiva senile su base arteriosclerotica con quadro di andamento ingravescente", si poteva ritenere acquisita la prova che la M. versasse in una condizione di totale incapacità di intendere e di volere che, per la sua abitualità, giustificava, come in effetti è stato, la sua interdizione, intervenuta con sentenza.

In accoglimento dell'appello del convenuto, l'impugnata sentenza va riformata col rigetto della domanda attorea di annullamento del testamento per incapacità di testare della M. (*omissis*).

Deducono gli appellanti incidentali, contro il rigetto della domanda di annullamento per mancanza della data, la tesi che la data deve precedere la sottoscrizione secondo quanto si ricaverebbe dall'art. 602 I° co. c.c. (*omissis*).

L'appello appare poi infondato quanto alla domanda di annullamento per mancanza di data, atteso che la tesi sostenuta dagli appellanti incidentali si pone in contrasto con la costante giurisprudenza, richiamata dal primo giudice (da ultimo Cass. 01/11703), secondo la quale "la data del testamento olografo può essere apposta in ogni parte della scheda, non prescrivendo la legge, che essa debba precedere o seguire le disposizioni di ultima volontà".

5. Quanto alla riproposta domanda di dichiarazione di nullità del testamento per difetto di autografia la causa merita un approfondimento istruttorio che si passa a disporre con separata ordinanza (*omissis*).

(1) La complessa vicenda sottoposta al giudice dell'appello riguarda i delicati problemi della capacità di testare, con specifico riferimento alla capacità di intendere e di volere. Non constano, in realtà, molti precedenti in materia.

Il provvedimento si richiama espressamente ad un orientamento consolidato accolto, tra le altre, da Cass., 30 gennaio 2003, n. 1444, in *Rep. Foro it.,* 2003, voce *Successione ereditaria*, n. 80; Cass., 11 aprile 2007, n. 8728, in *Fam. e dir*., 2007, 676, con nota di Buldini, *Incapacità naturale e invalidità del testamento;* App. Roma, 14 febbraio 2006, in *Giur. mer.,* 2006, 2397 (secondo il quale la prova dell'incapacità del testatore può essere desunta da qualsiasi situazione od elemento serio, ed anche dalla forma e dal contenuto sostanziale della scheda testamentaria, allorché – per il modo in cui essa è redatta, o per la maggiore o minore aderenza delle disposizioni in essa contenute alla realtà degli accadimenti anteatti, allo stato dei rapporti familiari ed alle condizioni ambientali – emergano elementi probatori inequivoci sullo stato mentale del testatore al momento della stesura dell'atto).

Secondo Trib. Napoli, 16 marzo 2001, in *Rass. dir. civ.*, 2005, 235, la demenza arteriosclerotica sopravvenuta, la presenza di «ripetuti» vuoti di memoria antecedenti alla stesura del testamento, la ricetta di un medico

curante successiva alla redazione dell'atto contenente la dicitura «t.i.a., attacco ischemico cerebrale», l'attribuzione dell'asse ereditario senza alcuna motivazione di gratitudine o di affetto, l'omissione di alcuni cespiti di rilevante valore economico e, infine, il mancato rispetto, da parte del disponente, dei criteri della delazione legittima – i quali si fondano sul valore dei vincoli familiari – sono elementi sufficienti per «presumere» l'incapacità di intendere o di volere del *de cuius* al momento della *testamenti factio*.

Per quel che riguarda il fatto che la capacità deve considerarsi la regola e l'incapacità l'eccezione, v. Cass., 6 maggio 2005, n. 9508, in *Rep. Foro it.,* 2005, voce *Successione ereditaria*, n. 115, costituisce onere, posto a carico di chi quello stato d'incapacità assume, provare che il testamento fu redatto in un momento d'incapacità di intendere e di volere del testatore, mentre, quando risulti lo stato di incapacità permanente di quest'ultimo, incombe a colui che faccia valere il testamento dimostrare che la redazione è avvenuta in un intervallo di lucidità e Cass., 18 aprile 2005, n. 8079, in *Riv. not.*, 2006, 559, con nota di Musolino, *L'incapacità naturale nel testamento,* secondo la quale l'incapacità naturale del testatore postula l'esistenza non già di una semplice anomalia o alterazione delle facoltà psichiche ed intellettive del *de cuius*, bensì la prova che, a cagione di un'infermità transitoria o permanente, ovvero di altra causa perturbatrice, il soggetto sia stato privo in modo assoluto, al momento della redazione dell'atto di ultima volontà, della coscienza dei propri atti ovvero della capacità di autodeterminarsi; poiché lo stato di capacità costituisce la regola e quello di incapacità l'eccezione, spetta a colui che impugna il testamento dimostrare la dedotta incapacità, salvo che il testatore non risulti affetto da incapacità totale e permanente, nel qual caso è compito di chi vuole avvalersi del testamento dimostrare che esso fu redatto in un momento di lucido intervallo.

La giurisprudenza, infatti, è solita fare un netto distinguo tra infermità tipica, permanente o abituale, e infermità mentale a carattere intermittente o ricorrente: nel primo caso, essendo l'incapacità lo stato normale del soggetto, essa si presume e spetta a colui che ha interesse a sostenere la validità del testamento provare che esso fu redatto in un momento di lucido intervallo; nel secondo caso (cui, tra l'altro, dà luogo, come nella specie, la «demenza arteriosclerotica»), essendo, invece la normalità rappresentata dall'alternarsi di periodi di capacità a periodi d'incapacità, non vi è fondamento logico per un'analoga presunzione, sicché colui che impugna il testamento ha l'onere di provare che questo fu redatto in un momento d'incapacità d'intendere e di volere (Cass., 4 maggio 1982, n. 2741, in *Rep. Foro it.,* 1982, *voce cit*., n. 56).

Occorre tener presente che la sentenza di interdizione non invalida, *ex se*, né fa presumere che sia stato compilato da soggetto privo della capacità di intendere e di volere, il testamento redatto dall'interdicendo, non sottoposto a tutela provvisoria, nelle more del giudizio relativo (così Cass., 30 luglio 1983, n. 5248, in *Giust. civ.,* 1984, I, 173).

Da rilevare, infine, che l'apprezzamento del giudice del merito circa l'incapacità d'intendere e di volere del testatore al fine di dedurre l'incapacità di disporre per testamento, costituisce indagine di fatto e valutazione di merito, non censurabile in sede di legittimità, se fondate su congrua motivazione, immune da vizi logici ed errori di diritto (Cass., 8 gennaio 1981, n. 162, in *Rep*. *Foro it.,* 1981, voce *Successione ereditaria*, n. 81).

Per quel che riguarda la seconda massima, il principio è già stato accolto da Cass., 6 maggio 1965, n. 834, in *Giust. civ.,* 1965, I, 1325.

I

CORTE D'APPELLO DI PERUGIA – 13 marzo 2009, n. 117 – *Pres.* Matteini Chiari – *Est.* Zanetti – T.G. (avv.ti Luchetti e Bond) c. L.A. (avv.ti Balsimelli e Cataldo).

Riforma parz. Trib. Perugia, 22 gennaio 2008.

Separazione dei coniugi – Separazione giudiziale – Comportamento del marito – Violazione doveri assistenza morale e materiale – Dichiarazione di addebito – Sussistenza (c.c., art. 151).

Deve essere pronunziata la separazione dei coniugi con addebito a carico del marito nel caso in cui questi, avendo scoperto la moglie che frugava tra le sue carte alla ricerca di prove relative a una relazione adulterina del marito, anziché allontanarsi, al massimo sbattendo la porta, l'abbia "buttata fuori di casa", rivelando in tal modo la convinzione di essere in una condizione di superiorità rispetto alla stessa e di poterla quindi mettere fuori della porta a suo piacimento, condotta prevaricatrice, quest'ultima, talmente grave da determinare, più di quanto non potesse la effettiva esistenza della sospetta relazione, la rottura del rapporto matrimoniale (nel caso di specie tale condotta è stata poi ritenuta ancor più grave tenendo conto del fatto che la moglie era appena stata sottoposta ad un intervento chirurgico per un tumore) (1).

II

TRIBUNALE DI PERUGIA – 22 gennaio 2009, n. 58 – *Pres.* Criscuolo – *Est.* Altrui – B.L. (avv. Brocchi) c. M.A. (avv. Battisti).

Separazione dei coniugi – Separazione giudiziale – Comportamento del marito – Violazione doveri assistenza morale e materiale – Dichiarazione di addebito – Sussistenza (c.c., art. 151).

Deve essere pronunziata la separazione dei coniugi con addebito a carico del marito nel caso in cui questi, abusando di sostanze alimentari ed alcoliche, si sia sottratto ad uno stile ordinato di vita dedicandosi al gioco, ingiuriando il coniuge e dilapidando il modesto patrimonio familiare dopo aver abbandonato prima il proprio posto di lavoro ed evitando poi (anche tenendo sempre spento il cellulare) di reperire qualunque possibilità di trovare un nuovo lavoro (2).

III

TRIBUNALE DI PERUGIA – 12 marzo 2009, n. 232 – *Pres.* VILLANI – *Est.* SEMERARO – M.A.D. (avv. Di Mario) c. A.P.

Separazione dei coniugi – Separazione giudiziale – Comportamento del marito – Violazione continua dovere di fedeltà – Abbandono tetto coniugale – Relazione adulterina – Dichiarazione di addebito – Sussistenza (c.c., art. 151).

Deve essere pronunziata la separazione dei coniugi con addebito a carico del marito nel caso in cui questi, intrattenendo continue relazioni extraconiugali e abbandonando ripetutamente il tetto coniugale, abbia poi finito per intrecciare una stabile relazione adulterina dalla quale sia anche nato un figlio (3).

I

(*Omissis*). Con il primo motivo l'appellante sostiene che il Tribunale ha errato nell'avere posto a suo carico la responsabilità della separazione in base all'episodio verificatosi nel luglio 2008: la propria reazione era stata invero giustificata – a suo dire – dal fatto che aveva sorpreso effettivamente la moglie intenta a frugare nelle sue carte e comunque i rapporti intrattenuti nel periodo successivo escludono che egli abbia violato i propri doveri di coniuge.

L'appellante evidenzia che la stessa L. ha dichiarato "ho deciso di andarmene perché mio marito mi aveva intimato di andarmene" e che ha, tuttavia, riconosciuto che nel periodo successivo, allorché essa si intrattenne coni figli presso la casa dalla madre in P. egli la andava sempre a trovare "il fine settimana veniva mio marito e mi accompagnava a fare la spesa … non si tratteneva mai a dormire e ciò è avvenuto solo a Natale e gennaio …". Inoltre la stessa L. ha riconosciuto che aveva a disposizione il bancomat per prelevare il denaro necessario. Evidenzia

ancora che la L. non ha presentato quale testimone la persona che – a dire della stessa – aveva una relazione con lui.

Il motivo non è fondato.

L'episodio del 1998, che si è svolto effettivamente così come riferito dalla stessa appellata e confermato dal fratello della stessa (ma lo stesso T. non ha mai negato in realtà di avere chiamato nella notte il cognato "invitandolo" ad andare a prendere la sorella) è effettivamente grave di per sé in quanto il T. non avrebbe dovuto "buttare" fuori di casa la moglie neanche se effettivamente esasperato dal fatto di averla sorpresa a frugare tra le sue cose in cerca di una prova della sospetta relazione extraconiugale; al massimo avrebbe potuto sbattere la porta ed allontanarsi ma non certo comportarsi in quel modo perché mandando via la moglie anziché allontanarsi egli stesso ha rivelato la convinzione di essere in una condizione di superiorità rispetto alla stessa e di poterla quindi mettere fuori della porta a suo piacimento: si tratta dunque di una condotta prevaricatrice talmente grave da determinare, più di quanto non potesse la effettiva esistenza della sospetta relazione, la rottura del rapporto matrimoniale.

Ma l'episodio, oltre ad essere grave di per sé, è anche grave – come evidenziato già dal Tribunale – perché indice rivelatore di una incapacità di fondo di comprendere la moglie, e dunque di assisterla moralmente, in un momento certo difficile della propria esistenza, quale è quello immediatamente successivo alla scoperta di un tumore, all'intervento chirurgico indispensabile ed alla incertezza circa il ripetersi della malattia. Il che conferma che da parte del T. vi è stato, sotto il profilo morale, il totale abbandono della moglie che non può essere certo compensato dall'avere comunque lasciato a sua disposizione il bancomat per le spese.

Il fatto poi che per un po' di tempo, successivamente all'episodio del luglio 1998, quando ormai la L. era tornata in P. presso la madre, il T. si sia recato a trovarla durante i fine settimana rimanendo addirittura a dormire una volta a Natale, non vale a escludere l'efficacia causale dell'episodio del luglio 1998 (che – vale la pena di ribadire – è di particolare gravità) ma dimostra soltanto una tardiva resipiscenza da parte del T., inidonea comunque a ristabilire le condizioni per la ripresa di una effettiva convivenza.

Donde la conferma della sentenza in punto (*omissis*).

II

(*Omissis*). Con ricorso depositato il 25.3.2004 B.L. chiedeva la separazione dal coniuge A.M. con il quale era sposata dal 29.6.2003 con addebito della responsabilità al convenuto.

Premesso che dalla suddetta unione non erano nati figli, a sostegno della domanda la ricorrente deduceva che la convivenza non era più

possibile per il progressivo peggioramento del rapporto tra i coniugi a causa dei maltrattamenti e delle ingiurie cui la ricorrente era stata sottoposta, del comportamento violento del marito, che nei litigi era arrivato a picchiare i pugni sul muro fino a fratturarsi la mano, del mancato svolgimento di attività lavorativa da parte dell'A., che si era dimesso dall'impiego presso la ditta F.L. in Pa. e delle condotte di appropriazione del denaro della B. mediante accesso al conto corrente della stessa, per mere finalità ludiche e di svago (gioco del videopoker) e per le condizioni di salute dell'A., il quale, affetto da diabete, si sottraeva a qualsiasi ordinato stile di vita, abbandonandosi all'abuso di sostanze alimentari ed alcoliche e in una circostanza giungendo persino allo stato comatoso a causa degli eccessi, con conseguente ricovero presso l'Ospedale di M.; che nel corso della convivenza la ricorrente aveva corrisposto al marito somme di danaro, tanto che l'A. si riconosceva, con dichiarazione scritta, debitore del proprio coniuge per la complessiva somma di € 7.400,00; che i coniugi avevano un finanziamento bancario di € 18.000,00 di durata quinquennale al fine di far fronte alle spese matrimoniali e che, al momento dei ricorso, la B. sosteneva in proprio tutte le rate di ammortamento.

Si costituiva il convenuto non opponendosi alla separazione ma contestando le allegazioni di controparte in ordine alle ingiurie e ai maltrattamenti, pur ammettendo i continui litigi e discussioni a carattere reciproco tra i coniugi, anche a causa dell'insofferenza mostrata dalla B. verso le condizioni di salute del marito; esponeva che a causa dei litigi, in costanza di matrimonio lo stato di salute dell'A. aveva subito un aggravamento che lo aveva portato verso uno stato depressivo, culminato con l'episodio del ricovero; che la ricorrente aveva lasciato la casa coniugale e abbandonato il marito convalescente e privo di redditi, tanto che lo stesso si vedeva costretto a far ritorno presso l'abitazione della propria madre (*omissis*).

La domanda di separazione va accolta. Dalla concorde richiesta delle parti e dalle risultanze dell'istruttoria orale espletata emerge evidente l'intollerabilità della prosecuzione della convivenza, che costituisce il presupposto richiesto dall'art. 151 c.c. per pronunciare la separazione.

La domanda di addebito formulata dalla ricorrente risulta provata. In particolare la ricorrente ha dimostrato che la dedotta intollerabilità della convivenza era determinata dal complessivo comportamento del coniuge, il quale all'indomani del matrimonio si dimetteva dal posto di lavoro, cercava di evitare nuove occasioni lavorative tenendo spento il cellulare sul quale veniva cercato dai datori di lavoro, sperperava i soldi della famiglia per dedicarsi ad attività di gioco video poker, trascurava di serbare uno stile di vita confacente alle patologie che lo affliggevano, giungendo ad un ricovero in stato comatoso per abuso di alcool; che il ma-

rito adottava durante i litigi comportamenti violenti (tanto da fratturarsi la mano sferrando un pugno contro il muro di casa in una circostanza), tanto che negli ultimi tempi ad ogni litigio la B. chiamava la propria sorella, perché temeva di rimanere sola in casa con il marito, sebbene tutti i testi abbiano escluso che vi siano mai stati maltrattamenti fisici nei confronti della B.

Tali circostanze sono state riferite con molta precisione da S.A.C. e B.S., rispettivamente madre e sorella della ricorrente, assidue frequentatrici della casa coniugale e commensali delle parti, testimoni oculari e *de relato* (ma in tempi non sospetti) di litigi e recriminazioni, confidenti del genero su alcune condotte particolarmente significative, e attendibili in quanto hanno riferito i fatti con chiarezza e imparzialità, senza alcuna pregiudiziale impostazione.

Il convenuto A., del resto, non si è presentato per rendere l'interrogatorio formale, e tale condotta, tenuto conto degli elementi di prova emersi in sede istruttoria (ed in particolare delle dichiarazioni dei testi come sopra riportate, dei documenti attestanti il ricovero ospedaliero), deve essere valutata quale ammissione dei fatti articolati in interpello.

Le condotte sopra descritte, integranti senza dubbio comportamenti contrari ai doveri che derivano dal matrimonio, primo fra tutti quello della assistenza morale e materiale e della collaborazione nell'interesse della famiglia, hanno inevitabilmente causato il deterioramento dei rapporti coniugali, sino a rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza, determinando di fatto la scelta contestuale dei coniugi, alla vigilia dell'instaurazione del procedimento di separazione, di fare riferimento ai propri nuclei familiari di origine in attesa della sistemazione dei rapporti stabilita dal giudice (*omissis*).

III

(*Omissis*). Con ricorso notificato il 16.3.2004, M.A.D. conveniva in giudizio il coniuge A.P. esponendo di aver contratto matrimonio con rito concordatario in A. il giorno 14.10.1958 con il resistente e che dall'unione erano nati 3 figli, E. (nato nel 1959), L. (nato nel 1962) e M. (nata nel 1964). Assumeva la ricorrente che fin dai primi tempi di matrimonio il sig. A.P. si è reso inosservante agli obblighi di fedeltà intrattenendo ripetute, continuative e frequenti relazioni di tipo extraconiugale; ciò aveva portato alla crisi matrimoniale ed era stato il motivo, nel corso degli anni, di numerosi allontanamenti del sig. A.P. dalla abituale dimora familiare; la sig.ra M.A.D. si era quindi assunta gli oneri derivanti dalla gestione domestica.

Il disinteresse del P. verso la famiglia era poi sfociato nel corso dell'anno 1997, dopo ripetuti e continui allontanamenti dall'abitazione dove risiedevano i familiari, nel definitivo abbandono della dimora familiare.

Il resistente, a dire della ricorrente, si era trasferito in N.U. località C. iniziando una convivenza stabile con una donna extracomunitaria (*omissis*).

La domanda di separazione con addebito va accolta. Va premesso che questo Tribunale può ritenere come ammessi i fatti dedotti nell'interrogatorio formale, valutati gli altri elementi di prova, ai sensi dell'art. 232 comma 1 c.p.c., poiché il resistente, nonostante sia stato ritualmente citato, non è comparso per rendere l'interrogatorio. In particolare, il Tribunale può ritenere come ammesso dal resistente che lo stesso sin dal 1997 si è allontanato dalla casa coniugale intrecciando una relazione con altra donna straniera dalla quale poi nel 2003 ha anche avuto un figlio; ciò lo si desume anche dal certificato di stato di famiglia dal quale risulta che il 7.2.2003 in F. è nato P.O. il quale vive con la madre ed altro fratello in N.U., in via C., proprio come dedotto dalla ricorrente.

Dunque l'accertamento di tali fatti, la cessazione della convivenza stabile tra i coniugi da oltre 10 anni e lo stesso comportamento del convenuto il quale, non ritenendo neppure di comparire all'udienza presidenziale e restando contumace per il giudizio, ha mostrato di essere indifferente alle vicende del suo matrimonio, provano la sussistenza dell'intollerabilità della prosecuzione della convivenza, che costituisce il presupposto richiesto dall'art. 151 c.c. per pronunziare la separazione.

La creazione di una nuova famiglia in costanza di matrimonio, la violazione del dovere di coabitazione e di fedeltà, e quello di assistenza materiale alla moglie costituiscono violazione dei doveri nascenti dal matrimonio: ciò determina l'accoglimento della domanda di addebito (*omissis*).

(1-3) La dichiarazione di addebito nella separazione, richiesta abitualmente dai coniugi ma solitamente non concessa dai giudici che in casi estremi, viene invece accolta dalle tre sentenze in epigrafe. Come può agevolmente rilevarsi dal primo provvedimento, la convinzione di una presunta superiorità da parte del marito, certo di poter mandar via la moglie in qualsiasi momento; l'abuso di sostanze alcoliche, ingiurie, comportamenti violenti di vario tipo, svolgimento di attività ludiche e di svago (gioco del videopoker), nel secondo provvedimento (che non sono la conseguenza della crisi coniugale, ma la premessa da cui questa discende); una sistematica violazione del dovere di fedeltà, unita a reiterati allontanamenti dal tetto coniugale, causa della crisi, nel terzo provvedimento, sono i fattori ai quali i giudici hanno attribuito valore determinante nel dichiarare l'addebito.

Le sentenze si ispirano al principio secondo il quale la pronuncia di addebito non può fondarsi sulla sola violazione dei doveri che l'art. 143 c.c. pone a carico dei medesimi coniugi, essendo necessario accertare se tale violazione abbia assunto efficacia causale nel determinarsi della crisi del

rapporto coniugale o sia invece intervenuta quando era già maturata una situazione di intollerabilità della convivenza; l'indagine sull'intollerabilità della convivenza deve essere svolta sulla base della valutazione globale e sulla comparazione dei comportamenti di entrambi i coniugi, non potendo la condotta dell'uno essere giudicata senza un suo raffronto con quella dell'altro (Cass., 5 febbraio 2008, n. 2740, in *Nuova giur. civ. comm*., 2008, I, 1220; Cass., 28 maggio 2008, n. 14042, in *Guida al dir.,* 2008, 26, 65; Cass., 20 settembre 2007, n. 19450, in *Foro it.,* 2007, I, 3388; Cass., 24 febbraio 2006, n. 4203, in *Fam. e dir.*, 2006, 599).

Viene accolta anche la regola per cui la pronuncia di addebito non può fondarsi sulla sola violazione dei doveri che l'art. 143 c.c. pone a carico dei coniugi, in quanto implica la prova che l'irreversibile crisi coniugale sia ricollegabile esclusivamente al comportamento volontariamente e consapevolmente contrario ai doveri nascenti dal matrimonio di uno o di entrambi i coniugi, ovverosia che sussista un nesso di causalità tra i comportamenti addebitati è il determinarsi dell'intollerabilità della ulteriore convivenza (Cass., 23 gennaio 2009, n. 1734, ined., che addebita la separazione alla moglie che intrattiene relazioni extraconiugali con altre donne; Cass., 27 giugno 2006, n. 14840, in *Foro it*., 2007, I, 138).

In dottrina, riferimenti in AA.VV., *L'addebito di responsabilità nella separazione - Profili civili e penali,* Padova, 2008; *Separazione per colpa: la giurisprudenza sull'addebito*, a cura di M. FINOCCHIARO, in *Fam. e min.,* 2006, 1, *dossier;* F. RUSCELLO, *Funzione dell'addebito e presunto nesso di causalità tra intollerabilità della convivenza e violazione dei doveri coniugali*, in *Vita not.,* 2006, 591 ss.

La casistica in tema di addebito riguardante i giudici umbri è alquanto varia:

- la separazione va addebitata al marito che abbia tenuto verso la moglie un contegno sprezzante, rifiutando di prestare al coniuge, malato mentale, l'aiuto necessario e l'adeguato conforto spirituale, mentre non rilevano la condotta molto trascurata della moglie nei riguardi del coniuge e del figlio, ed il suo contegno aggressivo verso quest'ultimo, qualora comportamenti siffatti abbiano a derivare dal suo stato di malattia (nella specie, notevoli disturbi psicopatologici) e non sia pertanto possibile individuare nella condotta della moglie/madre una volontaria e consapevole inosservanza degli obblighi di collaborazione, di assistenza e di comprensione, anche dalla legge, previsti nei confronti del coniuge (App. Perugia, 23 settembre 1989, in *Dir. fam. pers.,* 1991, 145, con nota di GALOPPINI);

- sussistono i presupposti dell'addebito a carico del coniuge il quale, pur senza intrattenere una relazione adulterina vera e propria, abbia mostrato verso altro soggetto un sentimento amoroso che ha provocato un certo distacco nei confronti dell'altro coniuge ed ha suscitato nello stesso, e nella collettività, la sensazione di una infedeltà coniugale (Trib. Perugia, 3 ottobre 1992, in questa *Rivista*, 1993, 279, con nota di ZUDDAS);

- il giudice può omettere di precisare nella sentenza quali siano le ragioni

dell'addebito stesso, rinviando per la loro individuazione alle dichiarazioni rese dai testi nel corso del giudizio (Trib. Perugia, 19 aprile 1993, *ivi,* 1994, 20);

- il congiungimento tra coniugi, quale finalità del matrimonio, è implicitamente considerato quando viene posto tra gli stessi l'obbligo reciproco dell'assistenza morale, che concretizza la soddisfazione delle esigenze fisico-morali dei coniugi, per cui l'ingiustificato diniego del rapporto coniugale di che trattasi cagiona, dal punto di vista giuridico, un venir meno all'obbligo di assistenza materiale, comportamento gravemente ingiurioso, da cui scaturisce l'addebitabilità della separazione (Trib. Terni, 22 novembre 1994, in *Nuovo dir.*, 1996, 186);

- la domanda addebito si estende alla ricerca delle cause della intollerabilità concretizzantesi in comportamenti volontari contrari ai doveri nascenti dal matrimonio e investe, necessariamente, una valutazione comparativa del modo di comportarsi dei coniugi nell'ambito del consorzio coniugale stesso per stabilire sino a qual punto l'indecoroso comportamento di un coniuge sia causa, e non effetto, del comportamento dell'altro coniuge (Trib. Terni, 8 luglio 1994, in questa *Rivista*, 1994, 394);

- l'*impotentia generandi* irreversibile celata da un coniuge che abbia abbandonato il tetto coniugale quindici giorni dopo la celebrazione del matrimonio costituisce causa di addebito (Trib. Terni, 1° settembre 1994, *ivi*, 1994, 710);

- essendo configurabili, in regime di separazione, persistenti doveri reciproci dei coniugi, ciascuno dei coniugi, anche dopo avere ottenuto la pronuncia di separazione, può richiedere il mutamento del titolo della separazione (da consensuale omologata a quella con addebito) per fatti e comportamenti dell'altro coniuge, successivi alla pronuncia stessa ed idonei a pregiudicare definitivamente la ripresa della comunione interconiugale (App. Perugia, 8 aprile 1994, *ivi*, 1994, 593);

- sussistono i presupposti della separazione con addebito a carico del coniuge il quale, pur senza porre in essere un adulterio reale, intrattenga con un estraneo una relazione platonica che, in considerazione degli aspetti esteriori con cui il sentimento è coltivato e dell'ambiente ristretto in cui i coniugi vivono, dia luogo a plausibili sospetti di infedeltà, comportando offesa alla dignità e all'onore dell'altro coniuge (App. Perugia, 28 settembre 1994, *ivi*, 1995, 19, con nota di TARQUINIO);

- la violazione dell'obbligo di fedeltà da parte del coniuge separato giustifica il mutamento del titolo della separazione, da consensuale a giudiziale, con dichiarazione di addebito, a nulla rilevando, in mancanza di richiesta di dichiarazione di addebitabilità da parte del coniuge convenuto, i comportamenti pubblici dell'attore non compatibili con l'osservanza del predetto obbligo di fedeltà (Trib. Perugia, 22 giugno 1994, in *Foro it.*, 1995, I, 1203, in questa *Rivista,* 1994, 593);

- il dovere di fedeltà non può ritenersi violabile senza limiti non solo perché la sua inosservanza può pregiudicare definitivamente la ripresa della comunione interconiugale, ma soprattutto per la correttezza dovuta

alla permanenza del vincolo e, cioè, al rispetto della dignità dell'altro soggetto il quale conserva la qualità di coniuge (App. Perugia, 18 luglio 1997, *ivi,* 1998, 1);

- non assurge neanche ad infedeltà apparente e, quindi, è irrilevante ai fini dell'addebito della separazione, il rapporto di amicizia con persona dell'altro sesso, quando non vi siano elementi tali da configurare una concreta e riconosciuta ipotesi di adulterio (Trib. Perugia, 14 marzo 2000, *ivi,* 2000, 675);

- la domanda di addebito va respinta allorché gli episodi di violenza, subìti da un coniuge per mano dell'altro, appaiano, per la loro sporadicità e per la scarsa gravità dei fatti, inidonei a determinare la separazione (Trib. Spoleto, 29 luglio 2000, *ivi,* 2003, 570).

CORTE D'APPELLO DI PERUGIA – 25 marzo 2009, n. 134 – *Pres.* MATTEINI CHIARI – *Est*. LIGORI – Ministero della Salute (avv. Stato) c. G.L. e altri (avv.ti G. Calvieri e De Luca).
Riforma Trib. Perugia, 2 febbraio 2005.

Responsabilità civile – Trasfusione di plasma infetto – Morte del paziente – Azione risarcitoria – Prescrizione – Fattispecie (c.c., artt. 2043, 2945).

Responsabilità civile – Trasfusione di plasma infetto – Morte del paziente – Responsabilità Ministero della Salute – Prova liberatoria – Impossibilità di un controllo – Fattispecie (c.c., artt. 2043, 2934 ss.).

Il temine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno decorre non dal giorno in cui il terzo determina la modificazione causativa del danno o dal momento in cui la malattia si manifesta all'esterno, ma dal momento in cui la malattia viene percepita o può essere percepita come danno ingiusto conseguente al comportamento del terzo (1).

Per affermare la responsabilità del Ministero occorre provare che la violazione dell'obbligo di controllo e sorveglianza della produzione, distribuzione e commercializzazione del plasma ed emoderivati sia dipesa da colpa e, cioè, che quei danni da impedire e non impediti fossero prevedibili ed evitabili con la dovuta diligenza e perizia. Configura, pertanto, una prova liberatoria la prova del fatto, allegato dal Ministero, dell'impossibilità all'epoca dei fatti di evitare il contagio in base alle conoscenze scientifiche e tecniche disponibili (2).

(*Omissis*). Le attrici assumevano che la morte in data 7.1.92 di D.A.G. (del quale esse erano rispettivamente moglie e figlie), per "epatopatia cronica cirrotica scompensata era imputabile causalmente all'epatite cronica IVANB ... postrasfusionale" diagnosticatagli nell'agosto del 1986 come conseguenza delle trasfusioni ricevute per l'intervento di *by-pass* aorto-coronarico subito nel novembre 1985 presso l'Ospedale San Camillo di Roma: nesso casuale riconosciuto dal Ministero convenuto, che con provvedimento del 2.7.93 aveva concesso alla G. l'indennizzo *ex* l. 210/92 in favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazioni di emoderivati.

Chiedevano pertanto le attrici che il Ministero convenuto, al quale era imputabile un'omissione colposa "nell'approvvigionamento, controllo e sorveglianza della produzione, distribuzione e commercializzazione di plasma ed emoderivati", alle quali attività era tenuto in quanto responsabile della salute pubblica *ex* art. 1 I° co. l. 256/58, fosse condannato *ex* art. 2043, 2050, 2059 c.c. e 185 c.p. al risarcimento dei danni da esse subiti per il decesso del loro congiunto in aggiunta rispetto all'indennizzo *ex* l. n. 210/92 e 238/97: danni fatti consistere in particolare nel danno biologico subito dal deceduto e fatto valere da esse attrici *jure hereditatis*, e nel danno morale subito da tutte esse attrici per la morte del loro congiunto.

Costituendosi in giudizio il Ministero convenuto resisteva alla domanda eccependo in particolare l'intervenuta prescrizione quinquennale *ex* art. 2947 c.c. e l'infondatezza nel merito per difetto del nesso causale, apparendo la morte del congiunto imputabile ad una malattia diversa da quella insorta a seguito delle trasfusioni, con conseguente eventuale responsabilità dei sanitari che avevano avuto in cura il D.A. per questa malattia (*omissis*).

Con sentenza 22.1/2.2.05 l'adito Tribunale, per quanto qui rileva:

- dichiarava inammissibile in quanto nuova la domanda attorea di responsabilità contrattuale *ex* art. 1228 c.c.;

- rigettava, in ordine alla domanda di responsabilità extracontrattuale, l'eccezione di prescrizione,

- in accoglimento di questa domanda, condannava il Ministero al pagamento:

--- in favore delle attrici della complessiva somma di euro 196.253,62 a titolo di danno biologico fatto valere *jure hereditatis*,

--- in favore di G.L. e di D.A.I. e D. della somma di euro 72.303,96 per la prima e di euro 46.481,12 ciascun per le altre a titolo di risarcimento del danno morale per la morte del loro congiunto (*omissis*).

1. Con l'atto d'appello il Ministero convenuto chiede che, in riforma dell'impugnata sentenza, sia rigettata la domanda delle attrici (*omissis*).

2. Ripropone poi il Ministero l'eccezione di prescrizione quinquennale *ex* art. 2947 I° co. c.c. del diritto al risarcimento azionato dalle attrici.

3. L'appello è sul punto parzialmente fondato.

Va anzitutto rilevato che il Tribunale s'è pronunciato sull'eccezione di prescrizione come se si trattasse della sola domanda di risarcimento del danno da morte, mentre, come s'è visto, le attici hanno proposto due distinte domande, rispetto a ciascuna delle quali la questione della eccepita prescrizione si pone autonomamente.

La censura dell'appellante per la quale il primo giudice non avrebbe accertato, prima di pronunciarsi sull'eccezione di prescrizione, l'effettiva esistenza della fattispecie di reato di cui dovrebbe rispondere esso Ministero appare infondata perché, se l'eccezione di prescrizione viene esaminata, come è stato nel caso di specie, in via preliminare rispetto al merito, l'esame di essa va condotta in relazione al diritto in quanto oggetto di pretesa, senza previa verifica della sua effettiva esistenza, salva la necessità di un riesame dell'eccezione se l'esame di merito induce ad una diversa qualificazione del diritto azionato.

Va escluso poi che l'art. 2947 III° co. c.c. si applichi solo nel caso in cui l'azione penale sia stata in concreto esercitata. È solo discusso se è necessario che tale azione sia astrattamente esercitatile, sicché la disposizione non si applicherebbe nel caso di reato perseguibile a querela nel caso in cui la querela non sia esercitata. Che è però regola che non potrebbe valere nel caso di specie in relazione al reato di lesioni colpose, perché trattandosi *ex* art. 583 c.p. di lesioni certamente gravi ed anzi gravissime (la malattia provocata era insanabile) il reato era procedibile d'ufficio.

In base all'art. 2947 II° co. c.c. e 157 c.p. (nel testo, naturalmente, vigente all'epoca in cui i fatti si sono verificati) la prescrizione è dunque quinquennale per il risarcimento fondato sulle lesioni colpose (la durata è peraltro identica a quella posta dalla regola generale di cui al I° co. dell'art. 2947 c.c.) e decennale per il risarcimento fondato sull'omicidio colposo (Cass. 08/581).

Ne consegue che, quanto al risarcimento fondato sulle lesioni colpose, l'eccezione di prescrizione risulta fondata. Il termine va infatti fatto decorrere, come ha statuito Cass. s.u. 08/589, "a norma degli art. 2935 e 2947, I° co., c.c., non dal giorno in cui il terzo determina la modificazione causativa del danno o dal momento in cui la malattia si manifesta all'esterno, bensì da quello in cui tale malattia viene percepita o può essere percepita, quale danno ingiusto conseguente al comportamento del terzo, usando l'ordinaria diligenza e tenendo conto della diffusione delle conoscenze scientifiche". La sentenza ha perciò ritenuto, in un caso come quello di specie, che il termine di prescrizione decorresse non con la comunicazione del responso della commissione medica ospedaliera di

cui all'art. 4 l. n. 210 del 1992, bensì con la proposizione della relativa domanda amministrativa.

Applicando questo principio al caso di specie, se anche non si volesse risalire, come fa il Ministero, alla diagnosi della "epatite cronica postrasfusionale" fatta al D.A. nel 1986, si dovrebbe rilevare che l'indennizzo fu concesso nel 1993 e che la citazione introduttiva del presente giudizio è stata notificata nel 1999, per concludere che la domanda giudiziale è stata proposta a prescrizione già maturata.

Quanto al risarcimento del danno da morte l'eccezione appare invece infondata perché il termine di prescrizione decennale va evidentemente fatto decorrere, come affermato dal primo giudice, dalla data della morte 7.1.92, e la domanda giudiziale è stata proposta prima della maturazione di detto termine.

3. Nel merito – si ha ormai riguardo alla sola domanda avente ad oggetto il risarcimento del danno da morte – il Ministero appellante contesta che gli sia imputabile l'illecito posto a base della sua condanna.

Il Tribunale sul punto ha affermato:

- che il nesso causale fra la trasfusione, la contrazione della "epatite C" e la morte appariva ammessa dal Ministero, con la lettera del direttore generale 2.7.93: era da escludere che, come affermato dal Ministero, il riconoscimento valesse solo ai soli fini dell'indennità di cui alla 1. n. 210/92;

- che "dunque" andava "ravvisata la responsabilità del Ministero convenuto consistita nel non aver vigilato correttamente sulla distribuzione e riparazione del sangue e degli emoderivati destinati ai pazienti, fra cui D.A.G. che in conseguenza di tale fatto contrasse epatite C cui seguì la morte".

Deduce il Ministero appellante che l'affermazione della sua responsabilità era stata fatta "senza indagare sulla concreta ricorrenza di tutti gli elementi costruttivi" della fattispecie dell'omicidio colposo addebitatogli. In particolare:

- contestava il nesso causale fra la pretesa condotta illecita ascrittagli e l'evento letale (*sub* 5 b), apparendo questo imputabile alla "insufficienza delle cure ricevute in ospedale dal sig. D.A. a trattamento della prima malattia successiva alla trasfusione": si trattava di condotta illecita di terzi che valeva ad interrompere il nesso causale fra le trasfusioni ed il decesso. Il riconoscimento dell'indennità non valeva come riconoscimento del nesso causale in questione perché esso "risponde ad una logica di solidarietà sociale più elastica di quella astrattamente riparatoria dell'art. 2043 c.c., onde l'attribuzione della prima non passa attraverso una ferrea diagnosi del nesso del nesso di causalità quale richiesta ... dall'art. 1223 c.c. (v. Trib. Bologna, III, 19.6.03)";

- affermava che il primo giudice avrebbe dovuto esaminare, eventual-

mente per escluderla, la ricorrenza di eventuali cause di giustificazione (ad es. lo stato di necessità), che erano "difficilmente da escludere nel caso di specie vista la situazione di emergenza che ha condotto alla trasfusione" (*sub* 5 e);

- contestava la ricorrenza della colpa (*sub* 5 a). La giurisprudenza, affermava, aveva chiarito che in tema di danni da emoderivati poteva riconoscersi sussistente la colpa della PA, *sub* specie di *culpa in vigilando*, solo a far data dall'epoca in cui erano stati approntati i tests idonei ad individuare ed isolare i singoli virus, in particolare, con riferimento all'epatite C, non poteva riconoscersi alcuna colpa in capo alla PA per trasfusioni effettuate anteriormente al 1988, data in cui è stato imposto il cd. termotrattamento contro il rischio di trasmissione del virus da epatite C (veniva richiamata Trib. Roma, 4.6.01 e App. Roma, 23.10.00).

4. L'appello è anche sul punto fondato ai sensi di quanto segue.

Il nesso causale fra la condotta omissiva imputata al Ministero e la malattia contratta da D.A.G. non è neppure contestato dal Ministero. Ad essere contestato è solo il nesso causale fra questa malattia e la morte del predetto.

Ora, questo nesso causale risulta in effetti, come afferma il primo giudice, ammesso dal Ministero nella missiva 2.7.93 con la quale si informava la G. dell'accoglimento della domanda di indennizzo *ex* l. n. 210/92, affermando appunto detto Ministero che "la CMO c/o IML Milano ... ha trasmesso il verbale relativo al nominativo in oggetto contenente il seguente giudizio: sì esiste nesso causale tra la trasfusione e la morte".

Anche ammesso che non si tratti di dichiarazione confessoria, vertendosi in materia non disponibile da parte del Ministero, si avrebbe comunque una inversione dell'onere della prova che il Ministero non ha superato in alcun modo. Il nesso causale in questione risulta anzi affermato nella dichiarazione 10.6.92 del dott. G.E. Crapa della Clinica delle Malattie infettive dell'Università di Perugia, nella quale si legge "sulla scorta degli elementi anamnesi e del quadro clinico presentato dal signor D.A. è possibile ammettere che l'epatopatia cronica cirrotica scompensata che l'ha portato all'*obitus* è causalmente collegata all'epatite postrasfusionale conseguente alle trasfusioni effettuate per l'intervento di *by-pass* aortocoronarico". Ed è noto che per affermare il nesso causale ai fini della responsabilità extracontrattuale non occorre la certezza, ma basta la probabilità secondo un criterio di "seria e ragionevole criterio di probabilità scientifica" (Cass. 05/22894), quale è indubbiamente quella che risulta sul punto in questione dalla detta dichiarazione sanitaria.

A ben vedere il Ministero (diversamente da quanto dedotto in primo grado, ove affermava che la morte era dipesa da malattia diversa da quella cagionata dalle trasfusioni) non sembra neppure negare il nesso

causale in questione se non nel senso che la morte sarebbe imputabile alla carenza di cure adeguate da parte dei sanitari che avevano in cura il D.A. per la malattia, l'epatite postrasfusionale, contratta a seguito delle trasfusioni, quale causa sopravvenuta da ritenere causa esclusiva del decesso *ex* art. "45", *recte* 41, c.p.

Ma, a parte il rilievo che, data la gravità della malattia contratta con la trasfusione (di cui la malattia che ha portato a morte il D.A. appare un'evoluzione), una tale carenza di cure non sarebbe comunque idonea ad escludere il rilievo causale della condotta omissiva del Ministero, non potendosi ritenere che questa non avesse in alcuna misura aumentato la probabilità del decesso, sta di fatto che di tale omissione di cure adeguate il Ministero, che ne aveva l'onere, non ha offerto alcuna prova.

Quanto poi alla presenza di cause di giustificazione il Ministero ne ipotizza una sola, quello di uno stato di necessità relativa alla trasfusione, che, anche riconosciuto come provata, varrebbe a giustificare la trasfusione da parte dei medici, non l'omissione della vigilanza imputata al Ministero. Quanto però al requisito della colpa va rilevato che in effetti il primo giudice, affermato il nesso causale fra la condotta omissiva imputata al Ministero, ne ha tratto senz'altro ("dunque") la conclusione della sua responsabilità.

Non è chiaro se il primo giudice abbia ritenuto l'esistenza di una presunzione, non vinta, di colpa e dunque di responsabilità, oppure se, come sembrano pensare le attrici, abbia ritenuto che la prova della colpa e dunque della responsabilità sia da ritenere acquisita per il fatto stesso della violazione da parte del Ministero dell'obbligo di controllo e sorveglianza della produzione, distribuzione e commercializzazione di plasma ed emoderivati, inteso come obbligo, evidentemente oggettivamente violato, di impedire danni conseguenti allo svolgimento di queste attività.

Questa seconda tesi è certamente errata perché la detta violazione, valendo come causa dei danni da impedire, integra solo l'elemento oggettivo dell'illecito ascritto al Ministero. Per la sua responsabilità occorrerebbe altresì la prova che la violazione in discorso sia dipesa da colpa, e cioè che quei danni da impedire e non impediti fossero prevedibili ed evitabili con la dovuta diligenza e perizia. Che è appunto ciò che nega il Ministero quando afferma che all'epoca della trasfusione che ha infettato il D.A. non era ancora disponibile una tecnica che consentisse di rilevare la presenza nel plasma o negli emoderivati del virus (HCV) dell'epatite C (prima chiamata NANB) trasmessa al D.A.

Quanto alla possibile presunzione di colpa va rilevato che il primo giudice non invoca alcuna specifica disposizione che porrebbe la presunzione in discorso. Le attrici hanno invocato in citazione l'art. 2050 c.c. relativo alla responsabilità per attività pericolosa, che è però

disposizione che la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha ritenuto inapplicabile ai casi come quello di specie (Cass. s.u. 08/584; solo apparentemente di segno contrario Cass. s.u. 08/582, relativa ad una fattispecie in cui l'affermazione della responsabilità *ex* art. 2050 c.c. da parte della Corte di merito non era stata fatta oggetto di censura), argomentando dal fatto che "la pericolosità della pratica terapeutica della trasfusione del sangue e dell'uso degli emoderivati ... non rende ovviamente pericolosa l'attività ministeriale, la cui funzione apicale, è solo quella di controllare e vigilare a tutela della salute pubblica", ed osservando che "gli interventi per la distribuzione e ripartizione del plasma tra le strutture sanitarie o le autorizzazioni per l'importazione del plasma non possono considerarsi elementi di conferma di un'attività in senso lato imprenditoriale (ritenuto da parte della dottrina, elemento necessario per la responsabilità *ex* art. 2050 c.c.), in quanto si tratta di incombenze meramente complementari e funzionali all'organizzazione generale di un settore vitale per la collettività".

Comunque sia, se anche si pensasse che, al di là delle specifiche previsioni normative, la responsabilità possa ritenersi presunta in tutte le ipotesi di violazione di un obbligo di salvaguardia, nel senso di violazione di un obbligo di impedire un evento dannoso, e che tale, come s'è fatto, possa effettivamente ritenersi l'obbligo legale oggettivamente violato dal Ministero, si dovrebbe comunque ritenere acquisita la prova liberatoria, da ritenere integrata nella prova del fatto, allegato dal Ministero, dell'impossibilità all'epoca dei fatti di evitare il contagio in base alle conoscenze scientifiche e tecniche disponibili.

Nel 1985 infatti, anno delle trasfusioni al D.A. che hanno cagionato l'epatite NANB (poi C), non si disponeva ancora in effetti di una tecnica che consentisse di rilevare la presenza del virus che la cagionava, allora ancora sconosciuto, essendo pacifico che tale tecnica, per il virus in questione (HCV), è stata trovata solo nel 1988 (Cass. 05/11609).

Né si potrebbe ora prospettare la responsabilità del Ministero per non essere stato in ipotesi il D.A. avvertito dai sanitari che lo avevano in cura del pericolo di contrarre la malattia in discorso con le trasfusioni, trattandosi – al di là delle considerazioni di merito che una tale omessa informativa non risulta provata, che potrebbe risultare giustificata dallo stato di necessità anche putativo e che non darebbe mai luogo a responsabilità del Ministero – di una *causa petendi* del tutto diversa da quella posta a fondamento della domanda di risarcimento.

Anche la domanda di risarcimento fondata sulla morte del congiunto va perciò rigettata.

5. L'oggettiva incertezza della materia rende equa la pronuncia di integrale compensazione fra le parti delle spese di entrambi i gradi di giudizio (*omissis*).

(1-2) Considerazioni in tema di risarcimento del danno da "epatite postrasfusionale".

La decisione in commento, nel definire una controversia relativa ad un caso di responsabilità del Ministero della Salute per i danni derivanti da trasfusione di sangue infetto, pone peculiare attenzione alle questioni inerenti la prescrizione del diritto al risarcimento del danno ed a quelle relative alla sussistenza del nesso di causalità tra il fatto dannoso e la condotta omissiva del Ministero [(1)].

In particolare, con riferimento al primo profilo la Corte di appello di Perugia, accogliendo la domanda del Ministero della salute – condannato in primo grado al risarcimento dei danni [(2)] –, riconosce che nel caso sottoposto al suo esame va rilevato l'avvenuto decorso del termine quinquennale di prescrizione previsto dall'art. 2947, commi 1 e 3, c.c. con riguardo all'azione di responsabilità promossa *iure hereditatis* dagli eredi del soggetto contagiato, per il risarcimento del danno conseguenza della trasfusione e riconducibile al reato di lesioni colpose [(3)]. A tale scopo viene richiamato il prevalente orientamento giurisprudenziale in materia [(4)], recentemente confermato delle sezioni unite della Cassazione [(5)], secondo cui in queste ipotesi il «giorno in cui il diritto può essere fatto valere», a partire dal quale *ex* art. 2935 c.c. inizia a decorrere la prescrizione, viene a coincidere con il momento in cui

---

[(1)] Non può essere trascurato che, nell'ipotesi di danni da emotrasfusioni, può essere invocata anche la responsabilità del medico e della struttura sanitaria: Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno e resp.*, 2008, 788, con nota di Vinciguerra, *Nuovi (ma provvisori?) assetti della responsabilità medica*; *ivi*, 2008, 1002, con nota di Gazzarra, *Le S.U. "fanno il punto in tema di onere della prova della responsabilità sanitaria*; in *Nuova giur. civ. comm*., 2008, I, 616, con nota di De Matteis, *La responsabilità della struttura sanitaria per danno da emotrasfusione*.

[(2)] Trib. Perugia, 23 febbraio 2005, in questa *Rivista*, 2008, 416, con nota di Spalazzi Caproni, *La responsabilità da contagio per sangue infetto.*

[(3)] Viene, invece, considerata non prescritta l'azione promossa dagli stessi eredi *iure proprio* volta ad ottenere il risarcimento del danno morale dagli stessi patito in conseguenza della morte del loro congiunto. In proposito, come rilevato in giurisprudenza, il reato posto a fondamento della richiesta risarcitoria degli eredi è quello di omicidio colposo ed in attuazione dell'art. 2947, comma 3, c.c. si applica il diverso e più lungo termine decennale stabilito dalla legge penale. Sul punto v. Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 581, in *Foro it*., 2008, I, 453.

[(4)] Cass., 8 maggio 2006, n. 10493, in *Mass. Foro it.*, 2006, 1330; Cass., 21 febbraio 2003, n. 2645, in *Danno e resp*., 2003, 845.

[(5)] Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 581, in *Danno e resp*., 2009, 667, con nota di Oliari, *"Debito di sangue e": danno da emotrasfusione e prescrizione*; in *Nuova giur. civ.,* 2008, I, 623, con nota di Querci, *La rilevanza della prescrizione nella responsabilità extracontrattuale per danni da emotrasfusioni*; in *Resp. civ*., 2008, 827, con nota di Greco, *Le sezioni unite ed il limite prescrizionale nel danno da emotrasfusioni infette.*

il danneggiato percepisce la malattia «quale danno ingiusto conseguente all'altrui condotta dolosa o colposa, ovvero può essere percepita come tale, in relazione all'ordinaria diligenza del soggetto leso e tenuto conto delle comuni conoscenze scientifiche dell'epoca» [6].

Il fondamento di questa soluzione viene individuato nella peculiare natura che presentano i danni conseguenza di una trasfusione di sangue infetto: si tratta, infatti, di danni cc.dd. «lungolatenti», ossia di pregiudizi che si caratterizzano per il fatto che in essi non vi è una coincidenza cronologica tra il comportamento illecito, il verificarsi del danno e la manifestazione all'esterno del danno stesso [7]. Ne discende che rispetto ad essi è problematica l'individuazione del momento a partire dal quale il danneggiato può azionare le tutele che l'ordinamento predispone a favore del proprio diritto; e, superando quelle impostazioni che in generale affermano che la prescrizione inizia a decorrere dal giorno in cui il danno si è verificato [8], ovvero da quello in cui si ha una «esteriorizzazione» della lesione [9], la pronuncia in commento sembra richiamare l'orientamento accolto dalle sezioni unite, secondo cui in queste fattispecie va applicato «unitamente al principio della "conoscibilità del danno" quella della rapportabilità causale» [10].

---

[6] In questo senso espressamente, Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 581, cit.

[7] Per un'analisi generale delle questioni legate alla prescrizione del diritto al risarcimento dei danni da emoderivati infetti, v., per tutti, Querci, *Danni da contagio: quando il Ministero non è tenuto al risarcimento*, in *Corr. mer.*, 2007, 49 ss.; La Monica, *Orientamenti della giurisprudenza in tema di danno da contagio post-trasfusionale*, in *Danno e resp.*, 2006, 469 ss.

[8] Cass., 10 giugno 1999, n. 5701, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce *Prescrizione e decadenza*, n. 82; Cass., 4 gennaio 1993, n. 13, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 1686, in cui si afferma che «il giorno in cui incomincia a decorrere la prescrizione del diritto al risarcimento del danno derivante dal fatto illecito coincide con quello in cui, per effetto di una condotta esplicita *contra ius*, venga a determinarsi una lesione della sfera giuridica altrui, per modo che, ove il comportamento illecito e il verificarsi del danno non coincidano cronologicamente, la prescrizione decorre dal momento in cui il danno si è verificato»; Flick, *Danni da contagio per trasfusione: un'occasione per ripensare il problema del* dies a quo *della prescrizione*, in *Danno e resp.*, 2007, 913 ss.

[9] Così Cass., 9 maggio 2000, n. 5913, in *Rep. Foro it.*, 2001, voce *Prescrizione e decadenza*, n. 42. Conf., Cass., 29 agosto 2003, n. 12666, *ivi*, 2003, *voce cit.*, n. 32.

[10] V. Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 583, in *Giur. it.*, 2008, 1695, ove si specifica che «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 decorre, a norma degli art. 2935 e 2947, 1º comma, c.c., non dal giorno in cui il terzo determina la modificazione che produce il danno altrui o dal momento in cui la malattia si manifesta all'esterno, ma dal momento in cui viene percepita o può essere percepita, quale danno ingiusto conseguente al comportamento doloso o colposo di un terzo»; Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 581. In precedenza, Cass., 6 febbraio 1982, n. 685, in *Giust. civ.*, 1982, I, 2781.

In altri termini, ai fini del decorso della prescrizione del diritto del danneggiato assume rilevanza non solo la consapevolezza da questi raggiunta di aver contratto una malattia a seguito della trattamento trasfusionale, ma altresì la presa di coscienza che il danno subíto è riconducibile all'attività del terzo.

Al riguardo la Corte di Appello di Perugia mette in evidenza il ruolo svolto dalla provvedimento di erogazione dell'indennizzo previsto dall'art. 1, commi 2 e 3, l. 25 febbraio 1992, n. 210, e più in particolare ritiene che la proposizione della domanda che dà avvio al relativo procedimento amministrativo rappresenti il *dies a quo* del termine di prescrizione [(11)]. Nel contempo si afferma che il responso dell'amministrazione sanitaria offre un criterio di "seria e ragionevole probabilità scientifica" circa l'esistenza del nesso causale [(12)] fra la morte e la malattia del soggetto che ha ricevuto una trasfusione [(13)].

Ciò posto, i giudici perugini osservano come l'accertamento in questo àmbito della causalità omissiva non possa prescindere da un'indagine relativa all'elemento soggettivo dell'illecito. Escluso preliminarmente che la responsabilità dell'amministrazione sanitaria sia riconducibile all'art. 2050

[(11)] La giurisprudenza sottolinea la natura assistenziale di questo strumento di tutela: così, da ult., Cass., 10 novembre 208, n. 26883, in *Danno e resp.*, 2009, 713, che viene ad aggiungersi, senza escluderlo, al risarcimento del danno. Sui rapporti tra la tutela aquiliana e la tutela indennitaria nei danni da contagio v., per tutti, FAVILLI, *La responsabilità civile dello Stato per contagio da emoderivati infetti,* in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, 581 ss.; COMANDÈ, *Il diritto alla salute, la trilogia costituzionale e i limiti di bilancio: ancora sulla legge n. 210 del 1992 e sulla sua rilevanza sistematica,* in *Danno e resp.*, 1998, 432 ss.; GORGONI, *Responsabilità per emotrasfusione: risarcimento o* indennizzo?, *ivi*, 1997, 798 ss.

[(12)] Così v. anche Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 581, cit., che non condivide quell'orientamento della giurisprudenza (App. Roma, 23 ottobre 2000, in *Danno e resp.*, 2001, 1067; Trib. Roma, 10 marzo 2004, in *Foro it*., 2004, I, 2893) che considera come momento iniziale della prescrizione quello della comunicazione del responso.

[(13)] Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 581, cit., dopo un'ampia analisi delle diverse teorie in tema di nesso di causalità, riconosce che «ciò che rileva è che l'evento sia prevedibile non da parte dell'agente, ma (per così dire) da parte delle regole statistiche e/o scientifiche, dalla quale prevedibilità discende da parte delle stesse un giudizio di non improbabilità dell'evento. Il principio della regolarità causale diviene la misura della relazione probabilistica in astratto (e svincolata da ogni riferimento soggettivo) tra comportamento ed evento dannoso (nesso causale) da ricostruirsi anche sulla base dello scopo della norma violata». Si occupa del nesso di causalità nell'àmbito della responsabilità medica: Cass., 11 gennaio 2008, n. 577, cit. V., anche Cass., 18 settembre 2008, n. 23846, in *Danno e resp*., 2009, 155; con nota di CALCAGNO, *Omissione di diagnosi: il punto su perdita di* chance *e nesso causale*; *ivi,* 2009, 538, con nota di TASSONE, *Diagnosi erronea, nesso causale e regimi processuali.*

c.c., viene affermato che essa si fonda nell'art. 2043 c.c. [14] ed il carattere colposo del comportamento omissivo imputabile al Ministero viene individuato nel fatto che quei danni derivanti dalla violazione dell'obbligo di controllo e sorveglianza della produzione, distribuzione e commercializzazione dei plasma ed emoderivati «da impedire e non impediti, fossero prevedibili ed evitabili con la dovuta diligenza e perizia».

Muovendo da questa prospettiva, la pronuncia in commento considera che nel caso concreto sottoposto al suo esame non sussiste la responsabilità del Ministero ritenendo acquisita la prova liberatoria «dell'impossibilità all'epoca dei fatti di evitare il contagio in base alle conoscenze scientifiche e tecniche disponibili»: il soggetto contagiato da epatite C era, infatti, stato sottoposto a trasfusione nel 1985, mentre la scoperta di tale *virus* risale al 1988.

Tale soluzione, se da un lato appare in linea con altre rilevanti pronunce giurisprudenziali che hanno chiamato a rispondere il Ministero della salute del danno da infezioni e altre malattie solo successivamente alla data di scoperta delle stesse malattie ed a condizione che sia stato possibile predisporre test diagnostici idonei a verificare la presenza di *virus* [15], dall'altro lato, non tiene conto del diverso orientamento affermato recentemente dalle sezioni unite secondo cui, indipendentemente dalla tipologia del *virus*, va riconosciuto che si è comunque sempre in presenza di «un unico evento lesivo, cioè la lesione dell'integrità fisica (essenzialmente del fegato), per cui unico è il nesso causale: trasfusione con sangue infetto – contagio infettivo – lesione dell'integrità. Pertanto già a partire dalla data di conoscenza dell'epatite B (la cui individuazione, costituendo un accertamento fattuale, rientra nell'esclusiva competenza del giudice di merito) sussiste la responsabilità del Ministero anche per il contagio degli altri due virus, che non costituiscono eventi autonomi e diversi, ma solo forme di manifestazioni patogene dello stesso evento lesivo dell'integrità fisica da *virus* veicolati

---

[14] Si occupa, in modo specifico, di questo profilo Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 584, in *Rep. Foro it.*, 2008, voce *Responsabilità civile*, n. 403, secondo cui «pur essendo indubbio il connotato della pericolosità insito nella pratica terapeutica della trasfusione del sangue e dell'uso degli emoderivati, ciò non si traduce nella pericolosità anche della correlata attività di controllo e di vigilanza cui è tenuto il ministero della salute; ne consegue che la responsabilità di quest'ultimo per i danni conseguenti ad infezione da Hiv e da epatite, contratte da soggetti emotrasfusi per omessa vigilanza da parte dell'amministrazione sulla sostanza ematica e sugli emoderivati, è inquadrabile nella violazione della clausola generale di cui all'art. 2043 c.c. e non in quella di cui all'art. 2050 c.c.».

[15] Si rinvia, in particolare, a Cass., 31 maggio 2005, n. 11609, in *Foro it.*, 2006, I, 793, in cui si stabilisce che «non è configurabile la responsabilità civile del ministero della sanità nei confronti di soggetti che risultano contagiati dai virus Hiv, Hbc e Hcv a seguito di trasfusioni e somministrazione di emoderivati in relazione a condotte tenute anteriormente alla prevedibilità dei virus e alla possibilità materiale di rilevarne l'esistenza con appositi controlli, mancando il nesso causale tra condotta ed evento».

dal sangue infetto, che il Ministero non aveva controllato, come pure era obbligato per legge» [16].

Questa impostazione offre sicuramente una maggiore tutela per il danneggiato ed appare evidente come risponda all'esigenza sempre più avvertita nel nostro ordinamento di tutelare il bene primario della salute umana, qualificata dall'art. 32 Cost. quale diritto inviolabile dell'individuo ed interesse della collettività da garantire in concreto a tutti i cittadini [17].

FEDERICA MAZZASETTE

---

[16] Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 581, cit., punto 9.2.

[17] In arg. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*[3], Napoli, 2006, 730, il quale afferma che la salute si prospetta come un aspetto inseparabile della persona quale valore unitario.

TRIBUNALE PER I MINORENNI DELL'UMBRIA-PERUGIA – 6 ottobre 2008 (decr.) – *Pres*. CENCI – *Est*. ARCELLA.

Potestà dei genitori – Rapporti con i figli minori – Condotta pregiudizievole dei genitori – Adozione di provvedimenti urgenti – Necessità – Affidamento etero familiare – Opportunità (c.c., artt. 317 *bis,* 333 e 336).

Nel caso in cui i genitori mostrino un totale disinteresse nei confronti dei figli minori addirittura venendo rinviati a giudizio per reati contro la loro persona, occorre valutare le necessità e le aspirazioni dei minori, i quali, vivendo da molti anni in Italia, hanno instaurato legami affettivi solidi e stabili sia con gli operatori della struttura ove sono stati a lungo ospitati, sia con due coppie di volontari che hanno manifestato la propria disponibilità ad occuparsi dei minori in modo sempre più significativo, per cui è opportuno da un lato consentire loro di proseguire questa esperienza, formalizzando i rispettivi affidamenti etero familiari, e dall'altro approfondire le condizioni psicologiche dei minori, al fine di valutare la loro risposta al nuovo collocamento, utile anche a comprendere se è nel loro interesse interrompere e recidere i legami affettivi e sociali creati (1).

(*Omissis*). Rilevato che, con provvedimenti di questo Tribunale del 15.6.2005, 25.5.2006, 29.2.2008 i suddetti minori venivano affidati al servizio sociale del Comune di T. e collocati presso la struttura "Casa del bambino" di T.;

che, nel corso dell'udienza del 19.2.2008, la madre I.M., assente il padre, veniva informata del progetto del servizio sociale affidatario, concorde il Tribunale, di affidare i minori a due famiglie che già avevano instaurato rapporti con i bambini all'interno della struttura, per consentire agli stessi di crescere in un contesto familiare, dopo il lungo periodo di istituzionalizzazione; la madre, peraltro, affermava di voler fare rientro in R., e di portare con sé i figli;

che, dopo più di sette mesi, la donna risulta essere ancora sul territorio nazionale, essendo stata vista elemosinare (da ultimo il 28.9.2008) alle porte di una chiesa di T., mentre nulla si sa delle condizioni del padre, essendo sconosciuto il suo attuale domicilio;

che peraltro, come risulta agli atti del procedimento, G. e M.I. sono stati tratti a giudizio innanzi la Corte d'assise di T. per rispondere dei reati di cui agli artt. 671, 731, 572, 110 e 600 c.p., artt. 2 l. 1423/56 e 4 l. 110/74, commessi in danno dei figli minori, e la madre è stata condannata in data 2.5.2008 per il reato di cui all'art. 671 c.p. alla pena di mesi tre di arresto nonché alla sospensione della potestà genitoriale;

che pertanto, ad avviso di questo Tribunale, non sussistono allo stato i presupposti per un rimpatrio assistito dei minori L., F. e P., sia in quanto i genitori (o quanto meno la madre) risultano essere ancora oggi sul territorio nazionale, sia in quanto non risultano idonei a prendersi cura dei propri figli, tanto più che la madre – a causa dei reati commessi in danno dei minori – risulta temporaneamente priva della potestà genitoriale;

che, soprattutto, occorre valutare le necessità ed aspirazioni dei minori, i quali vivono da molti anni in Italia (P. è nato e cresciuto a T.) ed hanno da tempo instaurato legami affettivi solidi e stabili con i responsabili, gli operatori ed i volontari della struttura ove sono stati a lungo ospitati; tali legami hanno consentito a due coppie di volontari di decidere di offrire la propria disponibilità ad occuparsi dei minori in modo sempre più significativo, tanto che da diversi mesi, su indicazione del servizio affidatario, i bambini passano tutto il loro tempo libero presso le abitazioni di questi;

che i minori appaiono ben inseriti nel nuovo contesto familiare sicché è opportuno da un lato consentire loro di proseguire questa esperienza, formalizzando i rispettivi affidamenti etero familiari, e dall'altro approfondire le condizioni psicologiche dei minori, al fine di valutare la loro "risposta" al nuovo collocamento, utile anche a comprendere se è nel loro interesse interrompere il percorso intrapreso e recidere i legami

affettivi e sociali creati, per avviarli ad un rimpatrio in un territorio che peraltro non conoscono (...).

Il Tribunale, visti gli artt. 317 *bis*, 333, 336 comma 3° c.c., così provvisoriamente provvede in via d'urgenza:

1) dispone l'affidamento di P.I. ai sig.ri (…) e di L. e F.I. ai sig.ri (…), conferendo agli stessi i relativi poteri scolastici e sanitari;

2) incarica il responsabile della S.C. di Neuropsichiatria Infantile e dell'età evolutiva di T. (…), di effettuare una valutazione psicodiagnostica dei minori (…);

3) incarica il servizio sociale del comune di T. di svolgere ogni attività di sostegno utile nei confronti dei minori, nonché di favorire gli incontri tra i tre fratelli e regolare quelli tra i minori ed i genitori, qualora gli stessi ne facciano richiesta (*omissis*).

(1) Secondo Trib. min. Roma, 22 gennaio 2008, in *Famiglia e minori*, 2008, 6, 86, ancorché per i provvedimenti in materia di affidamento dei figli di genitori coniugati sia funzionalmente competente il giudice della separazione, il tribunale per i minorenni può adottare provvedimenti provvisori e urgenti tesi alla tutela dei figli minori che si trovino esposti a grave pregiudizio derivanti dall'assistere a episodi di aggressione ripetuta.

V. anche Cass., 20 settembre 2007, n. 19406 (ord.), in *Famiglia e minori*, 2007, 10, 45, secondo la quale la l. 54/2006 ha innovato il contenuto precettivo dell'art. 317 *bis* c.c. che continua a rappresentare lo statuto normativo della potestà del genitore naturale e dell'affidamento nella crisi della coppia genitoriale non coniugata, sicché la competenza ad adottare tutti i provvedimenti nell'interesse del figlio minore naturale, compresi quelli economici, spetta al tribunale per i minorenni in forza dell'art. 38 disp. att. c.c. Conf. Cass. 5 agosto 2008, n. 21126 (ord.), in *Foro it.*, 2008, I, 3110; Cass., 3 aprile 2007, n. 8362 (ord.), in *Foro it.*, 2007, I, 2049, in *Corr. giur.*, 2007, 945, in *Giur. it.*, 2007, 2800.

Con riguardo al procedimento di espatrio, preso in considerazione dal provvedimento in esame, Trib. min. Roma, 23 novembre 1999, in *Dir. famiglia*, 2000, 1143, con nota di Danovi, *Sulla legittimazione degli ascendenti a succedere nel procedimento di rimpatrio di minori*, ha stabilito che tra il procedimento speciale per il rimpatrio di minore, promosso ai sensi della convenzione de L'Aja 5 ottobre 1961 sull'autorità competente e sulla legge applicabile in tema di protezione dei minori, e il giudizio *ex* art. 317 *bis* c.c. mirante all'affidamento del minore, non sussiste un nesso di pregiudizialità tale da giustificare la sospensione del secondo procedimento.

I

TRIBUNALE PER I MINORENNI DELL'UMBRIA-PERUGIA – 16 gennaio 2009 – *Pres*. CENCI – *Est*. ARCELLA – C.A.

Adozione – Nascita prematura – Genitori tossicodipendenti – Totale disinteresse verso il figlio – Mancanza di un programma di recupero – Totale inidoneità genitoriale – Stato di abbandono del minore – Sussistenza – Dichiarazione di adottabilità – Ammissibilità (legge 4 maggio 1983 n. 184, artt. 6, 8, 10, 12 e 15)**.**

La totale mancanza di progettazione e di impegno, unitamente alla mancanza di consapevolezza delle necessità affettive della propria figlia nata prematura, lascia spazio a un giudizio di immaturità e di inaffidabilità dei genitori, entrambi tossicodipendenti, la cui vita quotidiana non prevede uno spazio ed un impegno per la figlia, essendo il percorso ancora fermo alla nascita della piccola, in quanto la loro capacità genitoriale è tuttora molto latente, per cui, anche a causa del lungo tempo trascorso con tentativi rivelatisi inutili, deve essere dichiarata l'adottabilità della minore (1).

II

TRIBUNALE PER I MINORENNI DELL'UMBRIA-PERUGIA – 20 febbraio 2009 **–** *Pres*. CENCI – *Est*. ARCELLA – M.B.

Adozione – Carenze educative genitoriali – Iniziative della madre per un recupero – Stato di abbandono del minore – Esclusione (legge 4 maggio 1983 n. 184, artt. 6, 8, 10, 12 e 15).

Deve essere escluso lo stato di adottabilità di un minore qualora la madre, pur avendo mostrato gravi pecche genitoriali, abbia dimostrato col tempo di volersi fare carico del figlio e di essere molto più autonoma e capace di assumersi le proprie responsabilità di genitore, pur permanendo la difficoltà oggettiva della precarietà economica e lavorativa, che non consente alla madre di uscire dalla struttura pubblica ove abita insieme al figlio (2).

I

(*Omissis*). C.A. nasce il 17 aprile 2007, presso l'Ospedale Silvestrini di Perugia, "prematura e sottopeso" da madre "tossicodipendente in carico al Ser.t. di T. ed in terapia metadonica" risultata, nel corso del ricovero, positiva agli oppiacei. La donna, sentita dall'assistente sociale della struttura ospedaliera, riferisce "di aver fatto uso di sostanze stupefacenti ma ora, con la nascita della figlia è convinta di uscire dal tunnel con il supporto del Ser.t. (…)".

L'attività istruttoria consente quindi di accertare che:

- la madre di A., R.V., ha fatto uso di stupefacenti (eroina per via endovenosa) fino al quinto mese di gravidanza, malgrado le minacce di aborto che hanno determinato il ricovero prima presso l'Ospedale di T. nel dicembre 2006, e quindi presso l'Ospedale di Perugia (al sesto mese per il distacco del sacco placentare) ove, dopo un periodo di permanenza nel corso della quale usufruisce di terapia metadonica, nasce A.;

- dal momento della dimissione della madre dal nosocomio i genitori dimostrano un sostanziale disinteresse nei confronti della figlia, recandosi sporadicamente a farle visita: in particolare la madre non si rende disponibile ad allattare A. e non si prende cura della stessa, recandosi da lei solo irregolarmente e per brevi periodi. Solo all'esito dell'udienza davanti al giudice delegato e l'intervento del servizio sociale la madre si reca con continuità a visitare A.; non così il padre, C.R., che non si presenta nemmeno all'appuntamento fissato per un colloquio con l'assistente sociale del territorio;

- il responsabile dell'U.O. Ser.t. di T. riferisce che la sig.ra R.V. è seguita dal suo servizio e continua la terapia metadonica, rifiutandosi (come già durante la gravidanza) di effettuare colloqui con gli psicologi finalizzati a programmare interventi integrati di tipo psico-sociale;

- l'assistente sociale incaricata di seguire il caso riferisce come non esistano altre figure parentali in grado – allo stato – di farsi carico della gestione della minore, in quanto l'unico familiare preso in considerazione dagli stessi genitori, la madre del C., non è nemmeno a conoscenza dei problemi di tossicodipendenza della R.

Il Tribunale dispone pertanto – in data 8.6.2007 – l'affidamento di C.A. al servizio sociale del Comune di T. ed il collocamento della stessa presso la struttura "la casa del bambino", al fine di verificare le intenzioni verbalmente espresse dai genitori circa la volontà di accudire responsabilmente la bambina. A tale scopo:

- prescrive ai genitori di collaborare con i servizi sociali ed in particolare alla madre R.V. di recarsi presso la struttura collocataria per prendersi cura della propria figlia tutti i giorni, partecipando alle attività di nutrizione, cambio, e pulizia della bambina secondo orari prestabiliti preventivamente dal servizio sociale affidatario nel rispetto delle esigenze organizzative della struttura;

- prescrive a R.V. di collaborare con il Ser.T. di T., aderendo al programma che lo stesso predisporrà, avvertendola che in caso di inosservanza di queste e delle precedenti prescrizioni si procederà alla dichiarazione di adottabilità della bambina, con i conseguenti ulteriori provvedimenti a sua tutela;

- incarica il Ser.T. di continuare a seguire R.V., predisponendo un programma di recupero e controllo;

- incarica il servizio sociale affidatario di ogni intervento di sostegno e controllo nei confronti di entrambi i genitori.

Le relazioni di aggiornamento inviate nei mesi successivi dai servizi coinvolti su richiesta del Tribunale evidenziano la sostanziale violazione delle prescrizioni impartite ai genitori ed in particolare:

- quanto ai rapporti con A., un atteggiamento iperprotettivo ed ansioso della madre ed un comportamento poco collaborativo del padre, discontinuo nella presenza e spesso "stanco, assonnato"; le operatrici della struttura collocataria riferiscono anche che in un paio di occasioni in presenza del padre "si avvertiva chiaramente odore di alcol" (cfr. relazione in data 8.9.07 agli atti);

- quanto al percorso di disintossicazione, la totale mancanza di collaborazione della madre;

- un generale "atteggiamento denigratorio ed ostruzionistico" dei genitori di A. nei confronti degli operatori della struttura ove la bambina è collocata, ed il "perpetrarsi di numerosi furti in concomitanza con la presenza dei suddetti C.", episodi che inducono gli stessi operatori a chiedere una riduzione dei giorni di visita (*omissis*).

Alla successiva udienza del 28.1.2008, presenti tutte le parti, la madre R.V. afferma: "ammetto i furti che si sono realizzati nella struttura "la casa del bambino" e ammetto che li ho posti in essere perché qualche volta ancora adesso "mi faccio". Da parte sua il padre, C.R., riferisce: "non ho mai fatto uso di sostanze stupefacenti. Nel 1996 sono stato arrestato per spaccio e per questo forse i miei fratelli pensano che io sia tossicodipendente. Mi impegno ad effettuare gli esami tossicologici per dimostrare che non faccio uso di stupefacenti".

Anche il tentativo di coinvolgere i familiari della coppia per un sostegno alla minore fallisce in quanto "nessuno dei parenti di C.A. si è rivolto al servizio sociale per avere informazioni o vedere la bambina; solo la nonna paterna, nel mese di giugno, ha chiesto di poter vedere la nipote prima di partire per la S.". Sollecitati i genitori ad indicare qualche familiare disposto a sostenere la bambina, viene individuato dal C. il proprio fratello (…) il quale però esprime al servizio la propria formale indisponibilità ad un affidamento di A. (cfr. manoscritto in data 17.1.2008).

Parallelamente allo svolgimento delle suddette attività, viene approfondito l'aspetto delle condizioni psicofisiche di A., in quanto si profila il rischio di un ritardo nello sviluppo psicomotorio della neonata, a causa della "possibile sofferenza encefalica per la prematurità e l'uso di sostanze stupefacenti da parte della madre durante la gravidanza".

Nella relazione del servizio specialistico sul punto si evidenzia un accertato ritardo dello sviluppo motorio e la necessità di fornire con urgenza alla bambina – ai fini di un sano sviluppo – un "adeguato am-

biente in cui poter individuare una valida figura di attaccamento con cui stabilire un legame sano e salutare per la sua crescita". Si sollecita, inoltre, una "valutazione delle competenze genitoriali, necessaria anche in considerazione del fatto che la minore ha già subito un importante abbandono nei primi due mesi di vita" (…).

Tale sollecitazione viene rapidamente accolta dal Tribunale, che dispone una consulenza tecnica d'ufficio per procedere "ad una valutazione delle competenze genitoriali di C.R. e R.V., al fine di accertare la loro idoneità o meno a prendersi cura di A. senza provocare danni gravi ed irreversibili alla crescita equilibrata della stessa", conferendo l'incarico alla dr.ssa P.B. la quale, all'esito di approfonditi accertamenti, così sintetizza le proprie conclusioni: "la mancanza di progettazione, la mancanza di impegno, la mancanza di consapevolezza delle necessità affettive di A. lascia spazio ad un giudizio di immaturità, di inaffidabilità. I signori C. sono di fatto genitori di A., ma la loro vita quotidiana non prevede ancora uno spazio ed impegno per A. La nascita prematura può averli trovati impreparati (..) ma in questi dodici mesi sono stati sollecitati (..) ma il percorso è fermo alla nascita della piccola, non sono ancora pronti, la loro capacità genitoriale è ancora molto latente" (così relazione).

L'inidoneità genitoriale dei coniugi C. viene confermata anche dalla loro indisponibilità ad aderire alle prescrizioni del Tribunale finalizzate a verificare e quindi contenere la tossicodipendenza. Quanto alla madre, infatti, il Ser.t. di T. riferisce la persistente mancanza di adesione della madre a qualunque percorso di disintossicazione, ed anzi certifica il rifiuto della donna di sottoporsi anche solo al monitoraggio dei metaboliti urinari (avendo effettuato nel periodo gennaio-giugno 2008 solo tre controlli di cui uno positivo). D'altra parte, secondo quanto riferito dal c.t.u., "V. è ancora nella fase che hanno tutti i tossici – io smetto quando voglio – il progetto di entrare in comunità terapeutica è sempre stato rifiutato".

Quanto al padre – che aveva dichiarato personalmente in udienza di non aver mai fatto uso di sostanze stupefacenti e si era impegnato a sottoporsi a dosaggi urinari – il Ser.t. certifica che C.R. "è stato seguito dal Ser.t. dal 14.2.2000 in astinenza da eroina, riferendo uso di eroina dall'età di 20 anni. Ha effettuato periodici cicli di terapia con metadone con numerose interruzioni e ricadute, l'ultima terapia è stata interrotta nel settembre 2005, non si è più presentato" (così nota del 16.6.2008 …). Ciò convalida la valutazione espressa dal c.t.u. che riferisce di un soggetto "apparentemente spavaldo e dominante, in realtà insicuro e incapace di assumersi responsabilità concrete (..) non ha aiutato la signora ad accettare nessun progetto per uscire dalla tossicodipendenza (..) la preferisce così, un po' tossica ma a casa (..) pensa di risolvere questo problema usando sua madre".

Alla luce di tutti questi elementi il Tribunale, con decreto del 29.8.2008, ritiene provata una costante ed ancora attuale inidoneità dei coniugi C.-R. ad assumersi le responsabilità genitoriali nei confronti di A., oltre ad una sostanziale mancanza di adesione alle prescrizioni imposte, al di là della mera partecipazione agli incontri concordati con la figlia (incontri peraltro non sfruttati a pieno ed a volte utilizzati per sottrarre danaro ad operatrici e volontarie della struttura). Nonostante ciò, il collegio reitera le prescrizioni nei confronti di entrambi i genitori, ammonendoli riguardo alle conseguenza di una ennesima violazione delle stesse (*omissis*).

Il Pubblico Ministero minorile, sollecitato ad esprimere le proprie conclusioni, ha chiesto al Tribunale di ritenere lo stato di abbandono della minore e, per l'effetto, dichiararsene lo stato di adottabilità.

Tale istanza merita piena adesione.

Tutto quanto fin qui descritto, infatti, dimostra irrefutabilmente che i genitori non siano mai stati disposti ad assumersi concretamente le responsabilità connesse alla cura della propria figlia A., ed in particolare appare configurata l'ipotesi di cui all'art. 15 lettera c) legge 4 maggio 1983 n. 184 secondo la quale "lo stato di adottabilità del minore è dichiarato dal Tribunale quando (..) le prescrizioni impartite ai sensi dell'art. 12 sono rimaste inadempiute per responsabilità dei genitori".

La coppia, infatti, nonostante il sostegno offerto da parte del Tribunale e, soprattutto, dei servizi territoriali di primo e secondo livello, non ha mai dimostrato un reale interesse nei confronti della bambina, limitandosi a intrattenere con la stessa superficiali rapporti di poche ore settimanali (utilizzate tra l'altro per sottrarre danaro a operatori e visitatori della struttura ove la minore è collocata) senza di fatto realizzare alcun atto concretamente utile a costruire un contesto familiare idoneo ad accogliere la figlia, e senza mai aderire alle prescrizioni impartite dal Tribunale, sostanzialmente dirette alla attuazione di un percorso di disintossicazione dall'eroina per la madre e alla mera verifica della condizione di eventuale tossicodipendenza del padre.

Nell'attesa di tali comportamenti, A. è rimasta per quasi due anni (i suoi primi due anni) collocata in struttura, senza poter costruire quelle relazioni affettive che costituiscono il presupposto necessario per uno sviluppo della personalità sano ed equilibrato, in particolare alla luce delle problematiche evolutive della piccola bambina, ben evidenziate dalla neuropsichiatra infantile dr.ssa F.A. nella relazione dell'8 febbraio 2008, cui già si è fatto cenno.

Anche gli altri familiari di A. non hanno mai instaurato alcuna relazione significativa con la bambina ed anzi – quanto espressamente sollecitati dal servizio sociale – hanno espresso un categorico rifiuto ad assumersi qualunque responsabilità nei confronti della minore (*omissis*).

II

(*Omissis*). In data 15 novembre 2006 la Procura della Repubblica in sede chiedeva al Tribunale per i Minorenni dell'Umbria di dar corso alla procedura per la dichiarazione dello stato di adottabilità del minore M.B. Pochi mesi prima, infatti, e precisamente il 18 luglio 2006, il servizio sociale dell'Azienda Ospedaliera Santa Maria di T. aveva segnalato il ricovero del bambino per una grave ipocalcemia con fratture multiple agli arti inferiori e superiori di origine non traumatica, e la rapida istruttoria in sede civile aveva accertato che tale patologia era conseguenza dello stato di assoluta segregazione cui il padre M.Bl. aveva sottoposto il coniuge ed il figlio.

L'affidamento del minore al servizio sociale territoriale ed il suo collocamento presso la casa famiglia 'Casa Amica' di T. insieme alla madre, disposto in via d'urgenza in sede civile, veniva confermato con decreto del 9 dicembre 2006, nel quale si disponeva anche la sospensione con effetto immediato delle facoltà genitoriali del padre M.Bl.

Si procedeva quindi ad una approfondita istruttoria, attraverso l'audizione dei genitori e del servizio sociale, oltre all'acquisizione delle relazioni dei servizi specialistici; venivano inoltre acquisite in copia le consulenze tecniche espletate nell'ambito delle indagini svolte in sede penale, poiché il padre veniva indagato per i reati di cui agli artt. 572 e 605 c.p. commessi in danno di B. e della moglie M.A., e quindi espulso in data 2 ottobre 2007. Ciò consentiva di verificare i notevoli miglioramenti del bambino sia a livello psico-fisico che socio-relazionale, ma anche di A., non solo sul piano personale (con un aumento della sicurezza e dell'autostima) ma anche e soprattutto sul piano dei rapporti con il figlio B. In particolare, veniva segnalata dal servizio sociale affidatario e dai responsabili della struttura collocataria la acquisizione da parte della donna di sempre maggiori competenze nell'ambito personale e genitoriale, che consentivano anche la instaurazione di un più significativo e positivo rapporto madre-figlio.

Ciò determinava il servizio affidatario, nel corso dell'ultima udienza tenutasi in data 20 gennaio 2009, a chiedere che il Tribunale si pronunciasse nel senso della insussistenza dei presupposti per la dichiarazione dello stato di abbandono di M. B. in quanto "la madre ha dimostrato di volersi fare carico del figlio e di essere oggi molto più autonoma e capace di assumersi le proprie responsabilità di genitore. Sicuramente permane la difficoltà oggettiva della precarietà economica e lavorativa, che non consente alla madre di uscire dalla struttura insieme al figlio". Tali valutazioni e richieste venivano fatte proprie sia dalla madre (con il proprio legale di fiducia) che dal curatore speciale del minore avv. Caristia, e devono ritenersi condivisibili anche ad avviso del Tribunale.

Per tutti questi motivi occorre affermare che allo stato non sussistono

i presupposti per la dichiarazione dello stato di adottabilità di cui all'art. 15 l. 184/1983, mentre appare opportuno procedere in sede civile a tutela del minore *ex* art. 333 e seg. c.c., al fine di proseguire l'intervento di sostegno e controllo in favore dello stesso già intrapreso (*omissis*).

(1-2) Le due vicende sottoposte al vaglio del Tribunale minorile umbro offrono entrambe, pur concludendosi in modo opposto, uno spaccato delle varie problematiche relative alla situazione di minori (sovente stranieri) nati in famiglie prive di idonei mezzi economici e rovinate dalla droga.

Inutile ripercorrere l'*iter* della prima vicenda sulla quale l'impegno delle strutture pubbliche è stato fin troppo elevato, visto che tutti gli sforzi compiuti per 'aiutare' la famiglia a riprendersi si sono rivelati inutili.

Si potrebbe anche ipotizzare che il 'tempo perso' dalla minore sia stato eccessivo, ma occorre tener presente che, secondo un indirizzo consolidato della giurisprudenza, l'art. 1 l. 4 maggio 1983 n. 184 (nel testo sostituito dalla l. 28 marzo 2001 n. 149) sancisce il diritto del minore di crescere e di essere educato nell'ambito della propria famiglia naturale, e mira a rendere effettivo questo diritto attraverso la predisposizione di interventi solidaristici di sostegno in caso di difficoltà della famiglia di origine, onde rimuovere le cause, di ordine economico o sociale, che possano precludere, in essa, una crescita serena del bambino; in questo contesto – di valorizzazione e di recupero, finché possibile, del legame di sangue, ed anche dei vincoli, come quelli con i nonni, che affondano le loro radici nella tradizione familiare, la quale trova il suo riconoscimento nella costituzione (art. 29) – si rende necessario un particolare rigore, da parte del giudice del merito, nella valutazione della situazione di abbandono del minore quale presupposto per la dichiarazione dello stato di adottabilità (Cass., 12 maggio 2006, n. 11019, in *Rep. Foro it*., 2006, voce *Adozione*, n. 44).

Ancora si è ribadito che, perché si realizzi lo stato di abbandono, devono risultare, all'esito di un rigoroso accertamento, carenze materiali ed affettive di tale rilevanza da integrare, di per sé, una situazione di pregiudizio per il minore, tenuto anche conto dell'esigenza primaria che questi cresca nella famiglia di origine, esigenza che non può essere sacrificata per la semplice inadeguatezza dell'assistenza o degli atteggiamenti psicologici e/o educativi dei genitori, con la conseguenza che, ai fini della dichiarazione di adottabilità, non basta che risultino insufficienze o malattie mentali dei genitori, anche a carattere permanente, essendo in ogni caso necessario accertare se, in ragione di tali patologie, il genitore sia realmente inidoneo ad assumere e conservare piena consapevolezza dei propri compiti e delle proprie responsabilità e ad offrire al minore quel minimo di cure materiali, calore affettivo e aiuto psicologico indispensabili per un'equilibrata e sana crescita psico-fisica (Cass., 12 aprile 2006, n. 8527, *ivi*, 2006, *voce cit*., n. 43; Cass., 12 maggio 2006, n. 11019, *ivi*, 2006, *voce cit*., n. 44; Cass., 14 maggio 2005, n.

10126, *ivi*, 2005, *voce cit*., n. 34, secondo la quale l'accertamento dello stato di abbandono del minore non può essere rimesso a una valutazione astratta, compiuta *ex ante* – alla stregua di un giudizio prognostico, fondato su indizi privi di valenza assoluta, e in assenza di qualsivoglia riscontro obiettivo – circa la scarsa idoneità della famiglia di origine a fornire in futuro al minore le cure necessarie per il suo sano sviluppo; dovendo, invece, la valutazione di cui si tratta necessariamente basarsi su di una reale, obiettiva situazione esistente in atto, nella quale soltanto vanno individuate, e rigorosamente accertate e provate, le gravi ragioni che, impedendo al nucleo familiare di origine di garantire una normale crescita, e adeguati riferimenti educativi, al minore, ne giustifichino la sottrazione allo stesso nucleo; Cass., 5 gennaio 2005, n. 212, in *Fam., pers. e succ*., 2006, 588).

Ma secondo Trib. min. L'Aquila, 26 maggio 2006, in *Dir. famiglia*, 2006, 1778, il minore ha il diritto di crescere nella sua famiglia biologica solo se questa sia capace di garantirgli e promuovere il pieno sviluppo della sua personalità con la prestazione di un'adeguata assistenza materiale e morale, mentre, in caso di mancata prestazione delle necessarie cure materiali e morali, il minore stesso deve ritenersi abbandonato ed ha il diritto di essere prontamente inserito in un'idonea famiglia sostitutiva.

Da notare che App. Perugia, 4 dicembre 2003, in *Dir. famiglia*, 2004, 745, con nota di Morani, ha stabilito che "non può ritenersi sussistente lo stato di abbandono, che giustifica la dichiarazione dello stato di adottabilità del minore, qualora la pur totale, costante e prolungata assenza fattuale ed affettiva dei genitori debba farsi risalire al divieto di avere contatti con il figlio impartito dal tribunale per i minorenni ed al comportamento di totale chiusura dei servizi sociali, non rilevando in contrario né l'estrema fragilità delle condizioni psichiche della madre e l'attuale inadeguatezza del padre e della madre a svolgere il ruolo genitoriale, né i gravi rischi di squilibrio profondo incombenti sul minore nell'ipotesi di un suo distacco dalla famiglia affidataria, in cui egli è da tempo felicemente inserito, trattandosi di situazioni entrambe risolvibili attraverso un'adeguata assistenza dei servizi sociali e considerata oltretutto, quanto al secondo aspetto, la natura di semplice ausilio temporaneo propria dell'istituto dell'affidamento etero familiare". Da segnalare ancora Trib. min. Perugia, 10 novembre 1998, in questa *Rivista*, 1999, 352.

Esiste in materia una sterminata letteratura: v. per tutti F. Ruscello, *Diritto alla famiglia e minori senza famiglia - L. 28 marzo 2001 n. 149 riforma dell'adozione e dell'affidamento dei minori*, Padova, 2005; Sciarrino, *Tutela del minore e comunità familiari nel sistema delle adozioni*, Napoli, 2003.

TRIBUNALE PER I MINORENNI DELL'UMBRIA-PERUGIA – 24 agosto 2009 (decr.) – *Pres*. TOTERO – *Est*. ARCELLA.

Giurisdizione e competenza – Competenza civile – Competenza per materia – Filiazione naturale – Competenza del Tribunale per i minorenni – Sussistenza (c.c., art. 155; l. 8 febbraio 2006, n. 54).

In caso di cessazione della convivenza more uxorio, competente a decidere in merito agli accordi dei genitori riguardo ai figli minori è il tribunale per i minorenni che prende atto degli accordi intervenuti se non contrari all'interesse dei figli (1).

(*Omissis*). Rilevato che i genitori del minore hanno inteso porre fine alla loro convivenza *more uxorio*, accordandosi sulle questioni più rilevanti relative alla gestione dei rapporti con il figlio M. (affidamento, collocamento, diritto di visita del genitore non collocatario);

che – alla luce del disposto dell'art. 4 comma 2 l. 54/06, che recita "le disposizioni della presente legge si applicano anche (...) ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati – si deve ritenere applicabile al presente procedimento tutta la nuova disciplina riguardante l'affidamento condiviso dei figli;

che, sulla base della nuova formulazione dell'art. 155 comma 2 c.c., il giudice "prende atto" degli accordi intervenuti tra i genitori se non contrari all'interesse dei figli;

che, nel caso concreto, l'assetto dei rapporti familiari delineato dall'accordo depositato appare – allo stato – corrispondente all'interesse del minore, consentendogli di "mantenere un rapporto equilibrato e continuativo" con ciascuno dei genitori;

rilevato che permangono contrasti con riferimento all'aspetto economico, ed in particolare all'assegnazione della abitazione familiare, sulla quale questo Tribunale ha competenza a decidere in virtù del noto e consolidato orientamento della Suprema Corte (cfr. sent. 10102 del 26.5.04);

che alla luce delle allegazioni fornite dalle parti e delle argomentazioni svolte appare opportuno attribuire al genitore collocatario (la madre) il diritto a continuare ad abitare nella casa familiare, stante l'esigenza di garantire al figlio minore la conservazione dell'*habitat* domestico, garantendo allo stesso tempo la vicinanza dell'altro genitore e dunque il mantenimento di costanti rapporti tra il minore ed il padre (…) così dispone:

1) affida il minore M.M. congiuntamente ad entrambi i genitori, con collocamento presso la madre, nell'abitazione familiare (…);

2) riconosce al padre il diritto-dovere di avere con sé il figlio, salvo di-

verso auspicabile accordo tra i genitori e ricorrendo in caso di controversie alla mediazione del servizio sociale territorialmente competente (…);

3) prescrive al padre di contribuire al mantenimento del figlio versando un assegno mensile di € 250 (con adeguamento Istat), oltre al 50% delle spese mediche, scolastiche e straordinarie documentate (*omissis*).

(1) Il provvedimento rappresenta il paradigma al quale fare riferimento in caso di scioglimento della famiglia di fatto dopo la recente l. 8 febbraio 2006, n. 54.

In realtà il giudice minorile umbro aveva sempre fatto ricorso a questo schema (secondo Trib. min. Perugia, 2 dicembre 1997, in questa *Rivista*, 1998, 669, con nota di De Scrilli, *I dissimili connotati dell'affidamento congiunto della prole (anche) nella giurisprudenza perugina*, anche in ipotesi di famiglia non fondata sul matrimonio è possibile pronunciare l'affidamento congiunto dei figli minori, nel loro esclusivo interesse morale e materiale), ma evidentemente con un valore giuridico diverso vista la mancanza di una legge *ad hoc* che ora, fortunatamente, esiste.

Secondo Trib. Milano, 20 luglio 2006, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 660, dopo l'entrata in vigore della l. 8 febbraio 2006 n. 54, che ha introdotto nuovi principi e criteri sostanziali in tema di affidamento dei figli minori, restano devolute alla competenza funzionale del tribunale per i minorenni, *ex* art. 38 disp. att. c.c., le controversie in materia di affidamento di figli naturali e gestione della potestà genitoriale rispetto alla prole naturale; in conseguenza della declaratoria di incompetenza per materia pronunciata dal tribunale per i minorenni va sollevato il regolamento di competenza.

Ha puntualizzato Trib. min. Cagliari, 16 aprile 2007, in *Famiglia e minori*, 2007, 11, 82, che la realtà che accompagna il dissolvimento delle coppie naturali può maggiormente imporre il ricorso all'affidamento a uno solo dei genitori con esercizio esclusivo della potestà; ciò non rappresenterebbe un trattamento deteriore e svantaggioso del figlio naturale, protetto proprio attraverso la diversa disciplina, unica funzionale, nonché dalla doverosa e imprescindibile applicazione degli ulteriori principi della riforma, quali il meglio garantire l'accesso al genitore non affidatario e ai parenti di ciascun ramo, l'adozione dei provvedimenti economici e in merito all'assegnazione dell'eventuale abitazione familiare.

Con riguardo alla competenza, secondo Cass., 5 agosto 2008, n. 21126 (ord.), in *Foro it.*, 2008, I, 3110, la competenza in tema di affidamento di figli minori riconosciuti nati da genitori non coniugati spetta al tribunale per i minorenni, e non a quello ordinario, anche nella vigenza della l. 54/06. Conf. Cass., 3 aprile 2007, n. 8362 (ord.), *ivi*, 2007, I, 2049, in *Famiglia e dir.*, 2007, 446, in *Fam., pers. e success.*, 2007, 509, in *Corr. giur.*, 2007, 945, in *Giur. it.*, 2007, 2800, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 529, in *Dir. famiglia*, 2007,

1168; Cass., 20 settembre 2007, n. 19406 (ord.), in *Famiglia e minori*, 2007, 10, 45; Trib. Milano, 20 luglio 2006, in *Nuova giur. civ*., 2007, I, 660.

Sul ricorso congiunto di entrambi i genitori al giudice per la regolamentazione dell'affidamento e del mantenimento dei loro figli naturali minori v. App. Roma, 17 luglio 2007, in *Famiglia e dir*., 2007, 1019.

Ha sottolineato Trib. min. Bologna, 5 aprile 2001, in *Famiglia e dir*., 2002, 640, che il presupposto della cessazione della convivenza tra i genitori di un figlio naturale riconosciuto da entrambi, che legittima l'intervento del giudice minorile *ex* art. 317 bis, 2º comma, c.c., deve essere inteso quale effettivo venir meno della comunione di vita, differenziandosi così la convivenza dalla semplice coabitazione.

Esiste sulla legge 2006/54 una produzione dottrinale veramente notevole: v. tra i contributi più significativi, Falletti, *Famiglia di fatto e convivenze*, Padova, 2009; Aa.Vv., *Affidamento condiviso e diritti dei minori (legge 8 febbraio 2006, n. 54)*, Torino, 2008; Mascia, *Il diritto processuale della famiglia in crisi - Affidamento condiviso, separazione, divorzio*, Padova, 2008; Frezza, *Mantenimento diretto e affidamento condiviso*, Milano, 2008; Aa.Vv., *L'affidamento condiviso*, a cura di Patti e Rossi Carleo, Milano, 2006; Padalino, *L'affidamento condiviso dei figli*, Torino, 2006.

TRIBUNALE DI PERUGIA – 22 luglio 2008 (decr.) – *G.D*. Rana – R.B.F. Company s.r.l. (avv. Fantusati) c. I.F.A. s.r.l. (avv.ti Tordo Caprioli e Buchicchio).

Fallimento – Affitto di ramo d'azienda – Fallimento del concedente – Vendita ramo d'azienda – Aggiudicazione al miglior offerente – Diritto di prelazione dell'affittuario – Esercizio – Revoca dell'aggiudicazione – Acquisto del prelazionario – Sussistenza (c.c., art. 2562; l. fall., artt. 106 e 108).

Nel caso in cui sia stato concluso un contratto d'affitto di ramo d'azienda e l'impresa concedente successivamente sia stata dichiarata fallita, qualora sia stata disposta la cessione del ramo d'azienda con aggiudicazione al miglior offerente, compete all'affittuario il diritto di prelazione a parità di condizioni, per cui, ove tale diritto venga esercitato, deve essere revocata l'aggiudicazione del ramo d'azienda posta in essere (1).

(*Omissis*). Il curatore è subentrato nel contratto di affitto (e, quindi, in tutte le relative posizioni sia attive che passive) stipulato, anteriormente al fallimento e con scadenza 18.6.2008, con la RBF Company srl, avente ad oggetto i beni mobili ed il marchio *Galex*, il cui art. 10 riconosceva alla RBF in caso di vendita, anche separata, del marchio e dei bei mobili, il diritto di prelazione all'acquisto, per cui detta clausola, anche dopo il fallimento, mantiene la sua validità ed efficacia in favore del beneficiario.

Su istanza del curatore, acquisito il parere favorevole del comitato dei creditori, con ordinanza del 13.5.2008 si è disposta la vendita del ramo d'azienda costituita dal marchio e dai beni mobili inventariati oltre che di tre veicoli, con aggiudicazione al miglior offerente a norma dell'art. 106 l.f. con espressa indicazione che all'affittuario veniva riconosciuto il diritto di prelazione.

Il giorno 12.6.2008 si procedeva alla gara tra i due offerenti ed all'esito della stessa risultava aggiudicatario in qualità di miglior offerente, la IFA Italian Footbool Academy s.r.l., fissandosi ad € 180.000,00 il prezzo di acquisto del ramo d'azienda (v. verbale di gara in atti) concedendo termine di giorni 60 per il versamento dell'intero prezzo.

Con atto depositato in Cancelleria il 18.6.2008 la RBF dichiarava di esercitare la prelazione e, a tal fine, depositava originale dell'atto formale di significazione di esercizio della prelazione notificato al curatore ed al terzo acquirente. Il G.D. disponeva la comparizione delle parti per il 20.6.2008. Alla presenza del curatore e del prelazionario, il legale rappresentante dell'acquirente I.F.A. si dichiarava disponibile ad effettuare "offerte migliorative e superiori al prezzo raggiunto all'asta del 12.6.2008" (*omissis*).

Orbene, la vendita del ramo d'azienda disposta con ordinanza del 13.5.2008 non è avvenuta per le finalità e con le forme della vendita con o senza incanto di cui agli artt. 108 l.f. e 570 e ss. c.p.c. Non essendovi ricompresi immobili, si è optato per la vendita in massa *ex* art. 106 l.f. laddove la c.d. "massa" è costituita dal complesso dei beni mobili inventariati e dal marchio (oltre tre veicoli) organizzati per l'esercizio del ramo d'azienda. La gara del 12.6.2008 è stata indetta al solo scopo di ricercare il miglior acquirente. All'esito della stessa si è raggiunto il prezzo di € 180.000,00.

La I.F.A. Italian Footbool Academy s.r.l. era pienamente consapevole dell'esistenza del diritto di prelazione dell'affittuaria e, quindi, non può rivendicare alcun diritto soggettivo all'acquisto.

Determinato per tal via il prezzo d'acquisto, l'affittuaria R.B.F. ha legittimamente e tempestivamente esercitato il suo diritto di prelazione con la notifica alla I.F.A. dell'atto formale di significazione di esercizio della prelazione, notificata avvenuta in data 17.6.08.

Quando è disposta la vendita di beni mobili con individuazione del miglior acquirente all'esito di una gara *ex* art. 106 l.f. il G.D. ha il potere di sospendere, revocare o modificare, per motivi di opportunità e convenienza come quelli inerenti all'entità del prezzo offerto, tutti i provvedimenti assunti fino al momento in cui non sia versato l'intero prezzo. Nel caso in esame bisogna, però, da un lato, non svilire il diritto di prelazione riconosciuto all'affittuario e, dall'altro, tutelare gli interessi della procedura a conseguire dalla vendita il miglior prezzo possibile.

Il contemperamento dei predetti interessi può conseguirsi ritenendo che l'intervenuta dichiarazione con cui l'affittuario abbia manifestato la volontà di avvalersi della prelazione non preclude al G.D., fino a quando la vendita *ex* art. 106 l.f. non si sia conclusa con il versamento del prezzo, di sospendere e/o revocare o modificare le condizioni della vendita stessa, ma ciò non può che avvenire in applicazione estensiva della previsione di cui all'art. 108 comma 3° l.f., ossia quando il G.D. disponga di informazioni tali da far ritenere che il prezzo offerto risulti "notevolmente inferiore a quello giusto" sia, cioè, notevolmente inferiore al prezzo che il mercato può ancora offrire.

Il prezzo di € 180.000,00, raggiunto all'esito della gara del 12.6. u.s., è, invece, superiore sia al prezzo base indicato nell'ordinanza, sia ai valori di stima e non si dispone di ulteriori e diversi elementi fattuali che possano lasciare anche solo sospettare che il prezzo raggiunto il 12.6.08 (€ 180.000,00) sia manifestamente inferiore a quello ancora ottenibile indicendo una nuova gara, poiché non è pervenuta alcuna nuova, chiara, seria e specifica offerta ad un prezzo notevolmente superiore ad € 180.000,00, non potendosi considerare tale il generico rilancio sulla dichiarazione del prelazionario effettuato dalla I.F.A. il 20.6.2008 al solo scopo di "sterilizzare" il diritto del prelazionario.

Preso atto che la R.B.F. srl ha versato in cancelleria fallimentare la somma di € 18.000,00 quale deposito cauzionale, p.q.m. revoca l'aggiudicazione del 12.6.2008 in favore della I.F.A. srl e dispone che il ramo d'azienda di cui all'ordinanza di vendita del 13.5.2008 sia venduto al prezzo di € 180.000,00 alla prelazionaria R.B.F. srl con versamento del (residuo) prezzo entro il 12.8.2008 (*omissis*).

(1) Vicenda piuttosto insolita riguardo alla quale non constano che pochi precedenti i quali, alla pari del provvedimento in epigrafe, ammettono la rilevanza di un patto di prelazione nell'ambito della procedura fallimentare. E d'altronde, ove si analizzino le varie argomentazioni svolte dal giudice, emerge una corretta applicazione di vari principi dettati, peraltro, in ambiti diversi.

L'ammissibilità della vendita c.d. di massa, che abbia ad oggetto solo beni mobili, è prevista espressamente dall'art. 106 l. fall. e, ovviamente, ammessa dalla giurisprudenza: "la vendita fallimentare di beni mobili disciplinata dall'art. 106 l. fall., ancorché utilizzi forme simili a quelle tipiche dell'autonomia privata, è pur sempre vendita giudiziale forzosa che ha luogo nell'ambito e per le finalità della procedura, onde per gli aspetti più strettamente correlati alle finalità della liquidazione concorsuale è soggetta alla disciplina della legge fallimentare" (Cass., 23 settembre 2003, n. 14103, in *Rep. Foro it*., 2003, voce *Fallimento*, n. 542).

Nell'ipotesi in cui tale strumento sia stato utilizzato con troppa leggerezza, un idoneo correttivo è previsto dall'art. 108 l. fall., secondo il quale al giudice delegato è attribuito il potere discrezionale di disporre la sospensione della vendita anche ad aggiudicazione avvenuta, qualora sussista una notevole sproporzione tra il prezzo offerto e quello giusto. La legge non indica un rigoroso criterio quantitativo cui correlare la conseguente determinazione, affidata al prudente apprezzamento del giudice, per cui la presentazione di un'offerta in aumento rispetto al prezzo di aggiudicazione – e prima del decreto di trasferimento – non costituisce, di per sé, requisito indispensabile per disporre la sospensione, qualora l'inferiorità del prezzo rispetto a quello giusto non sia ricavabile anche da altri elementi (Cass., 22 gennaio 2009, n. 1610, *ibidem,* n. 15; Cass., 26 agosto 2004, n. 16994, *ivi*, 2004, *voce cit*., n. 585).

Poste queste premesse, delle quali il provvedimento tiene ben conto, ammettere il diritto di prelazione dell'affittuario è una soluzione pressoché obbligata, visto che la stessa legge (v. art. 3.4. l. 23 luglio 1991, n. 223) espressamente lo prevede (in tal senso, Cass., 15 febbraio 2008, n. 3787, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 2033, con nota di Petrucco Toffolo, *La prelazione* dell'affittuario d'azienda nel fallimento; Cass., 11 febbraio 2004, n. 2576, in *Giust. civ.*, 2005, I, 503, con nota di Cultrera, *Prelazione volontaria e fallimento: la cassazione ad una svolta decisiva,* la quale attribuisce all'affittuario il diritto di esercitare la prelazione solo dopo che sia stata superata la fase dell'aggiudicazione, senza alcun intralcio delle altre fasi relative alla vendita, sulla base del prezzo raggiunto in via definitiva nel corso dell'asta pubblica; Cass., 10 febbraio 1999, n. 1124, in *Rep. Foro it.,* 1999, voce *Fallimento*, n. 759, con riferimento a un diritto di prelazione attribuito all'affittuario di azienda che abbia stipulato il contratto di affitto dopo l'apertura della procedura fallimentare, che correttamente attribuisce la legittimazione all'esercizio della prelazione alla necessaria sussistenza della detta qualità nel momento in cui il diritto stesso viene esercitato; Trib. Vigevano, 13 luglio 1981, in *Foro it.*, 1982, I, 1412, in *Riv. giur. edil.,* 1982, I, 675).

Secondo Cass., 22 marzo 1999, n. 2649, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce *Fallimento,* n. 755, la vendita prevista dall'art. 106 l. fall. è caratterizzata dall'utilizzazione di un atto di autonomia privata, quale la vendita, per la realizzazione di un trasferimento coattivo, nell'ambito e per le finalità della

procedura concorsuale; essa è, pertanto, soggetta alla disciplina generale dei contratti, salvo che per gli aspetti più strettamente correlati alle finalità del processo esecutivo.

Ha puntualizzato Cass., 18 giugno 1997, n. 5466, in *Fallimento*, 1998, 267, in *Dir. fall.*, 1998, II, 323, che la vendita fatta ai sensi dell'art. 106 l. fall. costituisce modalità tipica del procedimento di liquidazione coattiva dell'attivo fallimentare e, pur lasciando ampi margini di discrezione al giudice delegato, non può equipararsi alla vendita volontaria; ne consegue che l'effetto reale di trasferimento del bene non è riconducibile al consenso del curatore come momento perfezionativo del contratto, ma, in ragione della natura di vendita giudiziale (espropriazione forzata), l'effetto traslativo, analogamente alla vendita all'incanto, si verifica esclusivamente con l'integrale pagamento del prezzo. Nella specie la S.C. ha cassato la sentenza del merito, la quale aveva ritenuto irrevocabile il provvedimento di aggiudicazione di beni mobili emesso dal giudice delegato, sul presupposto che la vendita si era ormai perfezionata con l'accettazione della proposta da parte del curatore.

Secondo una datata e isolata Cass., 13 gennaio 1981, n. 295, in *Foro it*., 1981, I, 689, con nota di Borré, *Vendite forzate e prelazione del conduttore urbano*, in *Giur. it*., 1981, I, 1, 736, al conduttore dell'immobile, oggetto di vendita nel fallimento del locatore, non compete, nei confronti dell'amministrazione fallimentare, il diritto di prelazione di cui all'art. 38 l. 27 luglio 1978, n. 392.

TRIBUNALE DI PERUGIA – 14 gennaio 2009, n. 27 – *G.U.* De Lisio – Consorzio Agrario Provinciale di Perugia in l.c.a. (avv. Paganelli) c. Telecom Italia S.p.A. (avv.ti Bodo e Carota).

Fornitura (contratto di) – Fornitura servizi telefonici – Cambiamento numeri – Fonoripetizione – Mancata attivazione – Mancata indicazione sull'elenco telefonico – Inadempimento – Danni – Responsabilità del fornitore – Sussistenza (c.c., artt. 1677, 1218).

Fornitura (contratto di) – Fornitura servizi telefonici – Inadempimento del fornitore – Danni – Determinazione – Indennizzo – Maggior danno – Onere della prova – Grava sul cliente – Sussistenza (c.c., artt. 1677, 1218; D.M. 8 maggio 1997, n. 197).

Nel caso in cui un utente del servizio di telefonia fissa abbia richiesto l'installazione del servizio a banda larga e, per ragioni tecniche, siano stati modificati i numeri telefonici relativi all'utenza senza che sia stato attivato il servizio di fonoripetizione, e i relativi numeri non siano comparsi nell'elenco telefonico, sussiste la responsabilità per inadempimento contrattuale dell'ente fornitore che è tenuto a risarcire il danno causato (1).

Nel caso in cui un utente del servizio di telefonia fissa abbia richiesto l'installazione del servizio a banda larga e, per ragioni tecniche, siano stati modificati i numeri telefonici relativi all'utenza senza che sia stato attivato il servizio di fono ripetizione, e i relativi numeri non siano comparsi nell'elenco telefonico, sussiste la responsabilità per inadempimento contrattuale dell'ente fornitore che è tenuto a risarcire il danno causato la cui entità deve essere provata dall'utente danneggiato secondo le regole ordinarie, dovendo essere limitato, in difetto, all'indennizzo previsto dal decreto ministeriale in materia, non essendo ipotizzabile una determinazione equitativa che si risolverebbe in una arbitraria valutazione sganciata da elementi di fatto (2).

(*Omissis*). Con atto di citazione notificato in data 2.11.1999 il Consorzio Agrario Provinciale di Perugia in lca, in persona del commissario liquidatore conveniva in giudizio la Telecom Italia spa deducendo che quest'ultima, quale fornitrice del servizio di telefonia fissa, si era resa responsabile di varie inadempienze contrattuali, chiedendone dunque la condanna alla corresponsione dell'indennizzo di cui all'art. 41 del D.M. n. 197/97, oltre alla attivazione delle misure riparatorie dalla stessa norma previste nonché la condanna al risarcimento del danno patrimoniale subito nella misura complessiva di € 64.557,10 o in quella maggiore o minore risultante in corso di causa. In particolare, deduceva l'attore che, a seguito della richiesta dell'installazione del sistema ISDN sulle proprie linee telefoniche, la Telecom aveva modificato i numeri telefonici per ragioni tecniche e non aveva attivato il servizio di fonoripetizione richiesto ed inoltre non aveva inserito i nuovi numeri delle agenzie di Gubbio e di Magione nell'elenco telefonico dell'anno 1999, mentre per le agenzie di Marsciano e Petrignano di Assisi i numeri inseriti erano in realtà non più attivi, il tutto dunque in violazione degli artt. 5 e 6 del D.M. 197/97.

Si costituiva ritualmente la Telecom Italia spa, contestando integralmente le istanze attoree perché infondate in fatto e in diritto, chiedendone il rigetto e comunque offrendo, *banco iudicis*, a definizione della vertenza la somma di € 552,800 a titolo di indennizzo *ex* art. 41 D.M. 197/1997 (*omissis*).

Le domande sono solo in parte fondate e vengono accolte nei termini che seguono. Ritiene, innanzitutto, il Tribunale che la richiesta

formulata da parte attrice di passare dalla linea telefonica RTG alla linea ISDN non implicava affatto conseguente richiesta di cambio del numero telefonico da parte dell'utente, avendo questi soltanto interesse a potenziare, quale società commerciale, le linee telefoniche della sede centrale e delle agenzie periferiche. È evidente, invece, che il cambio dei numeri telefonici si imponeva alla Telecom che, per fornire il servizio offerto all'utente, per ragioni tecniche specificate anche dai testi escussi, doveva necessariamente attestarli alla diversa centrale telefonica. Conseguentemente il gestore avrebbe dovuto garantire all'abbonato, *ex* art. 5 D.M. 197/97 l'attivazione di un fonoripetitore gratuito: la mancata attivazione dei fonoripetitori in questione è comprovata dalle missive inviate alla Telecom da parte attrice e versate in atti, mentre nessuno dei testi indotti dalla convenuta ne ha confermato l'effettiva attivazione.

Risulta pacificamente dalla documentazione prodotta e, in particolare, dalle copie degli elenchi telefonici del 1999, che in essi non compare affatto l'agenzia di Magione, mentre l'agenzia di Gubbio compare con un solo numero, quello precedente al cambio di numerazione, quindi non attivo e sul quale non è risultato essere stato attivato il fonorisponditore, le agenzie di Marsciano e Petrignano compaiono con due numeri inattivi, perché antecedenti al cambio numero, sui quali non è risultato essere stati attivati i fonorisponditori. I testi Chiacchiera, Becchetti e Sollevanti, responsabili delle agenzie, hanno confermato tali circostanze, evidenziando che, per l'attività commerciale svolta dalla Cooperativa e dalle agenzie, la maggior parte degli ordini avvenivano a mezzo telefono e che la mancanza dei nuovi numeri sugli elenchi telefonici aveva certamente causato un danno di immagine ed economico, con perdita di possibili clienti.

Ritiene il Tribunale che l'omessa attivazione dei fonoripetitori, l'omesso inserimento nell'elenco telefonico del nominativo dell'utente (agenzia di Magione) e l'erroneo inserimento degli altri numeri telefonici costituisce inadempimento cui è certamente conseguito un danno all'utente indennizzabile *ex* art. 41 del D.M. 197/97. Quanto al maggior danno asseritamente subito dall'attore, pur dovendosi ritenere che esso, in quanto svolgente attività commerciale, possa aver subito uno sviamento di clientela o una lesione alla capacità di guadagno e di acquisto di nuova clientela, non è stato fornito alcun elemento di prova circa la sua quantificazione dal quale il giudice possa ricavare elementi di valutazione anche per addivenire ad una liquidazione in via equitativa, dovendosi esprimere in tal caso non un giudizio di equità, ma un giudizio di diritto caratterizzato, secondo la giurisprudenza, dalla c.d. equità giudiziale correttiva o integrativa.

Parte attrice avrebbe dovuto, dunque, fornire congrui ed idonei elementi al riguardo che avrebbero potuto essere valorizzati dal giudice

per la predetta liquidazione, quali i bilanci societari relativi agli anni precedenti al 1999 (onde verificare in concreto il fatturato della società, il cui ammontare è stato solo asserito e non provato in sede di comparsa conclusionale) e quelli relativi agli anni immediatamente successivi, ovvero alla tipologia di attività commerciale in concreto esercitata ed alla percentuale di incidenza sul suo svolgimento dell'utilizzo delle linee telefoniche per effettuare ordinativi o alla percentuale di "calo" degli ordinativi in questione in conseguenza dei fatti addebitati alla Telecom. In mancanza di tali elementi, che potevano e dovevano essere forniti da parte attrice, non vi è spazio per una determinazione equitativa del danno da parte del giudice, risolvendosi essa altrimenti in una arbitraria valutazione sganciata da ogni elemento di fatto (*omissis*).

(1-2) Occorre preliminarmente tener presente che, secondo Cass., 30 settembre 2008, n. 24334, in *Rep. Foro it*., 2008, voce *Telefono e telecomunicazioni*, n. 40, "le controversie tra utenti e gestori dei servizi di telefonia che, ai sensi dell'art. 1, 11º comma, l. 31 luglio 1997, n. 249, debbono essere precedute a pena di improponibilità dal tentativo di conciliazione dinanzi al Corecom, competente per territorio, sono non soltanto quelle concernenti l'adempimento delle obbligazioni scaturenti dal contratto di utenza telefonica, ma anche quelle nelle quali si controverta sull'esistenza stessa di tale contratto". Conf. Trib. Perugia, 10 giugno 2004, in questa *Rivista*, 2005, 87, con nota di Mezzasoma, *Accesso alla giustizia e tutela del consumatore o utente: su di una fattispecie in cui vi è l'obbligo di esperire preventivamente il tentativo di conciliazione in sede non giurisdizionale* (in tema di telecomunicazioni la domanda di risarcimento danni, per inadempimenti di carattere contrattuale, avanzata da un utente direttamente in sede giurisdizionale è improponibile, essendovi l'obbligo legale di esperire un preventivo tentativo di conciliazione); Giud. pace Bologna, 29 aprile 2004, in *Giur. it*., 2006, 1849.

Circa la prima massima non constano, in realtà, precedenti specifici, ma il principio affermato dal giudice perugino si può considerare corretta applicazione delle norme dettate in tema di adempimento contrattuale. Secondo Cass., 15 luglio 1980, n. 4537, in *Foro it*., 1981, I, 122, in *Giur. it*., 1981, I, 66, in *Resp. civ. prev*., 1981, 409, l'art. 25, 3º comma, del regolamento per il servizio telefonico, approvato con d.m. 11 novembre 1930, che esclude la responsabilità della società concessionaria in caso di omissioni o di errori di numeri, diciture, qualifiche, titoli, indirizzi, ecc. nella pubblicazione dell'elenco ufficiale degli abbonati al telefono, non esonera la società da responsabilità per il caso di omessa inserzione dell'utente nell'elenco. Qualche riferimento in Trib. Roma, 1° giugno 1994, in *Dir. inf. e inform*., 1995, 682, secondo il quale "attesa l'attualità e la irreparabilità del danno conseguente alla mancata pubblicazione sull'elenco degli abbonati al telefono e sulle «pagine gialle» del nuovo numero di telefono di una impresa e la possibilità di sviamento

di clientela va confermato il provvedimento cautelare con il quale si ordina al concessionario del servizio telefonico di attivare un disco automatico che segnali i nuovi numeri telefonici e la stampa di diecimila cartoncini con i nuovi numeri". Sulla responsabilità della compagnia telefonica per servizi mai attivati, v. Giud. pace Catanzaro, 22 luglio 2008, ovvero arbitrariamente disattivati, v. Giud. pace Bari, 27 marzo 2009, entrambe in *altalex*.

Corretta, altresì, la seconda massima, nel senso che, in caso di mancata fornitura della prova del maggior danno, gravante peraltro sull'utente – come evidenzia l'estensore che prospetta varie modalità di determinazione del danno – a costui deve essere risarcito solo l'indennizzo previsto dall'art. 41 D.M. 8 maggio 1997, n. 197 (*Omissioni/errori nell'elenco telefonico* – "1. In caso di errore nell'inserimento del numero telefonico o del nominativo dell'abbonato nell'elenco alfabetico degli abbonati della rete urbana di appartenenza, il gestore, salvo casi di dimostrata impossibilità tecnica, offrirà per due mesi e gratuitamente un servizio vocale di segnalazione del numero corretto e corrisponderà un indennizzo pari a due mensilità dell'importo del canone di abbonamento vigente al momento della liquidazione. Nel caso di errore nell'indirizzo il gestore ne fornirà gratuitamente l'indicazione corretta attraverso il servizio di informazione abbonati. 2. In caso di omissione nell'inserimento dell'abbonato nell'elenco alfabetico degli abbonati della rete urbana di appartenenza, il gestore corrisponderà un indennizzo pari a quattro mensilità del canone di abbonamento vigente al momento della liquidazione e si impegna e fornire, gratuitamente per novanta giorni, l'indicativo del numero telefonico omesso attraverso il servizio Informazioni Abbonati 12. Ove ne ricorrano le condizioni, resta salvo il diritto dell'utente al risarcimento dell'eventuale maggior danno subito").

Viene infatti escluso, un risarcimento in via equitativa che sconfinerebbe, secondo la sentenza, in una possibile valutazione arbitraria perché mancano al giudice gli strumenti per procedere in modo corretto alla esatta valutazione del danno subito, che non difettano, invece, alla società danneggiata.

Deve peraltro osservarsi che alcuni precedenti ammettono la possibilità di quantificare il danno in via equitativa. Secondo Trib. Milano, 24 novembre 2005, in *Giur. it*., 2006, 1849, con nota di Bulgarelli, *Se mi lasci ti cancello - Il danno da mancata inclusione negli elenchi telefonici,* "è del tutto ragionevole ipotizzare che le incomplete indicazioni riportate sugli elenchi che abbiano influito negativamente sull'attività di un professionista – più difficilmente identificabile e quindi rintracciabile – determinando una flessione della sua clientela; l'entità di tale danno da lucro cessante va necessariamente valutata in via equitativa, in considerazione dell'impossibilità per l'attore di fornire prova rigorosa della perdita dei potenziali clienti". Anche Giud. pace Ascoli Piceno, 18 maggio 2006, in *Dir. e lav. Marche*, 2006, 325, ha stabilito che l'erronea attribuzione ad una trattoria nell'elenco telefonico di un numero corrispondente ad utenza privata, comporta lo sviamento della clientela, con conseguente diritto al risarcimento del danno da valutarsi in via equitativa.

TRIBUNALE DI PERUGIA – 14 gennaio 2009, n. 31 – *G.U.* LUPO – B. e altri (avv. Gambuli) c. Presidenza del Consiglio dei Ministri della Repubblica Italiana (avv. Stato).

Responsabilità civile – Direttiva CE non autoesecutiva – Ritardato recepimento nell'ordinamento italiano – Danno c.d. normativo – Specializzandi Facoltà di Medicina – Mancato percepimento stipendi – Responsabilità dello Stato italiano – Sussistenza (d.lgs. 8 agosto 1991, n. 257; c.c., art. 2043).

Il mancato, tempestivo recepimento, da parte dello Stato italiano, di una Direttiva CE non autoesecutiva che preveda una remunerazione per i laureati in medicina e chirurgia che frequentino un corso di specializzazione, comporta che costoro, con onere probatorio a loro carico, abbiano diritto al risarcimento del danno, commisurato al compenso per l'attività di formazione specialistica svolta, costituendo il comportamento dello Stato italiano – che solo nel 1991 ha recepito nell'ordinamento interno la direttiva comunitaria n. 76 del 1982 – un fatto illecito produttivo del c.d. "danno normativo" (1).

(*Omissis*). Con atto di citazione ritualmente notificato B.G., M.G. e P.S. esponevano:

di essere laureati in medicina e chirurgia;

di aver frequentato un corso di specializzazione medica presso l'Università degli Studi di Perugia negli anni dal 1985-1991 conseguendo alla fine dei quattro anni di corso la specializzazione medica in "Igiene e Medicina Preventiva";

di non aver potuto usufruire dell'adeguata remunerazione prevista dalla normativa comunitaria avendo concluso la specializzazione prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 257/91 in attuazione della direttiva CEE n. 82/76.

Ciò esposto citavano dinanzi a questo Tribunale la Presidenza del Consiglio dei Ministri dello Stato italiano per sentir riconoscere il loro diritto al risarcimento dei danni, quantificabile nella somma corrispondente alla remunerazione prevista dal d.lgs. 257/91 per l'attività di formazione svolta, causato loro dal ritardo dello Stato italiano nel dare esecuzione alla direttiva CEE n. 82/76 e conseguentemente sentirla condannare al pagamento delle somme specificate in epigrafe.

Si costituiva la Presidenza del Consiglio dei ministri eccependo la prescrizione del diritto al risarcimento vantato dagli attori; nel merito chiedeva il rigetto della domanda per l'insussistenza delle condizioni richieste per l'immediata applicabilità delle direttive comunitarie in

argomento. In particolare parte convenuta evidenziava che la possibilità per gli specializzandi dell'epoca di esercitare la libera professione contestualmente alla frequentazione dei corsi, giustificava il mancato riconoscimento di un trattamento economico spettante solo a cominciare dall'anno 1991-1992, allorché con il d.lgs. 257/91 venne imposta agli specializzandi l'esclusiva dedizione all'attività formativa (*omissis*).

Il legislatore comunitario nel 1982 emana una direttiva comunitaria (n. 76) con cui viene riconosciuta ai medici specializzandi, nei vari Stati membri dell'UE, il diritto di essere indennizzati per l'espletamento di attività nell'ambito delle strutture sanitarie di riferimento. Trattasi di direttiva c.d. non autoesecutiva, sia perché non contiene alcuna indicazione circa l'identità dell'istituzione sulla quale grava l'obbligo del pagamento della remunerazione, sia perché non chiarisce che cosa debba intendersi per adeguata remunerazione e non fornisce metodi di determinazione di tale remunerazione.

Il legislatore italiano ha recepito la direttiva n. 76 del 1982 soltanto con la normativa di cui al d.lgs. 257/1991 con cui si attribuisce agli specializzandi, per il periodo posteriore al 1991, il diritto di godere di emolumenti per l'attività prestata durante i relativi corsi.

Nel presente giudizio gli attori, sul presupposto di una disparità di trattamento economico tra i medici specializzandi prima e dopo il 1991, chiedono che venga riconosciuto nei loro confronti il diritto al risarcimento del danno, commisurato al compenso per l'attività svolta di formazione specialistica prevista dalla normativa vigente, costituendo il comportamento dello Stato italiano – che solo nel 1991 ebbe a recepire nell'ordinamento interno la direttiva comunitaria n. 76 del 1982 – un fatto illecito *ex* art. 2043 c.c. produttivo del c.d. "danno normativo".

Per quanto riguarda l'eccezione di prescrizione svolta dalla parte convenuta, va rilevato che l'applicazione dell'istituto della prescrizione va coordinato con la norma di cui all'art. 2935 c.c. secondo cui la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere.

Orbene, nel caso in esame non può trovare applicazione l'istituto della prescrizione giacché, fino a quando nel diritto italiano non verrà introdotta una norma giuridica specifica che riconosca una remunerazione a coloro che hanno frequentato le scuole di specializzazione nel periodo fra il 1982 e il 1991, si dovrà fare riferimento al principio, emergente a sua volta dalla giurisprudenza europea, secondo cui "finché una direttiva non sia correttamente trasposta nell'ordinamento nazionale, i singoli non sono in grado di acquisire piena conoscenza dei loro diritti, onde, fino al momento in cui abbia luogo l'esatta trasposizione della direttiva, lo Stato inadempiente non può eccepire la tardività di un'azione giudiziaria avviata nei confronti dello stesso da un singolo a tutela dei diritti che le disposizioni di tale direttiva gli riconoscono, e solo da tale

momento può decorrere un termine incidente sulla proponibilità di una domanda nell'ambito dell'ordinamento statuale (cfr. Corte d'appello di Genova 26.9.2006-4.6.2007).

A tal proposito va anche richiamata l'attenzione sulla decisione del Consiglio di Stato in data 30.3.2004 n. 4945, pronunciata in ordine al diritto degli specializzandi del periodo 1983/1991 a ricevere la borsa di studio nella misura e alle condizioni di cui all'art. 11 della l. n. 370/1999, che ha espressamente disatteso l'assunto dell'amministrazione secondo il quale "in difetto di atti interruttivi il diritto a percepire somme sostitutive dell'adeguata remunerazione previsto dalle direttive CEE dovrebbe ritenersi soggetto alla prescrizione".

Nel merito va rilevato che, *in subiecta materia*, ad un'antica impostazione secondo cui il diritto comunitario era assimilato alla legge nazionale, è succeduta una svolta con l'affermazione dell'efficacia obbligatoria e la diretta applicabilità dei regolamenti comunitari in tutti gli Stati membri, sulla base dei criteri di riparto fissati dal Trattato CEE. Anche la Corte comunitaria, con la nota sentenza Simmenthal, proclamava l'obbligo del giudice nazionale di garantire l'applicazione del diritto comunitario anche previa disapplicazione del diritto nazionale, ove con quello contrastante, senza dover attendere un qualsiasi intervento del legislatore nazionale. È questo il principio della preminenza dei regolamenti comunitari sulle norme del diritto interno dei singoli Stati, principio ripreso e nuovamente affermato dalla Corte costituzionale con le sentenze 8.6.1984 n. 170 e 23.4.1985 n. 113.

Orbene, la Corte di Giustizia con la sentenza 19.11.1991 resa nelle cause riunite C-6/90 e C-9/90 Francovich-Bonifaci c. Repubblica Italiana, dopo aver negato l'efficacia immediata della direttiva non autoesecutiva per la quale lo Stato membro non abbia tempestivamente adottato i provvedimenti attuativi, ha però enunciato l'ulteriore principio secondo cui lo Stato in siffatta ipotesi è obbligato al risarcimento del danno al singolo allorché si verifichino le seguenti condizioni: a) che la direttiva preveda l'attribuzione di diritti ai singoli; b) che tali diritti possano essere individuati in base alle disposizioni della direttiva; e) che sussista il nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo a carico dello Stato e il pregiudizio subito dal soggetto leso. La Corte ha altresì affermato che l'obbligo di risarcire tale danno trova il suo fondamento negli artt. 5 e 189 del Trattato CEE, dai quali esso discende in conseguenza della violazione del diritto comunitario.

I suddetti principi sono stati nuovamente affermati dalla Corte di Giustizia con le sentenze successive, rese in data 5.3.1996 nella causa C-393/93 (British tel.) e in data 8.10.1996 nelle cause riunite C-179/94, G1 88/94, C-189/94 e C-190/94 (Dillenkofer e altri).

Consegue da ciò la risarcibilità del danno subito dagli attori in con-

seguenza di violazione di norme comunitarie da parte del legislatore per la mancata attuazione di direttiva non autoesecutiva, in ambedue le ipotesi di lesione di un diritto soggettivo o di un interesse legittimo (cfr. Cass. n. 7630 del 2003).

Passando alla quantificazione del risarcimento dovuto può farsi riferimento all'importo di L. 11.447.000 per ciascun anno di frequentazione del corso di specializzazione, ammontare previsto dal decreto ministeriale del MURST 14.3.2000 che determina in tale misura il compenso dovuto per il tempo ridotto, in difetto di elementi di prova forniti dagli attori in merito ad un'eventuale frequentazione a tempo pieno del corso di specializzazione. A tal proposito si osserva che non può ritenersi provata una frequentazione a tempo pieno del corso di specializzazione sulla base dell'autocertificazione degli stessi istanti.

Pertanto la Presidenza del Consiglio dei Ministri dello Stato italiano dovrà essere condannata al pagamento in favore degli attori della somma di € 5.911,88 per ogni anno di corso di specializzazione in Igiene e Medicina Preventiva dagli stessi attori frequentato presso l'Università degli Studi di Perugia, oltre rivalutazione in base agli indici Istat (stante la natura di debito di valore del risarcimento del danno) e con gli interessi di legge sulla somma via via annualmente rivalutata (*omissis*).

(1) La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario.

1. Con la sentenza in commento il Tribunale di Perugia affronta le problematiche della responsabilità civile dello Stato per il c.d. illecito comunitario dello Stato, nel caso di specie derivante dalla omessa o tardiva attuazione di una direttiva comunitaria nell'ordinamento interno.

La direttiva di cui si lamenta la tardiva ed incompleta trasposizione è, nel caso di specie, quella del Consiglio 26 gennaio 1982, n. 82/76/CEE, in tema di coordinamento delle norme nazionali per la formazione e l'esercizio della professione medica e reciproco riconoscimento dei titoli abilitativi. Tale atto, imponendo l'istituzione di corsi formativi a tempo pieno ai fini del riconoscimento reciproco dei diplomi, certificati ed altri titoli di medico specialista, riconosce al medico specializzando che vi si dedichi il diritto ad una adeguata remunerazione.

Ai sensi della predetta direttiva, le misure attuative necessarie per adeguarsi alla stessa dovevano essere adottate dagli Stati membri entro e non oltre il 31 dicembre 1982. Lo Stato italiano, tuttavia, vi ha dato attuazione solamente con il d.lgs. 8 agosto 1991, n. 257, dettando disposizioni applicabili a decorrere dall'anno accademico 1991-1992.

Gli attori, quindi, allegando di essere laureati in medicina e chirurgia e di aver frequentato negli anni 1985-1991 un corso di specializzazione

presso l'Università di Perugia, lamentano di non aver potuto usufruire della adeguata remunerazione prevista dalla citata direttiva, avendo concluso il corso di specializzazione prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 257/1991, e convengono perciò in giudizio lo Stato italiano per veder riconoscere il loro diritto al risarcimento dei danni subiti in conseguenza della tardiva, e comunque inesatta, trasposizione della direttiva comunitaria.

2. L'illecito comunitario dello Stato per omessa o tardiva trasposizione di una direttiva, richiama il più ampio tema della responsabilità dello Stato membro per i danni causati ai singoli in conseguenza di ogni comportamento contrario al diritto comunitario [1].

L'innovativa affermazione della responsabilità statale compare per la prima volta nella sentenza resa dalla Corte di Giustizia della CE nel caso *Francovich* [2]. Tale responsabilità trova il proprio fondamento nei principi di effettività del diritto comunitario e di tutela dei diritti da questo riconosciuti, che sarebbe diminuita se ai singoli non fosse riconosciuta un'azione risarcitoria volta a rimediare alla lesione di tali diritti causata da violazioni del diritto comunitario ad opera di uno Stato membro, specialmente quando la norma comunitaria non sia dotata di efficacia diretta e i singoli non possano far valere i loro diritti di fronte al giudice nazionale. Si tratta, quindi, di un principio di responsabilità inerente al sistema stesso del Trattato e imposto dal diritto comunitario, al quale spetta la definizione degli elementi costitutivi dell'illecito.

Nel caso *Francovich* citato, la Corte affronta l'ipotesi della responsabilità dello Stato membro per mancata o tardiva attuazione di direttiva comunitaria, in violazione degli artt. 5 e 249 CE, affermando che l'obbligo risarcitorio a carico dello Stato emerge in presenza di tre distinte condizioni: *a*) che il risultato prescritto dalla direttiva implichi l'attribuzione di diritti a favore dei singoli; *b*) che il contenuto di tali diritti possa essere individuato sulla base delle disposizioni della direttiva medesima; *c*) che sussista un nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo a carico dello Stato e il danno subito dai soggetti lesi.

Con la successiva sentenza *Brâsserie du Pecheur* e *Factortame* [3], la Corte prosegue nell'elaborazione dell'istituto. In particolare, la Corte amplia notevolmente la portata del principio, riconoscendo come costituisca fonte di responsabilità ogni infrazione del diritto comunitario commessa da uno

---

[1] Ampiamente, Saggio, *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in *Danno e resp.*, 2001, 3, 223; Scoditti, *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, *ivi*, 2005, 1, 5.

[2] Corte giust. CE, 19 ottobre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, in *Foro it.*, 1992, IV, 145, con note di Barone e Pardolesi, *Il fatto illecito del legislatore* e Ponzanelli, *L'Europa e la responsabilità civile*.

[3] Corte giust. CE, 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/96, in *Foro it.*, 1996, IV, 185.

Stato membro, senza che rilevi la circostanza che la violazione da cui ha avuto origine il danno sia imputabile al potere legislativo, esecutivo o giudiziario. E tale responsabilità opera anche qualora la norma comunitaria sia dotata di efficacia diretta negli ordinamenti interni, poiché tale efficacia costituisce una garanzia minima e di per sé non sufficiente ad assicurare la piena applicazione del Trattato.

Sotto il profilo dei presupposti della responsabilità, il giudice sovranazionale chiarisce come, nei settori nei quali il diritto comunitario pone al legislatore nazionale obblighi di risultato o di condotta o di astensione, non lasciando a questo alcun margine di valutazione, la semplice violazione di tali obblighi comporta il sorgere della responsabilità. Qualora lo Stato membro legiferi invece in un settore nel quale il diritto sovranazionale gli conferisce un ampio potere discrezionale, questa può sorgere solo se si accerti una violazione grave e manifesta dei limiti posti dal diritto comunitario a tale discrezionalità, nel concorso delle condizioni individuate in precedenza, senza che il diritto al risarcimento possa essere subordinato all'accertamento di una condotta dolosa o colposa dell'organo statale.

Ultimo tassello del sistema di responsabilità statale è posto dalla Corte con le sentenze *Köbler* [4] e *Traghetti del Mediterraneo* [5], che estendono espressamente l'obbligo di risarcimento dello Stato membro ai danni cagionati da violazioni gravi e manifeste del diritto comunitario imputabili ad un organo giurisdizionale, anche se di ultima istanza.

Mentre la definizione degli elementi costitutivi dell'illecito comunitario dello Stato è integralmente rimessa alla fonte sopranazionale, la Corte di Giustizia è costante nell'affermare che è invece nell'ambito delle norme del diritto nazionale relative alla responsabilità che lo Stato è tenuto a riparare le conseguenze del danno arrecato. In mancanza, infatti, di una disciplina comunitaria uniforme, spetta all'ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro designare il giudice competente e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali volti a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario. Ciò, tuttavia, alla duplice condizione che tali modalità non siano meno favorevoli di quelle garantite ad analoghi ricorsi puramente interni (principio di equivalenza) e che non rendano praticamente impossibile od eccessivamente difficoltoso l'esercizio del diritto al risarcimento (principio di effettività).

---

[4] Corte giust. CE, 30 settembre 2003, causa C-224/01, in *Foro it.*, 2004, IV, 4, con nota di Scoditti, *Francovich presa sul serio: la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale*.

[5] Corte giust. CE, 13 giugno 2006 (grande sezione), causa C-173/03, in *Foro it.,* 2006, IV, 417, con note di Scoditti, *Violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale: illecito dello stato e non del giudice*, Palmieri, *Corti di ultima istanza, diritto comunitario e responsabilità dello stato: luci ed ombre di una tendenza irreversibile* e Giovannetti, *La responsabilità civile dei magistrati come strumento di nomofilachia? Una strada pericolosa*.

3. Il percorso argomentativo seguito dal Tribunale perugino mette chiaramente in luce il duplice livello, comunitario e nazionale, in cui si articola la disciplina dell'illecito comunitario dello Stato, secondo il riparto di competenze disegnato dalla giurisprudenza sopra ricordata. La parte motiva prende innanzitutto avvio dal pacifico accertamento della tardiva ed incompleta trasposizione della Direttiva n. 82/76/CEE da parte dello Stato italiano, avvenuta solo a partire dagli anni accademici 1991-1992 con il citato d.lgs. 257/1991.

In questa prima parte della sentenza, il giudice si preoccupa altresì di chiarire come ci si trovi di fronte ad una direttiva non dotata di efficacia diretta nell'ordinamento interno, appartenente perciò al novero delle direttive c.d. non autoesecutive. Secondo la consolidata giurisprudenza comunitaria, infatti, è possibile riconoscere efficacia diretta ad una direttiva non trasposta solo laddove le sue disposizioni siano dotate di sufficiente precisione e chiarezza e non siano condizionate ad un'ulteriore attività normativa, in maniera tale da poter essere direttamente invocate di fronte al giudice nazionale.

Come tuttavia ha avuto modo di chiarire la stessa Corte di Giustizia nei casi *Carbonari* [6] e *Gozza* [7], e come conviene anche il Tribunale di Perugia, le disposizioni della Direttiva n. 82/76/CEE in merito alla adeguata remunerazione degli specializzandi non rivestono tali caratteri, sia perché non contengono alcuna indicazione circa l'istituzione obbligata al pagamento della remunerazione, sia perché non chiariscono cosa debba intendersi per remunerazione adeguata e non forniscono criteri di determinazione della stessa.

Trattandosi quindi di direttiva non autoesecutiva, unica tutela a disposizione degli attori è quella del risarcimento dei danni ad essi cagionati dallo Stato inadempiente all'obbligo di trasposizione.

Seguendo l'ordine logico delle questioni, il giudice passa quindi all'esame dell'eccezione di prescrizione del diritto al risarcimento del danno, sollevata dallo Stato italiano. Affiora in questa parte della sentenza il complesso problema della individuazione della disciplina applicabile agli aspetti procedurali dell'azione di risarcimento da illecito comunitario dello Stato, disciplina che deve essere rinvenuta nel diritto nazionale, ma non può condurre ad esiti volti a pregiudicare l'effettività del diritto comunitario.

Nel caso di specie, si pone il problema della individuazione del *dies a quo* del termine quinquennale di prescrizione del diritto al risarcimento. Il Tribunale perugino mostra chiaramente di avvertire come consentire il decorso del termine di prescrizione, nel quadro di incertezza giuridica creato dalla mancata trasposizione della direttiva, si rivelerebbe una soluzione di

---

[6] Corte giust. CE, 25 febbraio 1999, causa C-131/97, in *Racc.,* 1999, I-01103.
[7] Corte giust. CE, 3 ottobre 2000, causa C-371/97, in *Foro it.*, 2001, IV, 69.

dubbia compatibilità con il principio di effettività, oltre che un agevole *escamotage* per lo Stato inadempiente per sottrarsi alle proprie responsabilità, ed adotta perciò una soluzione di massima tutela per gli interessati.

Dopo aver richiamato la norma dell'art. 2935 c.c., secondo la quale il termine prescrizionale comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere, Il giudice applica tale disposizione congiuntamente ad un criterio tratto ancora una volta dalla giurisprudenza comunitaria. È il criterio, in particolare, enunciato dalla Corte di Giustizia nel caso *Emmott* [8], secondo il quale, fino a quando una direttiva non è correttamente trasposta nel diritto nazionale, i singoli non sono messi nella condizione di avere piena conoscenza dei loro diritti; per tale motivo e fino alla completa attuazione dell'atto comunitario, lo Stato membro inadempiente non può eccepire la tardività di un'azione giudiziaria avviata nei suoi confronti da un singolo al fine della tutela dei diritti che ad esso riconoscono le disposizioni della direttiva e il termine di ricorso diritto nazionale può cominciare a decorrere solo da tale momento.

4. La sentenza del Tribunale perugino mostra in sostanza un esempio di applicazione di un istituto peculiare ed innovativo.

Peculiare, come si è già accennato, per la pluralità di livelli in cui si articola la sua disciplina. Non a torto, è stato definito un illecito "interfacciale", né compiutamente comunitario, né compiutamente nazionale, ma derivante piuttosto dal reciproco adattamento e riconoscimento fra queste due fonti, in virtù del quale la responsabilità di fonte comunitaria trova la propria attuazione nei limiti della disciplina interna, ma quest'ultima dovrà comunque rispettare uno standard comunitario minimo di tutela, alla luce dei principi di equivalenza ed effettività. In tale processo di compenetrazione, i giudici nazionali non fanno più applicazione puramente e semplicemente dell'art. 2043 c.c., ma di un istituto che è in realtà la risultante di una interconnessione tra fonte comunitaria e fonte nazionale [9].

Sotto tale profilo, la sentenza perugina si allinea alle posizioni più aperte già espresse dalla Corte di Cassazione [10]. Un altro indirizzo della giurisprudenza di legittimità continua invece a trincerarsi dietro la tradizionale concezione della funzione legislativa quale espressione di potere politico libero nei fini e sottratta al sindacato giurisdizionale, a fronte della quale non possono quindi configurarsi situazioni giuridiche soggettive protette dei singoli la cui lesione possa dare origine ad un illecito ai sensi dell'art. 2043 c.c. [11].

---

[8] Corte giust. CE, 25 luglio 1991, causa C-208/90, in *Foro it.*, 1993, IV, 324.

[9] Scoditti, *La responsabilità*, cit., 12.

[10] Cass., 16 maggio 2003, n. 7630, in *Foro it.*, 2003, I, 2015, con nota di Scoditti, *Ancora sull'illecito dello stato per mancata attuazione di direttiva comunitaria* e Cass., 12 febbraio 2008, n. 3283, in *Giur. it.*, 2008, 1379.

[11] Cass., sez. lav., 11 ottobre 1995, n. 10617, in *Foro it.*, 1996, I, 503; Cass., 16 maggio 2003, n. 7630, cit.

Sul punto può accennarsi alla recentissima presa di posizione della Suprema Corte, a sezioni unite [12], tutta volta alla ricerca di una soluzione di compromesso. La pronuncia, infatti, ribadisce nuovamente il principio della insindacabilità della funzione legislativa, il cui esercizio non è suscettibile di essere qualificato come antigiuridico, affermando però, nel contempo, che il pieno adeguamento del diritto al diritto comunitario impone comunque di assicurare una congrua riparazione del pregiudizio subito dal singolo per la mancata acquisizione di un diritto discendente dal diritto comunitario. Si tratterebbe perciò di un'obbligazione *ex lege* dello Stato inadempiente di natura indennitaria per attività non antigiuridica, che i singoli possono far valere di fronte al giudice interno.

La soluzione prescelta, benché sul piano pratico porti a risultati analoghi al meccanismo risarcitorio, non convince nei presupposti teorici. Vi è infatti una contraddizione evidente: se un obbligo di adeguamento del diritto interno alla fonte sopranazionale, e di leale cooperazione con le istituzioni comunitarie, discende dal Trattato ed impone al giudice nazionale di riconoscere un indennizzo per il danno subito dal singolo per il mancato riconoscimento di una posizione giuridica soggettiva di origine comunitaria, esso a maggior ragione si impone al legislatore nazionale, chiamato in prima battuta a dare ingresso nell'ordinamento interno a tali posizioni. E se un tal obbligo si impone, la sua violazione da parte del legislatore nazionale non può che qualificarsi come illecita, al pari della violazione posta in essere da organi amministrativi o giurisdizionali.

Solo un formale, quanto oramai ingiustificato, ossequio alla tradizionale dottrina della insindacabilità della funzione legislativa impedisce quindi alle sezioni unite di riconoscere e affermare esplicitamente l'illiceità del comportamento del legislatore, lasciando però trasparire la precisa consapevolezza che obblighi di adeguamento al diritto comunitario emergano con forza e si impongano nell'ordinamento interno, la cui lesione non ammette più di essere lasciata senza forme di riparazione.

DANIELE MIGLIORATI

[12] Ined., ma reperibile sul sito *www.ilcaso.it*.

TRIBUNALE DI PERUGIA – 17 gennaio 2009, n. 37 – *G.U.* De Lisio – Microcopy Service s.r.l. (avv. Catagna) c. Z. (avv. Pierri).

Vendita – Vendita di carburante – Acqua nel serbatoio – Arresto del veicolo – Fattori esterni – Nesso causale – Onere della prova – Grava sul danneggiato – Sussistenza (c.c., artt. 1470, 1175, 1218).

Nel caso in cui, dopo aver fatto rifornimento di carburante, un automezzo si arresti all'improvviso e debba essere trainato venendo accertato, in seguito ad un immediato controllo, che nel serbatoio vi sono consistenti tracce d'acqua, il benzinaio è tenuto a risarcire il danno causato all'automezzo, essendo stata fornita la prova del suo inadempimento (nel caso di specie si è esclusa, visto che i tappi del carburante sono sigillati, la possibilità di una manomissione) (1).

(*Omissis*). Con atto di citazione notificato in data 15.10.2003 la Microcopy Service srl conveniva in giudizio Z.P., gestore dell'impianto di distribuzione di carburanti API sito sulla stradale E45 Fraz. Ponte Valleceppi di Perugia, al fine di sentirlo condannare al risarcimento del danno cagionato all'autovettura aziendale Fiat Ulisse tg. BP925CE pari a complessivi € 3.079,00, oltre interessi di mora al tasso legale dal 20.6.2003 al saldo effettivo e al pagamento delle spese di giudizio.

Deduceva la società attrice, proprietaria della predetta autovettura, di avere effettuato in data 17.3.2003, alle ore 11.35, il rifornimento di 56,24 litri di gasolio presso il suddetto impianto di distribuzione e che immediatamente dopo il rifornimento l'autovettura si era arrestata. Trainata presso l'officina SAFI Autotipo in Perugia, fraz. Ponte San Giovanni, veniva rilevata la presenza di acqua nel serbatoio dell'autovettura, con conseguente danneggiamento della stessa, essendosi resa necessaria la sostituzione della pompa di iniezione, degli iniettori e del comando indicazione livello. Evidenziava, infine, che alcun riscontro aveva avuto la contestazione formulata al convenuto con lettera raccomandata del 18.6.2003 e la contestuale richiesta di risarcimento dei danni (*omissis*).

Con comparsa di costituzione e risposta depositata in data 30.1.2004 si costituiva il convenuto, chiedendo il rigetto della domanda attrice e producendo certificazione rilasciata dalla Ma.Co.Fin. srl che attestava che il 17.3.2003 era stato effettuato un controllo dei serbatoi ove è contenuto il gasolio situati presso la stazione di servizio API e che in detti serbatoi non era stata riscontrata la presenza di acqua o di alcuna impurità (*omissis*).

Preliminarmente va rilevato che non è oggetto di contestazione la

circostanza, peraltro ampiamente documentata da parte attrice, che il conducente della autovettura aziendale Fiat Ulisse della Microcopy Service srl il 17.3.2003, alle ore 11.35 ha effettuato rifornimento di 56,24 litri di gasolio presso l'impianto di distribuzione carburanti API gestito dalla ditta Z.P. Parte attrice ha poi provato che il medesimo giorno, alle ore 14.30 circa, un carro attrezzi della Carrozzeria F.lli Pappafava snc ha trainato l'autovettura in questione dalla sede della società sino all'officina meccanica SAFI Autotipo di Ponte San Giovanni e che la mattina successiva è stata rilevata la presenza di acqua nel serbatoio del carburante, con la conseguente necessità di lavori e la sostituzione di alcune componenti dell'autovettura (cfr. dichiarazioni testimoniali rese dai testi Paolo Pappafava e Ademaro Pannacci e documenti versati in atti).

Orbene, ritiene il Tribunale che parte attrice ha adeguatamente provato che l'acqua rinvenuta nel serbatoio della vettura provenisse dal rifornimento di gasolio in questione: il guasto e l'arresto del veicolo, infatti, si è verificato certamente a distanza di poco tempo dal predetto rifornimento ed è stato incontestabilmente causato proprio dalla presenza di acqua nel gasolio (cfr. dichiarazioni rese dal Pannacci). La circostanza che l'autovettura si sia rifornita di circa 56 litri di gasolio porta, infatti, ad escludere che l'acqua possa essere stata introdotta nel serbatoio con un precedente rifornimento, che avrebbe dovuto comunque avere luogo poco tempo prima di quello in contestazione (posto che la presenza di acqua nel serbatoio di carburante provoca a breve l'arresto dell'autovettura).

Normalmente, poi, i serbatoi sono chiusi con idoneo sistema che impedisce il passaggio di acqua, o altro ed è assolutamente implausibile che l'acqua vi abbia fatto ingresso, per altre cause, mentre l'autovettura era in marcia. La circostanza che alle ore 14.00 dello stesso giorno la Ma.Co.Fin. srl ha effettuato un controllo dei serbatoi della stazione di servizio API, rilevando che in essi non vi era presenza di acqua e di impurità, non prova affatto che all'atto del rifornimento operato dall'attore alle ore 11.35 non fosse stata immessa anche acqua nel serbatoio della vettura. Il controllo, infatti, è stato effettuato a distanza di due ore e mezza dal rifornimento: inoltre né la "certificazione" prodotta (che certificazione in senso tecnico non è, trattandosi di documento di natura squisitamente privatistica e che, in ogni caso, non dà conto né delle modalità del controllo, né della percentuale di attendibilità dello stesso rispetto ai tempi di effettuazione), né le dichiarazioni dei testi escussi consentono di escludere che nel gasolio rifornito alle 11.35 vi fosse la presenza di acqua.

Da tanto consegue che il convenuto è responsabile dei danni cagionati all'attore, il cui risarcimento complessivo pari ad € 3.079,00 (spese di

traino € 180,00, gasolio € 50,00 e lavori di riparazione € 2.921,00) è stato adeguatamente provato con documenti e testimonianze (*omissis*).

(1) Vicenda sostanzialmente nuova, per quanto strano possa apparire. La giurisprudenza, infatti, si è occupata in innumerevoli occasioni della distribuzione di carburanti, ma esaminando sempre profili attinenti al diritto penale, fiscale o amministrativo.

Per qualche riferimento, v., con riguardo a una «sbruffata di gasolio» nel pozzo della benzina super, App. Roma, 18 maggio 1988, in *Foro it*., 1988, I, 1994. Sulla manomissione del meccanismo interno di impostazione automatica del prezzo, in modo da consegnare ai vari utenti una quantità di benzina inferiore a quella realmente pagata, Cass., 18 dicembre 1984, Zanollo, in *Giust. pen*., 1985, II, 481. Sull'immissione di silicio nella benzina Cass., 24 settembre 1982, Moro, in *Cass. pen*., 1983, 2087.

Dalla sentenza non si evince, tra l'altro, quali siano le norme civilistiche alle quali le parti si sono richiamate, per cui appare logico dedurne che abbiano trovato applicazione i principi di carattere generale in tema di esatto adempimento e di risoluzione del contratto.

E dunque è consentito il rinvio sia a Cass., 22 giugno 2006, n. 14431, in *Rep. Foro it*., 2006, voce *Vendita*, n. 61 (in tema di vendita, poiché la garanzia ha la funzione di eliminare lo squilibrio delle prestazioni determinato dall'inadempimento del venditore, tale rimedio, essendo rafforzativo e non sostitutivo di quello generale previsto per i contratti, opera nei limiti del ripristino della situazione anteriore alla conclusione del contratto anche in mancanza di colpa del venditore; quest'ultimo requisito è, invece, necessario allorché il compratore chieda il risarcimento integrale dei danni, in relazione al quale opera la presunzione di carattere generale prevista dall'art. 1218 c.c. in tema di inadempimento contrattuale), sia a Cass., 30 marzo 2006, n. 7561, *ivi*, 2006, *voce cit*., n. 77 (la vendita di *aliud pro alio* configura un'ipotesi di inadempimento contrattuale, diversamente dalle ipotesi di vendita di cosa affetta da vizi o mancante delle qualità promesse, che integrano la fattispecie dell'inesatto adempimento; nel primo caso al compratore spetta l'azione generale di risoluzione contrattuale per inadempimento, con conseguente rilevanza della colpa ai fini del giudizio di inadempimento, mentre negli altri casi, operando la speciale garanzia di cui agli art. 1492 e 1497 c.c., la colpa rileva soltanto ai fini dell'eventuale risarcimento dei danni).

Ha puntualizzato Cass., 7 giugno 2000, n. 7718, in *Vita not*., 2000, 1477, che l'azione di risarcimento danni proposta dall'acquirente, ai sensi dell'art. 1494 c.c., non si identifica né con le azioni di garanzia di cui all'art. 1492 c.c., né con l'azione di esatto adempimento; ed invero, mentre la garanzia per evizione opera anche in mancanza della colpa del venditore, onde eliminare, nel contratto, lo squilibrio tra le attribuzioni patrimoniali determinato dall'inadempimento del venditore, l'azione di risarcimento danni (che

presuppone di per sé la colpa di quest'ultimo, consistente nell'omissione della diligenza necessaria a scongiurare l'eventuale presenza di vizi nella cosa), può estendersi a tutti i danni subiti dall'acquirente, non solo quindi a quelli relativi alle spese necessarie per l'eliminazione dei vizi accertati, ma anche a quelli inerenti alla mancata o parziale utilizzazione della cosa, o al lucro cessante per la mancata rivendita del bene.

Secondo App. Perugia, 26 febbraio 1994, in questa *Rivista*, 1994, 308, anche nel campo della vendita di prodotti industriali di massa, in presenza di vizi occulti, presupposto necessario dell'azione risarcitoria è la colpa dell'alienante che si sostanzia nell'omissione dello sforzo diligente normalmente necessario (consistente nell'effettuare controlli periodici al fine di evitare che notevoli quantitativi di merce presentino gravi vizi di composizione), fermo restando che, verificatosi il fatto obiettivo dell'inadempimento, la predetta colpa si presume ed incombe sul venditore l'onere di fornire la prova della sua mancanza.

TRIBUNALE DI PERUGIA – 22 gennaio 2009, n. 50 – *G.O.T.* MONACELLI – P.D. e P.M. (avv. Goretti) c. P.F. e altri (avv. Marchesini).

Società – Società di persone – Società in nome di collettivo – Morte del socio – Liquidazione della quota – Domanda giudiziale – Legittimazione passiva – Società – Sussistenza (c.c., artt. 2289 e 2293).

Società – Società di persone – Società in nome di collettivo – Morte del socio – Liquidazione della quota – Determinazione del valore – Onere della prova – Grava sulla società – Sussistenza (c.c., artt. 2289 e 2293).

Società – Società di persone – Società in nome di collettivo – Morte del socio – Continuazione con gli eredi – Diniego – Liquidazione della quota – Modalità – Fattispecie (c.c., artt. 2289 e 2293).

Nella società in nome collettivo, la domanda di liquidazione della quota da parte degli eredi del socio defunto, fa valere un'obbligazione non degli altri soci, ma della società, e, pertanto va proposta nei confronti della società medesima, obbligata a provvedervi e perciò unica legittimata passiva dell'azione, senza che vi sia necessità di evocare in giudizio anche gli altri soci (1).

Nella società in nome collettivo, in caso di morte di un socio, l'onere di determinare il valore della quota da liquidare agli eredi del socio grava sulla società che è in grado, con la produzione di scritture contabili, di dimostrare quale era la situazione patrimoniale nel giorno in cui si è verificata la morte del socio e quali sono gli utili e le perdite in ordine alle operazioni in corso in quel momento (2).

Nella società in nome collettivo per il calcolo della liquidazione della quota in favore degli eredi del socio defunto deve tenersi conto della effettiva consistenza economica dell'azienda sociale all'epoca dello scioglimento del rapporto, comprendendovi anche l'avviamento, la cui valutazione non rimane assorbita in quella della licenza d'esercizio, che è un distinto elemento di potenzialità economica (3).

(*Omissis*). Con atto di citazione notificato in data 28.10.2002 P.D. e P.M. convenivano dinanzi al Tribunale di Perugia P.F., V.P., V.C. e V.L., tutti in qualità di eredi di Va.Ol., per sentire accertare in termini monetari il valore della quota del defunto socio relativa alla società Grifo Frutta I Moschettieri di P.D. &. C. snc.

- Esponevano a riguardo di aver costituito, unitamente a Va.Ol., la suddetta società con capitale sociale ripartito in parti uguali tra loro tre soci. Che in data 15.5.2001 decedeva il socio Va.Ol., per cui, quali soci superstiti, comunicavano agli eredi di non intendere proseguire nei loro confronti nel rapporto sociale con la conseguente liquidazione della corrispondente quota societaria *ex* art. 9 dello statuto sociale.

- Aggiungevano che gli odierni convenuti contestavano la quantificazione da loro compiuta di tale quota in € 10.609,95 rifiutandone l'offerta di pagamento. Si determinarono pertanto a richiedere l'accertamento giudiziale del valore della suddetta quota attese le diverse pretese di controparte.

- Instaurato il contraddittorio, si costituivano in giudizio i convenuti ribadendo l'inadeguatezza della somma che gli era stata offerta ed indicando in € 40.256,61 il valore effettivo della quota di spettanza del loro defunto congiunto.

- Chiedevano pertanto la condanna degli attori al pagamento della suddetta somma aumentata degli interessi dalla data del decesso al saldo (*omissis*).

Sembra opportuno richiamare in questa sede che nelle società di persone quale è, appunto, quella per cui è causa, l'evento della morte di un socio porta alla cessazione della qualità di socio, la quale non si trasferisce pertanto agli eredi, e determina la trasformazione *ope legis* della quota, quale insieme di diritti sociali, nel corrispondente importo pecuniario di cui diviene creditore l'erede e debitore la società.

A riguardo sembra di dover ricordare il principio secondo cui la domanda di accertamento, o di liquidazione, della quota di una società di persone da parte del socio receduto o escluso ovvero degli eredi del socio defunto, fa valere una obbligazione non dei soci ma della società medesima quale unico soggetto attivamente o passivamente legittimato. La società, anche ove abbia natura personale, è pur sempre un soggetto di diritto, titolare di un patrimonio, anche se priva di personalità giuridica. Ne consegue che nei confronti della società, e non dei singoli soci della stessa, che gli eredi del socio defunto devono promuovere le azioni per la liquidazione della quota.

- È comunque da osservare che il contraddittorio nei confronti della società può ritenersi regolarmente instaurato anche in caso in cui al giudizio partecipino tutti i suoi soci e, come nella fattispecie che ci occupa, risulta accertato attraverso l'interpretazione delle domande che l'azione è proposta dalla società per l'accertamento dell'ammontare della quota, ovvero nei confronti della società per far valere il proprio credito nei suoi confronti (Cass. 12125/06).

- Nella fattispecie il contrasto insorto tra le parti è relativo alla sola determinazione del valore della quota; naturalmente con riferimento alla data del decesso di Va.Ol.

- L'onere di provare di provare il valore della quota del socio defunto di una società di persone, ai fini della liquidazione della stessa in favore degli eredi, incombe ai soci superstiti e non agli eredi del socio, in quanto solo i soci rimasti in società, e non certo gli eredi del defunto, sono in grado, con la produzione di scritture contabili della società, di dimostrare quale era la situazione patrimoniale nel giorno in cui si è verificata la morte del socio e quali sono gli utili e le perdite in ordine alle operazioni in corso in quel momento (Cass. 5809/01).

- Sulla scorta della documentazione offerta dagli attori costituita dalle scritture contabili della società, nonché della situazione patrimoniale al 15.5.2001 il ctu, facendo corretto uso del principio secondo il quale per il calcolo della liquidazione della quota deve tenersi conto della effettiva consistenza economica dell'azienda sociale all'epoca dello scioglimento del rapporto, comprendendovi anche l'avviamento, la cui valutazione non rimane assorbita in quella della licenza d'esercizio, che è un elemento distinto di potenzialità economica (Cass. 3671/01), è giunto alla quantificazione del suddetto valore in un importo ricompreso tra € 19.444,17 (riferito agli anni 1998/2000) ed € 8.725,14 (riferito agli anni 2000/2002).

- Deve andare osservato che, in assenza di elementi certi su cui poter calcolare quello che era il valore della quota alla data intermedia e cioè quella del 15.5.2001, può ritenersi corretto il metodo suggerito dal ctu e cioè quello di giungere alla determinazione tramite il valore medio indicato in € 14.084,66.

- Quanto alla documentazione prodotta dai convenuti unitamente alla memoria istruttoria 30.3.2004, è da rilevare che nessun elemento utile potrebbe apportare ai fini per cui risulta effettuata. Nel compiere il relativo esame, nessun riscontro concreto è infatti possibile evincere in ordine alla loro riferibilità alla gestione aziendale asseritamene tenuta in via parallela a quella ufficiale.

- Inammissibile si presenta poi la prova orale articolata dai convenuti con la medesima memoria, atteso che con la stessa si giungerebbe col demandare ai testi l'interpretazione della prodotta documentazione.

- Così determinato il valore della quota di spettanza del socio deceduto, in parziale accoglimento della domanda dispiegata dai convenuti, gli attori dovranno andare condannati al pagamento in loro favore del relativo importo di € 14.084,66 aumentata degli interessi dalla domanda al saldo.

- La reciproca soccombenza costituisce ragione sufficiente per disporre la compensazione delle spese del giudizio (*omissis*).

(1-3) La liquidazione della quota agli eredi del socio defunto nella società in nome collettivo.

Il provvedimento in epigrafe ripropone un tema da sempre discusso ma sempre attuale: quello della liquidazione della quota nelle società di persone.

Dopo alcune incertezze che hanno a lungo diviso i giudici con riguardo all'individuazione del soggetto da chiamare in causa in quanto tenuto al pagamento della quota [(1)], le sezioni unite della S.C. hanno alfine chiarito che la domanda di liquidazione della quota di una società di persone, da parte del socio receduto od escluso, ovvero degli eredi del socio defunto, fa valere un'obbligazione non degli altri soci, ma della società, e, pertanto, ai sensi dell'art. 2266 c.c., va proposta nei confronti della società medesima, obbligata a provvedervi e pertanto unica legittimata passiva dell'azione, senza che vi sia necessità di convenire in giudizio anche gli altri soci [(2)].

[(1)] Trib. Perugia, 5 marzo 1979, in *Vita not*., 1980, 1296; App. Milano, 12 giugno 1990, in *Giur. it*., 1992, I, 2, 204.

[(2)] Cass., sez. un., 26 aprile 2000, n. 291, in *Foro it*., 2001, I, 247, in *Giur. comm*., 2000, II, 397, con nota di Buonocore, *La liquidazione della quota agli eredi del socio defunto e lo psicodramma della soggettività delle società di persone: un contributo positivo della corte suprema*, in *Riv. dir. impresa*, 2001, 101, con nota di Di Sabato, *Se la società o i soci siano debitori della liquidazione della quota*, in *Corr. giur*., 2000, 1324, con nota di Ambrosini, *Soggetto passivamente legittimato alla liquidazione di quota di società di persone*, in *Società*, 2000, 1200, con nota di Ronco, *La «soggettività*

Il principio è stato di recente ribadito dalla stessa S.C. la quale, con l'occasione, ha puntualizzato che non sono legittimati passivi gli altri soci, in quanto il regime della responsabilità solidale illimitata dei soci opera solo a favore dei terzi, o anche dello stesso socio, ma per altri fatti non contrattuali (come il pagamento dell'indebito o l'illecito aquiliano), archetipo in cui non rientra il diritto alla liquidazione della quota [3]. Si è chiarito, inoltre, che tali regole sono applicabili anche nell'ipotesi di società di persone composta da due soli soci [4].

In ogni caso, anche i soci superstiti, qualora siano solidalmente e illimitatamente responsabili per le obbligazioni sociali, possono essere convenuti nel giudizio intrapreso dal socio uscente o dagli eredi per la liquidazione della quota sociale, sebbene non siano in esso litisconsorti necessari [5].

La sentenza che si commenta aderisce *in toto* agli indirizzi ora esposti, ma occorre osservare che, nel caso concreto, singolarmente l'azione era stata promossa dai soci superstiti contro gli eredi del socio defunto, con i quali non era stato raggiunto un accordo sul valore della quota. Ciò ha fatto sì che gli attori abbiano richiesto al giudice la determinazione del valore della quota per pagare ai convenuti la somma dovuta.

Da condividere anche la statuizione relativa all'onere di provare il valore della quota da liquidare gravante sulla società che dispone, evidentemente – a differenza degli eredi del socio, del tutto estranei al rapporto societario – degli strumenti per provvedervi [6].

Per quel che riguarda, infine, la *vexata quaestio* delle modalità attraverso le quali procedere alla liquidazione, non mancano affermazioni del tutto generiche quali "in caso di morte del socio di una società in nome collettivo, gli eredi hanno diritto esclusivamente alla liquidazione della quota del socio defunto, con i criteri dettati dagli art. 2284 e 2289 c.c. [7], ma sono stati fissati nel corso degli anni alcuni principi che è opportuno richiamare:

---

giuridica» delle società di persone fra realtà normativa e creazione giurisprudenziale, in *Giust. civ*., 2000, I, 3187, con nota di Vidiri, *Domanda di liquidazione della quota ex art. 2289 c.c. e legittimazione passiva della società di persone.*

[3] Cass., 15 gennaio 2009, n. 816, in *Rep. Foro it*., 2009, voce *Società*, n. 9.

[4] Trib. Salerno, 29 gennaio 2007, in *Società*, 2008, 620, con nota di M.P. Ferrari, *Liquidazione della quota di una società di persone in favore degli eredi del socio defunto*. Conf. Trib. Catania, 7 aprile 2006, in *Vita not*., 2007, 233, con riguardo al socio escluso.

[5] Cass., 16 gennaio 2009, n. 1040, in *Rep. Foro it*., 2009, voce *Società*, n. 13.

[6] L'onere di provare l'effettivo valore della quota del socio defunto di una società di persone, ai fini della liquidazione della stessa quota in favore degli eredi, incombe sui soci superstiti e non sugli eredi del socio: Cass., 19 aprile 2001, n. 5809, in *Foro it*., 2001, I, 3653, in *Società*, 2001, 929, con nota di Zappata, *Liquidazione e criteri di valutazione della quota del socio defunto nelle società di persone.*

[7] Pret. Roma, 3 aprile 1981, in *Dir. fall*., 1981, II, 416.

a) la liquidazione deve essere fatta in base alla situazione patrimoniale della società nel giorno in cui si verifica lo scioglimento del rapporto sociale limitatamente al socio [8]; di conseguenza, eventuali debiti sorti a carico della società in periodi successivi, e non costituenti passività relative alla gestione pregressa, non sono ascrivibili al socio receduto [9], e la liquidazione della quota deve essere fatta in proporzione all'attivo sociale e sopporta (o sfrutta) le conseguenze (perdite o profitti) delle operazioni in corso al momento del recesso [10];

b) la liquidazione comprende il valore dell'avviamento, al fine di evitare l'ingiusta locupletazione, che altrimenti ne conseguirebbe, di colui il quale continua ad avvalersi dell'organizzazione alla quale l'avviamento inerisce e giova [11]. Si è precisato che: 1) la redditività, in cui si sostanzia il concetto di avviamento, deriva da un complesso di elementi che, pur se cronologicamente attualizzati al momento dello scioglimento del rapporto, si fondono sui risultati economici delle passate gestioni e sulle prudenti previsioni dei futuri rendimenti e si traduce nella probabilità proiettata eminentemente nel futuro, di maggiori profitti per i soci superstiti, derivati dall'apporto conferito dal socio recedente e consolidatosi come componente del patrimonio sociale [12]; 2) il valore di avviamento deve essere computato solo quando possano essere dimostrate le concrete attitudini produttive dell'azienda [13];

c) il diritto degli eredi non ha per oggetto la distribuzione del netto ricavo della liquidazione del patrimonio sociale (c.d. diritto alla quota di liquidazione), ma esclusivamente il mero controvalore della quota sociale (c.d. diritto alla liquidazione della quota) del loro dante causa; tale credito, avendo fin dall'origine ad oggetto una somma di denaro, è un credito di valuta, soggetto, quindi, al principio nominalistico [14]. Nondimeno, si ri-

---

[8] Secondo Cass., 28 gennaio 2000, n. 960, in *Rep. Foro it*., 2000, voce *Società*, n. 899, l'art. 2289, 3º comma, c.c., nel porre a favore e a carico del socio rispettivamente gli utili e le perdite inerenti a operazioni in corso alla data del recesso, si riferisce alle sopravvenienze attive e passive che trovino la loro fonte in situazioni già esistenti a quella data.

[9] Cass., 20 gennaio 2006, n. 1182, in *Società*, 2006, 1500, con nota di Bergamo, *Debiti sociali sorti successivamente alla liquidazione della quota del socio receduto.*

[10] Cass., 21 luglio 1981, n. 4683, in *Rep. Foro it*., 1981, voce *Società*, n. 317.

[11] Cass., 14 marzo 2001, n. 3671, in *Società*, 2001, 936, in *Giust. civ*., 2001, I, 2397; Cass., 2 agosto 1995, n. 8470, in *Giur. it*., 1996, I, 1, 470; Trib. Verona, 25 ottobre 1995, in *Società*, 1996, 205, con nota di Di Chio, *Liquidazione della quota del socio receduto da società di persone*; Trib. Catania, 22 agosto 1980, in *Giur. comm*., 1981, II, 642; Trib. Salerno, 29 gennaio 2007, cit.; Trib. Vercelli, 19 novembre 1992, in *Giur. it*., 1993, I, 2, 489.

[12] Cass., 10 luglio 1993, n. 7595, in *Rep. Foro it*., 1993, voce *Società*, n. 771.

[13] App. Milano, 14 gennaio 1992, in *Giur. it*., 1993, I, 2, 262.

[14] Cass., 19 aprile 2001, n. 5809, in *Foro it*., 2001, I, 3653, in *Società*, 2001, 929.

badisce, la svalutazione monetaria assume rilevanza quando, non essendo avvenuto l'adempimento entro il termine di sei mesi previsto dall'ultimo comma dell'art. 2289 c.c., diventino applicabili i principi sul risarcimento del danno conseguente alla mora del debitore [15];

d) la situazione patrimoniale non può essere redatta sulla base dei principi e dei criteri di redazione del bilancio d'esercizio, in quanto da essa deve emergere l'effettiva consistenza patrimoniale della società al momento in cui si verifica lo scioglimento del rapporto [16];

e) il calcolo della liquidazione deve comprendere anche il fattore di redditività dell'azienda che deriva da un complesso di elementi che, se pur cronologicamente attualizzati al momento dello scioglimento del rapporto, si fondano sui risultati economici delle passate gestioni e sulle prudenti previsioni dei futuri rendimenti: l'avviamento, pertanto, si traduce nella probabilità, fondata su elementi presenti o passati ma proiettata eminentemente nel futuro, di maggiori profitti per i soci superstiti derivanti dall'apporto conferito dal socio recedente e consolidatosi come componente del patrimonio sociale [17];

f) il valore del patrimonio è presuntivamente identificabile con il complessivo valore dei conferimenti, come fissato dai contraenti con le clausole dell'atto costitutivo, a meno che il creditore o il debitore non deducano e dimostrino, rispettivamente, vicende sopravvenute di tipo maggiorativo o riduttivo [18];

g) gli artt. 2261 e 2289 c.c., che devono essere letti congiuntamente, pongono a carico della società l'obbligo di liquidare la quota stessa, e a carico degli amministratori quello di rendere il conto (obbligo che sussiste nei confronti degli eredi anche qualora il *de cuius* avesse partecipato all'amministrazione), al fine di consentire la formazione di una situazione patrimoniale straordinaria aggiornata, nel rispetto dei criteri di redazione del bilancio ed ai fini dell'assolvimento dell'onere della società di provare il

---

[15] Cass., 10 giugno 1999, n. 5732, in *Giust. civ.*, 1999, I, 2949; Cass., 8 novembre 1995, n. 11598, in *Dir. e prat. soc.*, 1999, 20, 53; Cass., 10 giugno 1994, n. 5647, in *Rep. Foro it.*, 1994, voce *Società*, n. 884; Cass., 6 maggio 1987, n. 4184, in *Società*, 1987, 807; App. Firenze, 9 marzo 1991, in *Giur. it.*, 1993, I, 2, 615, con nota di PARDINI, *Sul ritardo nella liquidazione della quota spettante agli eredi del socio defunto ex art. 2289 c.c.*

[16] App. Genova, 17 aprile 2001, in *Società*, 2001, 1358, con nota di DI SARLI, *Natura e redazione della situazione patrimoniale ai fini di liquidazione della quota*; App. Milano, 1° ottobre 1993, *ivi*, 1994, 211; Trib. Genova, 25 gennaio 1982, in *Giur. comm.*, 1982, II, 684.

[17] Cass., 11 febbraio 1998, n. 1403, in *Giur. it.*, 1999, 106, che, nel caso di specie, ha ritenuto legittimo il criterio di liquidazione basato sulla media degli utili netti fiscali conseguiti negli ultimi tre anni anteriori al recesso.

[18] Cass., 25 giugno 1998, n. 6298, in *Rep. Foro it.*, 1998, voce *Società*, n. 810.

valore della quota; di fronte all'inadempimento dell'obbligo di rendiconto, il giudice può deferire ai soci-amministratori il giuramento suppletorio per la determinazione del *quantum debeatur* [19].

Esistono poi casi del tutto particolari:

1) il socio uscente o i suoi eredi partecipano agli utili o alle perdite inerenti alle operazioni in corso, per cui il socio di una società che abbia ottenuto un mutuo artigiano garantito con fideiussione dagli stessi soci è tenuto, salva diversa volontà delle parti, a contribuire al pagamento delle rate di mutuo stipulato prima del recesso, la cui scadenza si verifichi successivamente, potendo le rate di mutuo considerarsi operazioni in corso perché, pur se esse non sono in atto al momento dello scioglimento del vincolo, costituiscono tuttavia una conseguenza inevitabile dei rapporti giuridici preesistenti [20];

2) nel caso di recesso da una società che fornisce mezzi di supporto ad un professionista (nel caso di specie un gabinetto di analisi chimico-cliniche), è escluso che nella quota da liquidarsi possa essere ricompreso il valore di avviamento dello studio, in quanto la clientela del professionista non può essere ricollegata alla società che lo supporta, essendo espressione dello stretto rapporto personale che collega i clienti (o pazienti) alla persona fisica del professionista medesimo [21];

3) nella liquidazione della quota non deve ricomprendersi il valore della proprietà di beni immobili che non siano stati conferiti alla società con il prescritto atto formale, ma siano stati intestati in comunione *pro indiviso* ai soci, per cui per essi possa ipotizzarsi anche ai fini della liquidazione il semplice conferimento del valore d'uso [22];

4) il socio che ha conferito il godimento di un bene ha diritto alla liquidazione della quota per una somma corrispondente all'utilità che la società ricava dall'essere titolare di un diritto di godimento e non per una somma pari al valore della proprietà del bene stesso [23];

5) la partecipazione ad una società di persone in qualità di socio d'opera, implica il diritto ad una liquidazione della quota proporzionata alla partecipazione ai guadagni (art. 2289 c.c.), in relazione agli incrementi patrimoniali conseguiti dalla società [24].

---

[19] Cass., 16 gennaio 2009, n. 1036, in *Rep. Foro it*., 2009, voce *Società*, n. 11.

[20] Cass., 1° agosto 1996, n. 6966, in *Giust. civ*., 1997, I, 1037, con nota di Vidiri, *Società in nome collettivo: liquidazione della quota del socio uscente ex art. 2289 c.c. ed «operazioni in corso»*.

[21] Cass., 13 maggio 1992, n. 5656, in *Giust. civ*., 1993, I, 711.

[22] Cass., 28 gennaio 1993, n. 1027, in *Giust. civ*., 1993, I, 2743, in *Dir. fall*., 1993, II, 789, con nota di Ragusa Maggiore, *Soggettività giuridica delle società di persone: un tema che non si esaurisce.*

[23] Cass., 17 novembre 1984, n. 5853, in *Foro it*., 1985, I, 2044, in *Giur. comm*., 1985, II, 756, in *Giur. it*., 1985, I, 1, 1247.

[24] Cass., 18 ottobre 1985, n. 5126, in *Foro it*., 1986, I, 718.

La controversia relativa alla liquidazione della quota del socio di una società in nome collettivo è validamente deferibile al giudizio degli arbitri [25], ed è altresì ammessa la liquidazione in natura della quota al socio receduto [26].

Da osservare, per concludere, che la sentenza esclude la possibilità di esperire una prova per testi dedotta dagli eredi del socio defunto per determinare il valore della quota, essendo solo possibile, se del caso, il giuramento suppletorio [27].

GOFFREDO ZUDDAS

---

[25] Trib. Bari, 11 gennaio 1990, in *Giur. it*., 1990, I, 2, 565.
[26] App. Cagliari, 21 maggio 1982, in *Giur. comm*., 1983, II, 978.
[27] Cass., 16 gennaio 2009, n. 1036, cit.

TRIBUNALE DI PERUGIA – 10 febbraio 2009, n. 79 – *GOT* MONACELLI – Regione dell'Umbria (avv.ti Ruffo e Tarantini) c. Compagnia Assicuratrice Unipol S.p.A. (avv. Maori).

Assicurazione (contratto di) – Assicurazione responsabilità civile – Evento dannoso – Comportamento dell'assicuratore – Diligenza e buona fede – Conoscibilità fondatezza domanda risarcitoria – Mancata offerta massimale – Responsabilità per mala gestio – Sussistenza (c.c., art. 1904 ss.).

Nel contratto di assicurazione per la responsabilità civile, affinché possa sorgere la responsabilità ultramassimale per mala gestio dell'assicuratore nei confronti dell'assicurato, non occorre che venga giudizialmente o negozialmente accertata la responsabilità civile di quest'ultimo, nonché quantificato in tali sedi l'ammontare delle somme dovute al terzo, ma è sufficiente che l'impresa assicuratrice sia stata posta in grado di valutare, usando l'ordinaria diligenza e osservando gli obblighi di correttezza e buona fede, la fondatezza della richiesta risarcitoria del danneggiato, comunque conosciuta, e abbia tuttavia omesso di mettere a disposizione il massimale (nel caso di specie, è stato considerato ingiustificato l'atteggiamento di attesa dell'assicuratore che, sulla base degli elementi in suo possesso, sapeva che la responsabilità dell'assicurato era sufficientemente chiara ed era altresì

determinabile l'entità del danno di cui questi era responsabile nei confronti del danneggiato) (1).

(*Omissis*). Con atto di citazione notificato in data 24.3.1999 la Regione dell'Umbria conveniva dinanzi questo Tribunale la Compagnia Assicuratrice Unipol Spa per sentirla condannare alla refusione della somma che era stata costretta a pagare in esecuzione della sentenza n. 311/96 con cui il Tribunale di Perugia aveva riconosciuto il diritto di A.R. al risarcimento del danno per avere contratto malattia virale nel corso di un ricovero presso il presidio ospedaliero di Perugia nel maggio 1985 ove venne sottoposto ad intervento chirurgico per fistola pilonidale.

- Esponeva a riguardo che sulla scorta del suddetto titolo il R. aveva intimato precetto per l'importo di L. 519.496.421 quale somma residuale, all'esito del versamento di L. 250.000.000 effettuato da Unipol nel marzo 1997, sul maggior credito liquidato in suo favore con la suddetta sentenza a titolo di risarcimento del danno al cui pagamento era stata condannata la ULSS n. 3; danno quantificato dal Tribunale nella misura di L. 215.249.981 aumentata degli interessi legali e rivalutazione monetaria dalla data dell'evento al saldo.

- Precisava l'attrice che l'importo precettato, nella minore misura di L. 500.000.000 era stato corrisposto dalla Regione dell'Umbria quale ente preposto al pagamento dei debiti pregressi della disciolta ULSS n. 3; il tutto previa delibera di Giunta n. 7403 del 19.11.97 e con riserva di recupero nei confronti di Unipol quale società all'epoca assicuratrice della ULSS n. 3 per la responsabilità civile verso terzi.

- Assumeva che doveva andare riconosciuta la responsabilità di Unipol per il maggiore onere economico derivante dal colpevole ritardo con cui tale società assicuratrice aveva corrisposto al danneggiato l'importo previsto quale massimale di polizza. Faceva infatti rilevare che il massimale di polizza, ammontante a L. 250.000.000, era di importo certamente superiore alla somma da corrispondere per sorte al danneggiato e che il maggiore onere economico era dovuto esclusivamente alle spese di giudizio, alla rivalutazione e agli interessi maturati a seguito del tardivo pagamento da parte di Unipol.

- Argomentava a riguardo che già in occasione della denuncia del sinistro la ULSS n. 3 in più occasioni ebbe ad informare la compagnia assicuratrice della fondatezza della pretesa del R. ma che la stessa preferì resistere nel giudizio che costui aveva nelle more introdotto. L'attrice censurava inoltre il fatto che neppure l'esito sfavorevole della ctu eseguito dal prof. Norelli nel corso del suddetto giudizio determinò Unipol a procedere alla liquidazione del danno in favore del R.;

- Ritenendo che nella condotta posta in essere da Unipol, con l'aver

ingiustificatamente ritardato la liquidazione del danno, dovesse ravvisarsi responsabilità da *mala gestio* per violazione dell'obbligo di diligenza, chiedeva la condanna della stessa alla refusione della somma che era stata costretta a corrispondere, somma imputabile a rivalutazione e interessi (*omissis*).

Passando all'esame della domanda dell'attrice, è da dire che la stessa si presenta fondata e merita di essere accolta.

- Deve andare ricordato in questa sede il principio giurisprudenziale secondo il quale per il sorgere della responsabilità ultramassimale per *mala gestio* della società assicuratrice nei confronti dell'assicurato, è sufficiente che la prima sia stata posta in grado di valutare, usando l'ordinaria diligenza e osservando gli obblighi di correttezza e buona fede, la fondatezza della richiesta risarcitoria avanzata dal danneggiato, comunque conosciuta, ed abbia tuttavia omesso di mettere a disposizione di costui il massimale (Cass. 1885/02; 2195/04; 11597/04; 24747/07).

- È anche da rilevare che deve escludersi che l'assicuratore sia tenuto all'adempimento unicamente una volta che, a seguito di una sentenza esecutiva, sia stato quantificato il reddito del danneggiato nei confronti del danneggiante. Dovendo, invero, il contratto di assicurazione essere eseguito secondo buona fede *ex* art. 1375 c.c., rientrando nel notorio che il ritardato pagamento delle obbligazioni di valore penalizza la posizione del debitore (Cass. 11908/08).

- Al fine di escludere la propria responsabilità per *mala gestio*, cioè per violazione del principio di buona fede, l'assicuratore non può limitarsi ad opporre di aver adeguato la propria condotta in attesa della pronuncia giudiziaria. Deve, invece, immediatamente attivarsi sia mostrando la propria seria disponibilità a prestare la garanzia dovuta che evitando all'assicurato i maggiori oneri conseguenti al ritardo nella definizione della vertenza con il danneggiato.

- Sulla scorta di tali principi, è stato affermato che il comportamento che deve tenere l'assicurazione per la responsabilità civile dell'assicurato "... lungi dal poter essere connotato da un ingiustificato atteggiamento di attesa tutte le volte che la responsabilità dell'assicurato sia sufficientemente chiara e sia altresì determinabile l'entità del danno di cui questi è responsabile, deve essere per contro improntato ad una sostanziale collaborazione con l'assicurato, conforme all'esecuzione del contratto di assicurazione secondo buona fede ... l'inadempimento di tale obbligo ben può essere fonte di responsabilità ultra massimale ..." (Cass. 11908/08).

- Nella fattispecie Unipol ha tenuto un comportamento dilatorio oltre ogni ragionevole misura, se solo si tiene conto della iniziale comunicazione dell'assicurata in ordine alla effettiva possibilità del contagio all'interno dell'ambiente ospedaliero e delle risultanze della ctu.

- Né rileva quanto asserito dalla difesa della convenuta in merito

al fatto che il ctu rilevò che "... nulla doveva eccepirsi sul modo in cui i sanitari eseguirono l'intervento e che non risultavano comportamenti omissivi e/o commissivi cui inferire valore causale nel determinismo del contagio ...". Con il medesimo elaborato peritale il ctu ha infatti affermato che "... sulla base delle considerazioni che precedono, dunque, si ritiene di poter escludere ogni ragionevole dubbio in merito alla dipendenza causale della patologia epatica di cui il R. è sofferente da un contagio avvenuto in corso di degenza ...".

- Ai determinanti rilievi che precedono, deve andare aggiunto l'ulteriore censurabile comportamento di Unipol che anche successivamente al deposito della ctu ha ritenuto omnicomprensivo di L. 150.000.000 (*omissis*).

- È pertanto emerso che nella fattispecie l'assicuratore, avvalendosi del patto di gestione della lite, ha arrecato pregiudizio all'assicurato sul quale è ricaduto l'onere economico provocato dall'assicuratore per l'ingiustificato ritardo con cui l'obbligazione di risarcimento verso il danneggiato è stata estinta ed anche per non avere accettato favorevoli proposte transattive.

- Il danno cagionato deriva dal comportamento tenuto dall'assicuratore, il quale non ha eseguito la propria obbligazione con diligenza e buona fede, in modo da evitare che l'ammontare dell'obbligazione risarcitoria lievitasse in pregiudizio dell'assicurato.

- In ordine al *quantum*, dall'esame degli atti emerge pacifico che l'importo richiesto dalla Regione dell'Umbria corrisponde ai maggiori oneri derivanti dal suddetto ritardo, svalutazione, interessi legali e spese, come nel dettaglio riportato nell'atto di precetto 19.9.1997 intimato dal R. sulla scorta della sentenza 311/96 del Tribunale di Perugia (*omissis*).

(1) Corretta applicazione dei principi accolti in tema di *mala gestio* del sinistro da parte dell'assicuratore.

Secondo un orientamento consolidato della S.C., affinché possa sorgere la responsabilità ultramassimale per *mala gestio* dell'assicuratore nei confronti dell'assicurato, non occorre che venga giudizialmente o negozialmente accertata la responsabilità civile di quest'ultimo, nonché quantificato in tali sedi l'ammontare delle somme dovute al terzo, essendo sufficiente che l'impresa assicuratrice sia stata posta in grado di valutare, usando l'ordinaria diligenza e osservando gli obblighi di correttezza e buona fede, la fondatezza della richiesta risarcitoria del danneggiato, comunque conosciuta, e abbia tuttavia omesso di mettere a disposizione il massimale. In tal caso, è del tutto ingiustificato l'atteggiamento di attesa dell'assicuratore allorché, sulla base degli elementi in suo possesso, la responsabilità dell'assicurato sia sufficientemente chiara e sia altresì determinabile l'entità del danno di cui questi è responsabile nei confronti del danneggiato (Cass., 13 maggio 2008,

n. 11908, in *Resp. e risarc.*, 2008, 6, 56; Cass., 5 febbraio 2004, n. 2195, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Assicurazione (contratto),* n. 140).

Ha precisato a questo proposito Cass., 28 novembre 2007, n. 24747, in *Rep. Foro it.,* 2007, *voce cit.*, n. 200, che il giudizio sul comportamento dell'assicuratore, fondato sul parametro della diligenza media nella gestione della lite, deve essere eseguito mediante una valutazione *ex ante* con riferimento alla situazione preesistente e alla probabilità dell'esito del giudizio e non *ex post* sulla base della sua effettiva conclusione.

Per quel che riguarda la determinazione della somma che l'assicuratore è tenuto a pagare in caso di *mala gestio,* deve escludersi il cumulo degli interessi e della rivalutazione monetaria nell'obbligazione pecuniaria derivante da *mala gestio* dell'assicuratore della responsabilità civile, trattandosi di debito di valuta (Cass., 28 novembre 2007, n. 24747, cit.).

Di recente, con articolate motivazioni la S.C., nel ribadire i principi appena esposti, ha puntualizzato che l'obbligazione dell'assicuratore ha ad oggetto, di regola, la corresponsione dell'indennità al danneggiato (che ha facoltà di richiederla a lui direttamente) entro i limiti del massimale di polizza, peraltro superabile (limitatamente ad interessi e rivalutazione) tutte le volte in cui l'assicuratore stesso colpevolmente mantenga un comportamento ingiustificatamente dilatorio. A tale obbligazione può aggiungersi un'ulteriore e diversa obbligazione nei confronti del danneggiante-assicurato, sul quale sia venuto in definitiva a gravare l'onere economico del danno provocato dal colpevole ritardo (imputabile al comportamento tenuto dal suo assicuratore, in violazione dei principi di correttezza e buona fede) con cui è stato corrisposto l'indennizzo al danneggiato, ben potendo in tal caso il danneggiante pretendere il ristoro di tale danno.

Ne consegue che, mentre la responsabilità dell'assicuratore per *mala gestio* nei confronti del danneggiato ritrae la sua disciplina dall'art. 1224 c.c., quella nei confronti del danneggiante-assicurato (la quale – già di per sé – non incontra il limite rappresentato dal massimale di polizza) si colloca nell'ambito della disciplina della responsabilità per inadempimento dell'obbligazione, *ex* art. 1218 c.c., in conseguenza di un comportamento contrario a diligenza e buona fede (Cass., 24 ottobre 2007, n. 22317, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 1381, con nota di Sollai, *Le diverse ipotesi di mala gestio nell'assicurazione r.c. auto.*

Secondo Cass., 31 luglio 2006, n. 17460, in *Danno e resp.*, 2007, 418, con nota di I. Confortini, *Sulla formulazione della domanda di condanna dell'assicuratore al risarcimento del danno in caso di mala gestio c.d. impropria,* in sostanza, il danneggiato non deve necessariamente proporre contro l'assicuratore una specifica domanda di responsabilità per colpevole ritardo (*mala gestio* c.d. impropria, diversamente dalla *mala gestio* c.d. propria, la quale ultima, sostanziandosi nella domanda dell'assicurato di essere tenuto indenne anche oltre il massimale di polizza, deve essere espressamente formulata), ma è sufficiente che egli, dopo aver dato atto di aver costituito in mora l'assicuratore, richieda anche gli interessi ed il maggior danno da

svalutazione *ex* art. 1224 c.c. (conf. Cass., 18 aprile 1997, n. 3353, in *Contratti,* 1998, 153, con nota di Cipriani, *Mala gestio e obblighi di buona fede dell'assicuratore.*

In dottrina v. Todorova, *Assicurazione della responsabilità civile e responsabilità per mala gestio dell'assicuratore,* in *Corr. giur.*, 2008, 1301 ss.; Bruschetta, *Impresa designata ed impresa in liquidazione coatta amministrativa: risarcimento del danno per mala gestio e prescrizione,* in *Fall.,* 2007, 892 ss.; E. Piras, *Brevi note in tema di mala gestio dell'assicuratore e specificità della domanda di condanna oltre il massimale di polizza,* in *Resp. civ. prev*., 2006, 687 ss.; Ead., *Brevi note in tema di mala gestio dell'assicuratore*, in *Riv. giur. sarda*, 2005, 779 ss.; Leonardi, *Mala gestio: profili di responsabilità dell'assicuratore e prova della sua buona fede*, in *Dir. ed econ. assic.,* 2005, 704 ss.; Chindemi, *La mala gestio dell'assicuratore,* in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, 382 ss.

TRIBUNALE DI PERUGIA – 16 febbraio 2009 (decr.) – *Pres*. Criscuolo – *Est*. Rana – P. (avv. Orlando) c. Fallimento E. s.r.l.

Società – Società a responsabilità limitata – Amministratore – Nomina – Fallimento – Compenso amministratore – Ammissione al passivo – Credito privilegiato – Insussistenza (c.c., art. 2751-*bis* n. 2).

Nel caso in cui l'amministratore di una s.r.l. sia stato nominato, su segnalazione dell'autorità giudiziaria, dall'assemblea dei soci, in caso di fallimento della società le sue spettanze economiche devono essere ammesse al passivo non in via privilegiata, ma in via chirografaria perché l'attività dallo stesso svolta non è assimilabile a quella derivante dal contratto d'opera, del quale non presenta gli elementi del perseguimento di un risultato con la conseguente sopportazione del rischio e l'attività che il professionista si impegna a svolgere non è – a differenza di quella del prestatore d'opera – determinata dai contraenti preventivamente, né è determinabile aprioristicamente, identificandosi con la stessa attività d'impresa (1).

(*Omissis*). Con ricorso depositato il 5.6.2008 il rag. P.F., proponeva rituale e tempestiva opposizione avverso il decreto con cui veniva di-

chiarata l'esecutività dello stato passivo del fallimento E. srl chiedendo l'ammissione al passivo in via privilegiata *ex* art. 2751-*bis* nr. 2 c.c. del proprio credito di € 84.000,00, oltre interessi sino al saldo, a titolo di compenso per le prestazione professionali (*omissis*).

La domanda è infondata e non merita accoglimento per i motivi e nei limiti che di seguito si espongono.

Preliminarmente si rileva che il ricorrente è stato nominato amministratore della E. srl non dal procuratore della Repubblica, ma dall'assemblea dei soci su proposta del custode giudiziario (v. verbale di assemblea del 16.5.2008, doc. nr. 2). Il doc. nr. 1 da cui il ricorrente fa discendere la sua nomina da parte del sostituto procuratore della Repubblica, dott.ssa Duchini, in realtà è solo un "visto si autorizza quanto richiesto" apposto – in data 13.5.06 – da detto procuratore in calce all'ultima pagina di una relazione del custode giudiziario con cui si segnala la "opportunità" di sostituire gli amministratori della E. srl (e di altre società) e, al contempo, si segnala il rag. P. come possibile persona idonea "per capacità professionale e disponibilità" a rivestire detta funzione.

Il P.M., pertanto, non procede ad alcuna nomina, ma "autorizza quanto richiesto". Ed infatti, dal verbale di assemblea del 16.5.2008 emerge chiaramente che, dopo la ratifica delle dimissione dell'A.U., prende la parola il custode giudiziario che "propone di nominare quale amministratore unico (....) il rag. P. anche se, nel prosieguo, è scritto "... in ossequio a quanto disposto dal sostituto procuratore della Repubblica ... in data 13.5.2003".

Ne deriva che la nomina del ricorrente è priva di connotati pubblicisti ma, se anche così non fosse, i termini della questione non cambiano.

Si deve infine puntualizzare la circostanza che in questa sede non sono in discussione né l'avvenuto espletamento del mandato professionale, né il *quantum debeatur*, ma solo la collocazione di quest'ultimo in via privilegiata piuttosto che chirografaria.

Ciò posto – come pacificamente affermato dalla pluriennale e costante giurisprudenza della suprema Corte di Cassazione (v. tra le ultime Cass. I^ sez. 9911/07) con argomentazioni che questo tribunale condivide e da tempo applica in casi analoghi a quello in esame – all'amministratore (come al liquidatore) di una società non spetta il privilegio di cui all'art. 2751-*bis* c.c. poiché l'attività dallo stesso svolta non è assimilabile a quella derivante dal contratto d'opera, del quale non presenta gli elementi del perseguimento di un risultato con la conseguente sopportazione del rischio e l'*opus* (e cioè l'amministrazione) che il professionista si impegna a svolgere non è – a differenza di quello del prestatore d'opera – determinato dai contraenti preventivamente, né è determinabile aprioristicamente, identificandosi con la stessa attività d'impresa.

Così come un'impresa – individuale o collettiva che sia – non cessa d'esser tale pur nella fase della liquidazione per cui le attività del liquidatore (come quelle dell'amministratore), ancorché caratterizzate da un profondo e proficuo impegno professionale, non cessano perciò di essere esse stesse attività di gestione dell'impresa.

Il ricorrente sostiene di aver operato non per realizzare l'oggetto sociale della E. srl bensì, quale "pubblico ufficiale" ed organo (non della società ma) "dell'ufficio pubblico", per il superiore interesse al "ripristino della regolarità della gestione violata" essendo stato questo il suo compito dell'amministratore giudiziario.

Orbene la *ratio* dell'esclusione del privilegio per le prestazioni degli amministratori e dei liquidatori di società poi fallite non risiede nel fatto che di solito è ad essi imputabile lo stato di dissesto, ma nella qualificazione giuridica dei rapporto che lega l'amministratore alla società che non è mai assimilabile a quello derivante dal contratto d'opera, indipendentemente dalle ragioni per le quali questo specifico rapporto sia stato in concreto costituito e, quindi, a prescindere dalla circostanza che la nomina provenga dai soci ovvero dell'autorità giudiziaria (*omissis*).

(1) Le considerazioni svolte nel provvedimento con riguardo alla nomina dell'amministratore non hanno – come riconosce lo stesso estensore – alcuna rilevanza ai fini della risoluzione del problema che si pone, fermo restando che i precedenti editi in materia non sono poi molto numerosi, essendo sovente argomentati in maniera ripetitiva non del tutto convincente.

Secondo Cass., 24 aprile 2007, n. 9911, in *Rep. Foro it*., 2007, voce *Società*, n. 895, richiamata dal giudice, "nel caso in cui il liquidatore di una società abbia presentato una richiesta di concordato, ai fini della liquidazione del compenso non deve farsi luogo a cumulo tra i compensi spettanti per l'attività di liquidazione, di cui all'art. 30 della tariffa professionale, e quelli spettanti per l'assistenza in procedure concorsuali, ai sensi dell'art. 44 medesima tariffa, trattandosi di attività che non può essere considerata separatamente dall'attività di liquidazione".

Negano comunque, in vicende analoghe, l'esistenza di un credito privilegiato, Cass., 23 luglio 2004, n. 13805, in *Rep. Foro it*., 2004, voce *Privilegio*, n. 35; Trib. Milano, 30 maggio 2007, in *Dir. prat. soc.*, 2008, 9, 74 (il vincolo esistente tra l'amministratore e la società ha caratteristiche del tutto atipiche, che non ripetono esattamente, né riescono ad esaurire, lo schema legale del contratto d'opera, ossia nella messa a disposizione di mere cognizioni tecniche e scientifiche, nel compimento di atti giuridici, ovvero nella prestazione di un'opera o servizio, per conto e a favore del committente; il compito del liquidatore, in altri termini, si estrinseca, in altre attività di più incisivo rilievo e significato – quali l'organizzazione interna e la cura del patrimonio – che in ultima analisi arrivano a confondersi e ad identificarsi

con la conduzione stessa dell'impresa societaria); Trib. Vicenza, 15 ottobre 2004, in *Giur. comm.*, 2006, II, 1156, con nota di CARBONARA, *La sorte del compenso del liquidatore (o dell'amministratore) di società di capitali in sede concorsuale*; Trib. Milano, 11 giugno 2007, in *Dir. prat. fall.*, 2007, 4, 42; Trib. Firenze, 2 maggio 2001, in *Foro toscano-Toscana giur.*, 2002, 93 (l'attività dell'amministratore non è qualificabile come prestazione d'opera del terzo, che istaura con la società un rapporto contrattuale, ma ha i caratteri della medesima attività societaria, considerato che l'amministratore si identifica organicamente con essa); Trib. Monza, 14 maggio 2003, in *Giur. comm.*, 2004, II, 298, con nota di BONAFINI, *Divagazioni sul credito retributivo dell'amministratore di spa*.

In termini solo in apparenza diversi, riferendosi alle spese generali, si afferma che il credito del professionista per spese generali va collocato in privilegio in quanto accessorio del credito principale (Trib. Salerno, 19 luglio 2003, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Fallimento*, n. 596; Trib. Como, 1 febbraio 2003, in *Dir. fall.*, 2003, II, 1047).

Con riguardo specifico al liquidatore, il privilegio è stato negato da Cass., 26 febbraio 2002, n. 2769, in *Foro it.*, 2002, I, 1363, in *Giust. civ.*, 2002, I, 957; Trib. Rimini, 7 maggio 2002, in *Giur. it.*, 2003, 311, in *Fallimento*, 2003, 308.

TRIBUNALE DI PERUGIA – 17 febbraio 2009, n. 154 – *G.O.T.* DE SANTIS – M. (avv.ti Bartoli e Menna) c. Regione dell'Umbria (avv. Stato).

Responsabilità civile – Scontro tra auto e cinghiale – Danni all'auto – Responsabilità della Regione ente proprietario – Sussistenza (c.c., art. 2043; l. 11 febbraio 1992, n. 157, art. 26).

La Regione risponde dei danni provocati a terzi dalla fauna selvatica che si sono verificati nel suo territorio in quanto garante del potere di conservazione delle specie protette (nel caso di specie la Regione è stata condannata a risarcire i danni subiti da un'automobile in seguito all'urto con un cinghiale) (1).

(*Omissis*). Con atto di citazione in riassunzione *ex* art. 392 c.p.c.

regolarmente notificato, il sig. M. chiedeva la conferma della sentenza n. 9/97 emessa dal Giudice di pace di Amelia. Assumeva di aver diritto al risarcimento dei danni, da parte della Regione Umbria, quali conseguenza di un incidente causato dalla collisione tra la propria auto ed un cinghiale, così come stabilito dal giudice di primo grado.

Con sentenza n. 619/99 il giudice accoglieva l'appello proposto dalla Regione, dichiarandola indenne da ogni responsabilità, accollando le spese di lite dei due gradi di giudizio al sig. M.

Ritenendo comunque di aver sicuramente diritto al risarcimento dei danni, subiti a causa della condotta colpevole della Regione, il sig. M. si vedeva costretto a proporre ricorso in Cassazione. La Cassazione, con sentenza n. 10737/02 annullava la decisione presa in sede di appello, disponendo il rinvio, davanti al Tribunale civile per la pronuncia relativa alla responsabilità alla quale la Regione Umbria non poteva essere esonerata (*omissis*).

La domanda è fondata e merita di essere accolta, seguendo il principio indicato dalla Cassazione attraverso la sentenza 10737/02.

La Suprema Corte enunciava il seguente principio "la Regione risponde dei danni a terzi provocati dalla fauna selvatica e che si sono verificati nel suo territorio in quanto garante del potere di conservazione delle specie protette; il giudice di merito non deve disattendere questo principio, potendo ricavare delle difficoltà della sua attuazione, solo elementi di valutazione del danno effettivo".

Appare evidente che non esiste alternativa alla decisione odierna. Tuttavia sarebbe opportuno evidenziare alcune considerazioni circa la concreta sussistenza per la Regione dell'obbligo di predisporre tutte le misure idonee ad evitare che gli animali selvatici arrechino danni a persone e cose, vincolo questo che impone l'obbligo di recintare gli spazi destinati allo stanziamento faunistico, onde evitare il loro spostamento incontrollato.

Rientra altresì nelle direttive normative superiori, per le Regioni il compito di pianificazione del territorio finalizzato alla conservazione e riproduzione delle specie esistenti, con tutte le indicazioni specifiche per le categoria protette per il conseguimento della densità ottimale per la conservazione.

Orbene, in adempimento a tali obblighi la Regione deve essere chiamata a rispondere di eventuali danni provocati da uno specifico inadempimento, che nel caso in esame è rilevabile. Vale a dire che la Regione avrebbe dovuto segnalare e recintare una zona sottoposta a vincoli di tutela ambientale e faunistica e risarcire ogni danno provocato a terzi nell'ambito di questo spazio.

Si evince che una certa presunzione di responsabilità oggettiva è scrivibile alla convenuta Regione, in adempimento agli obblighi di cui

si è fatto cenno, che dovrebbe escludere anche quella parte di responsabilità in capo al conducente del veicolo danneggiato.

È stato provato nel giudizio di primo grado che la condotta del sig. M., non avrebbe potuto evitare né diminuire le conseguenze dell'impatto con il cinghiale, sia per le condizioni temporali che per la dinamica dell'incidente, correlata alla zona di impatto. È risaputo in ambienti venatori o faunistici il carattere irruento di detti animali e la catastrofica sorte che segue il loro transito. Non si ravvisa alcun comportamento diligentemente possibile che potesse prevedere, evitare ovvero contenere le conseguenze del danno.

È emerso in corso del giudizio davanti al Giudice di pace che non esisteva all'epoca, segnaletica di pericolo lungo il percorso ove è accaduto il sinistro e, che la zona circostante fosse *habitat* ideale per esemplari di fauna selvatica.

La sentenza di primo grado deve quindi essere condivisa con riferimento alle motivazioni che inducono il giudicante a ritenere l'omissione della Regione motivo di colpevolezza per l'evento occorso all'attore.

La tesi della convenuta che ritiene sussistente una graduata responsabilità a carico del conducente, non trova accoglimento in quanto risulta pienamente valutata, dal giudice di prime cure, la condotta del conducente che risulta del tutto inconferente al verificarsi dell'evento dannoso. Le eccezioni mosse dalla convenuta Regione, dunque non possono essere condivisibili in quanto sussiste presunzione di colpa, come stabilito dalla Cassazione, che non può escludere il principio di risarcibilità a carico della Regione.

In definitiva si ritiene di dover accogliere il ricorso presentato in riassunzione dall'attore e dichiarare la responsabilità della Regione dell'Umbria che viene condannata al risarcimento del danno come deciso dal Giudice di pace di Amelia, oltre agli interessi dal dovuto al saldo (*omissis*).

(1) Anche i cinghiali, alla pari dei cani, si ripropongono al centro di vicende giudiziarie risarcitorie assumendo il singolare ruolo di vittime incolpevoli negli scontri con gli autoveicoli, ma essendo causa, al contempo, di responsabilità dell'ente 'proprietario'.

La tormentata vicenda, in sé del tutto chiara, ha seguito un lungo *iter* giudiziario per poi concludersi, in seguito al rinvio fatto dalla S.C., davanti al tribunale perugino che non sembra, in realtà, del tutto convinto della bontà dei principi giuridici ai quali, *obtorto collo*, è tenuto ad adeguarsi. Ma in effetti, dopo alcune incertezze iniziali, la giurisprudenza di legittimità ha messo a fuoco alcuni principi ormai pacifici che possono qui brevemente sintetizzarsi:

a) In tema di responsabilità extracontrattuale, dei danni cagionati dalla fauna selvatica a persone o cose risponde il proprietario della fauna, ovvero lo Stato e, per delega di questo, la regione, ai sensi dell'art. 2043 c.c., dato che la l. n. 394 del 1991 disciplina i danni «non altrimenti risarcibili» arrecati dalla fauna selvatica e dalla attività venatoria alla produzione agricola e alle opere approntate sui terreni agricoli e a pascolo. Di conseguenza, qualora si proponga azione di responsabilità per colpa, legittimata passiva rispetto a tale pretesa è la regione (fattispecie relativa ai danni ad un'autovettura causati da un cinghiale: Cass., 13 gennaio 2009, n. 467, in *Rep. Foro it*., 2009, voce *Responsabilità civile*, n. 7. Conf. Cass., 12 agosto 1991, n. 8788, in *Giur. it*., 1992, I, 1, 1795, in *Dir. e giur. agr*., 1992, 481, con nota di Masini, *Sul criterio di imputazione della responsabilità dello stato per i danni cagionati da fauna selvatica*; Trib. Perugia, 11 dicembre 1995, in *Foro it*., 1997, I, 315, in questa *Rivista*, 1997, 27, con nota di Prelati, *Cuius commoda eius et incommoda, ovvero lo stato e la fauna selvatica*; Trib. Firenze, 13 maggio 1994, in *Arch. circolaz*., 1995, 46; Giud. pace Torino, 27 luglio 2000, in *Giur. it*., 2001, 1634, con nota di Ronco, *Il cinghiale e l'automobile)*.

Si afferma in senso diverso, che "per i danni provocati alla circolazione stradale da animali selvatici risponde la provincia, *ex* art. 2043 c.c., e non la regione" (Giud. pace Torino, 8 marzo 2001, in *Giur. it*., 2001, 1634; Giud. pace Cesena, 24 maggio 2005, in *Giudice pace*, 2006, 156).

V. anche Giud. pace Ascoli Piceno, 11 luglio 2006, in *Dir. e lav. Marche*, 2006, 527 (il parco nazionale dei monti Sibillini, è responsabile dell'incidente stradale e del conseguente risarcimento dei danni causati da un cinghiale che attraversa la strada nel territorio del parco) e Giud. pace Ascoli Piceno, 8 febbraio 2005, *ivi*, 2005, 117 (il parco nazionale del Gran Sasso e monti della Laga, è responsabile dell'incidente stradale e del conseguente risarcimento danni causato da un cinghiale che attraversa la strada nel territorio del parco).

Cass., 10 ottobre 2007, n. 21282, in *Giust. civ*., 2007, I, 2683, ha puntualizzato che la l. 11 febbraio 1992, n. 157 ha attribuito alle regioni la competenza ad emanare norme relative alla gestione ed alla tutela della fauna selvatica e ad esercitare le funzioni di programmazione e pianificazione al riguardo, per cui compete ad esse l'obbligo di predisporre le misure idonee ad evitare che gli animali selvatici arrechino danni a persone o a cose (fattispecie relativa a danni ad un'autovettura causati da un cinghiale).

b) In tema di responsabilità extracontrattuale, il danno cagionato dalla fauna selvatica ai veicoli in circolazione non è risarcibile in base alla presunzione stabilita dall'art. 2052 c.c., inapplicabile per la natura stessa degli animali selvatici, ma soltanto alla stregua dei principi generali sanciti dall'art. 2043 c.c., anche in tema di onere della prova, e perciò richiede l'individuazione di un concreto comportamento colposo ascrivibile all'ente pubblico (nella specie, la suprema corte ha confermato la sentenza di merito,

che aveva rigettato la domanda proposta nei confronti di una regione per il risarcimento dei danni conseguenti alla collisione tra una vettura e un cinghiale, ritenendo non fossero emerse prove dell'addebitabilità del sinistro a comportamenti imputabili alla regione o all'Anas, non potendo costituire oggetto di obbligo giuridico per entrambe la recinzione e la segnalazione generalizzate di tutti i perimetri boschivi: Cass., 28 marzo 2006, n. 7080, in *Rep. Foro it*., 2006, voce *Resp. civ*., n. 519; Cass., 25 novembre 2005, n. 24895, in *Arch. circolaz*., 2006, 606, in *Danno e resp*., 2006, 1091, con nota di FOFFA, *Animali selvatici e responsabilità allo stato brado*; Cass., 24 giugno 2003, n. 10008, in *Rep. Foro it*., 2003, voce *Resp. civ*., n. 273; Cass., 24 settembre 2002, n. 13907, in *Foro it*., 2003, I, 157; Cass., 14 febbraio 2000, n. 1638, in *Danno e resp*., 2000, 397, con nota di DI CIOMMO, *Il cinghiale carica, nessuno risponde: brevi appunti sulla (ir)risarcibilità dei danni causati da animali selvatici*; Pret. Salerno-Eboli, 18 dicembre 1996, in *Arch. civ*., 1997, 52, in *Giur. mer*., 1997, 829; Giud. pace Asti, 10 luglio 1999, in *Dir. e giur. agr. e amb*., 2001, 61, con nota di CARMIGNANI, *Fauna: danno e responsabilità)*.

Contra: Giud. pace Perugia, 27 aprile 1999, in questa *Rivista*, 1999, 788, con nota di MARINI, *Responsabilità dello stato come proprietario per danni da animale selvatico e applicabilità dell'art. 2052 c.c.*: "con l'entrata in vigore della l. 968/77 non è più possibile fare distinzione, per quanto riguarda la loro appartenenza, tra animali selvatici e animali non selvatici, in quanto tutti gli animali hanno ormai un proprietario e si può solo distinguere tra proprietà privata e proprietà pubblica; di conseguenza la responsabilità dello stato per i danni arrecati ai privati dalla fauna selvatica, trovando fondamento nel principio *cuius commoda eius et incommoda*, deve essere inquadrata nell'ambito dell'art. 2052 c.c. in quanto lo Stato, collocando la fauna selvatica nel proprio patrimonio indisponibile, ne è divenuto il proprietario". Conf. Giud. pace Città di Castello, 30 dicembre 1998, ma v. in senso contrario Giud. pace Perugia, 15 aprile 1999, *ibidem*.

Diversamente Giud. pace S. Severino Marche, 19 luglio 1997, in *Giudice pace*, 1998, 116, secondo il quale il danno alle cose provocato dalla fauna selvatica (nella specie, un cinghiale) è risarcibile *ex* art. 2051 c.c. da parte della regione.

TRIBUNALE DI PERUGIA – 17 febbraio 2009, n. 162 – *Pres*. CRISCUOLO – *Est*. GIARDINO – B.A. e altri (avv.ti Ottaviani e Petrozzi) c. Credito Cooperativo Cassa Rurale e Artigiana di Spello e Bettona s.c. a r.l. (avv.ti Mazzi e Brancadoro).

Intermediazione finanziaria – Contratto quadro – Nullità – Forma scritta – Necessità – Contratto deposito titoli a custodia e amministrazione – Insufficienza (c.c., artt. 1325, 1350, 1418; d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 23).

È insufficiente la stipula di un contratto di deposito titoli a custodia ed amministrazione per giustificare la successiva compravendita di bonds argentini che è quindi nulla in mancanza di un contratto quadro di intermediazione finanziaria in forma scritta con i requisiti previsti dalla normativa speciale (1).

(*Omissis*). B.A. (…) convenivano avanti l'intestato Tribunale il citato istituto di credito, tutti quali acquirenti di *bonds* argentini acquistati con varie operazioni negli anni dal 1997 al 2001, per sentir dichiarare la nullità ed invalidità della compravendita dei titoli, per una pluralità di causali indicate (violazione dell'art. 1418 c.c., violazione della normativa di cui al d.lgs. 415/96 e d.lgs. 58/98, violazione dell'art. 1346 c.c. per operazioni eseguite prima del collocamento dei titoli); ovvero l'annullamento degli acquisti per errore nel consenso *ex* art. 1427 c.c.; ovvero la risoluzione dei contratti di compravendita per inadempimento; con condanna della banca alla restituzione delle somme illegittimamente addebitate ed al risarcimento dei danni, oltre interessi e rivalutazione monetaria dalla data dell'ultima cedola pagata al saldo, considerando il pagamento delle cedole compensativo del ritardo fino alla data del loro pagamento, ed oltre alla restituzione dei costi di custodia ed amministrazione dei titoli.

Si costituiva la banca convenuta, che in via preliminare eccepiva la decadenza degli attori dall'azione, per la tardività delle contestazioni rispetto all'invio dell'estratto conto titoli e dell'estratto di conto corrente; e nel merito contestava la fondatezza delle tesi difensive attoree, negando la sussistenza di qualsivoglia responsabilità professionale ed adducendo la non configurabilità né dell'annullabilità del contratto per errore scusabile ed essenziale, né della nullità per mancanza di forma scritta o per vizi di informativa della clientela, escludendo la presenza di violazioni alla normativa in materia di servizi di investimento, o la presenza di operazioni in conflitto di interessi (*omissis*).

3. Ritiene il collegio che debba addivenirsi all'accoglimento della

domanda principale di parte attorea, con l'affermazione della nullità degli ordini di acquisto dei titoli *de quibus*. Si precisa al riguardo che non si intende fare riferimento alla c.d. "nullità virtuale" di cui al primo comma art. 1418 c.c. dei contratti in relazione al preteso deficit informativo, ormai definitivamente sconfessata da un recente pronunciamento delle sezioni unite (sent. n. 26724/2007), ma alla ancor più preliminare eccezione di nullità dell'acquisto dei *bonds* argentini in questione, per assenza del requisito, previsto *ad substantiam*, della forma scritta dei contratti: e ciò, non tanto per la mancata presenza dell'ordine scritto di acquisto dei titoli *de quibus*, ma per la mancanza diremmo "originaria" di un valido contratto-quadro, non potendosi ritenere idoneo allo scopo il contratto di deposito titoli a custodia ed amministrazione, sottoscritto dagli attori in data anteriore al 1996.

Ma, veniamo con ordine.

4. La decisione sul caso di specie interviene all'esito del decisivo intervento della Suprema Corte a sezioni unite (n. 26724/2007), che ha portato ad escludere, a fronte di violazioni degli obblighi di informativa da parte dell'intermediario finanziario – pur vigorosamente ribaditi –, la configurabilità di una ipotesi di nullità "virtuale" per contrasto con norme imperative ai sensi dell'art. 1418, I° comma c.c., sottolineando come la natura certamente imperativa delle richiamate disposizioni non porti con sé automaticamente la sanzione della nullità per il caso di violazione, essendo quest'ultima sanzione, la più grave tra quelle previste dall'ordinamento, limitata ai soli casi in cui vengano in rilievo violazioni attinenti ad elementi intrinseci della fattispecie negoziale, relativi alla struttura o al contenuto, e fatti salvi i casi in cui questa sanzione non sia espressamente prevista.

Si sottolinea, con questa pronuncia, la netta separazione esistente nel nostro ordinamento giuridico tra norme di comportamento dei contraenti e norme di validità del contratto e che "la violazione delle prime, tanto nella fase prenegoziale quanto in quella attuativa del rapporto, ove non sia altrimenti stabilito dalla legge, genera responsabilità e può esser causa di risoluzione del contratto, ove si traduca in una forma di non corretto adempimento del generale dovere di protezione e degli specifici obblighi di prestazione gravanti sul contraente, ma non incide sulla genesi dell'atto negoziale, quanto meno nel senso che non è idonea a provocarne la nullità" (sent. cit.).

Né può sostenersi, secondo la Corte, che nel settore dei mercati finanziari viga una regola diversa da quella appena enunciata, come pure il legislatore avrebbe potuto prevedere; non sono rinvenibili elementi a sostegno della tesi secondo cui i doveri di informazione gravanti sull'intermediario verrebbero in rilievo quali regole di validità dell'atto, come testimonia anche la circostanza che le diverse modifiche legislative

intervenute nel tempo non abbiano mai previsto in termini espliciti la sanzione della nullità.

Deve piuttosto sostenersi che in riferimento al contratto di intermediazione, la distinzione tra obblighi che precedono e accompagnano la stipulazione e quelli che si riferiscono alla successiva fase esecutiva debba essere interpretata nel senso che "la violazione dei primi (ove non si traduca addirittura in situazioni tali da determinare l'annullabilità – mai comunque la nullità – del contratto per vizi del consenso) è naturalmente destinata a produrre una responsabilità di tipo precontrattuale, da cui ovviamente discende l'obbligo per l'intermediario di risarcire gli eventuali danni. Infatti (...) la violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto assume rilievo (...) anche se il contratto concluso sia valido e tuttavia risulti pregiudizievole per la parte rimasta vittima del comportamento scorretto. La violazione dei doveri dell'intermediario riguardanti invece la fase successiva alla stipulazione del contratto d'intermediazione può assumere i connotati di un vero e proprio inadempimento (o non esatto adempimento contrattuale) (...). Ne consegue che l'eventuale loro violazione, oltre a generare eventuali obblighi risarcitori in forza dei principi generali sull'inadempimento contrattuale, può, ove ricorrano gli estremi di gravità postulati dall'art. 1455 c.c., condurre anche alla risoluzione del contratto d'intermediazione finanziaria in corso" (così, sent. cit.).

5. Tracciate così le linee essenziali della ricostruzione offerta dalla Suprema Corte e sgomberato il campo dall'ipotizzabilità di una nullità "virtuale" per violazione di norme imperative, esclusa, come si è ricordato, dalla necessità di mantenere ferma la distinzione tra regole di comportamento e regole di validità, operanti in ambiti applicativi distinti e non interagenti tra loro, non va peraltro dimenticato come il Supremo consesso non abbia escluso rilievo ad ipotesi di nullità *ex* secondo e terzo comma art. 1418 c.c.

Ciò chiarito, ritiene il collegio che debba trovare accoglimento la domanda attorea di declaratoria di nullità dell'acquisto dei titoli di cui è causa per difetto di forma scritta, prevista *ad substantiam*: nullità *ex* art. 1418, 2° e 3° comma c.c. (non primo), in virtù dell'art. 23 d.lgs. 58/98, e del precedente art. 18 del d.lgs. 415/96, specifiche applicazioni d'altronde del generale principio di cui all'art. 1325 c.c. Ai sensi dell'art. 23 d.lgs. n. 58/98, "I contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento e accessori sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti. La Consob, sentita la Banca d'Italia, può prevedere con regolamento che, per motivate ragioni tecniche o in relazione alla natura professionale dei contraenti, particolari tipi di contratto possano o debbano essere stipulati in altra forma. Nei casi di inosservanza della forma prescritta, il contratto è nullo".

La norma è peraltro del tutto analoga a quella di cui al precedente art. 18 d.lgs. 415/96, che prevedeva che "i contratti relativi ai servizi previsti dal presente decreto sono redatti in forma scritta e un esemplare è consegnato ai clienti. La Consob, sentita la Banca d'Italia, può prevedere con regolamento che, per motivate ragioni tecniche o in relazione alla natura professionale dei contraenti, particolari tipi di contratto possano o debbano essere stipulati in altra forma. In caso d'inosservanza della forma prescritta il contratto è nullo".

Sia il d.lgs. 58/98, che un successivo regolamento emesso dalla Consob (n. 11522/98 del 1.7.98, art. 30), hanno poi meglio delineato le caratteristiche di tale contratto che "deve:

a) specificare i servizi forniti e le loro caratteristiche;

b) stabilire il periodo di validità e le modalità di rinnovo del contratto, nonché le modalità da adottare per le modificazioni del contratto stesso;

c) indicare le modalità attraverso cui l'investitore può impartire ordini e istruzioni;

d) prevedere la frequenza, il tipo e i contenuti della documentazione da fornire all'investitore a rendiconto dell'attività svolta;

e) indicare e disciplinare, nei rapporti di negoziazione e ricezione e trasmissione di ordini, le modalità di costituzione e ricostituzione della provvista o garanzia delle operazioni disposte, specificando separatamente i mezzi costituiti per l'esecuzione delle operazioni aventi ad oggetto strumenti finanziari derivati e *warrant*;

f) indicare le altre condizioni contrattuali eventualmente convenute con l'investitore per la prestazione del servizio".

Orbene, è sicuro che gli acquisti di obbligazioni argentine operati da tutti gli attori residui non siano state precedute dalla sottoscrizione, successivamente al 1996 (o al 1998) di un apposito contratto-quadro secondo la nuova normativa, avendo la banca convenuta "fondato" gli acquisti di N.P. e T.V. (…) su un contratto stipulato l'11 giugno 1992 (…); quelli di P.V. e P.S., su un contratto sottoscritto il 17 gennaio 1992 (…); quelli di T.E. e M.M. (…) su un contratto firmato il 28.5.1993. Atti definiti dalla Banca quali contratti "per la negoziazione, la sottoscrizione, il collocamento la ricezione, la trasmissione, la mediazione di ordini concernenti strumenti finanziari" (così, in comparsa), in analogia alle nuove denominazioni, ma che invero appaiono formalmente denominati "deposito titoli a custodia ed amministrazione".

Non reputa peraltro il collegio che siffatto atto possa essere considerato come il contratto-quadro imposto dalla normativa: non solo perché non rispondente di certo alle specificazioni richieste dalla nuova disciplina e dalle indicazioni della Consob, ma perché del tutto estraneo all'ambito di applicazione della nuova normativa, di cui dovrebbe costituire

attuazione. Non va infatti dimenticato che alla data di sottoscrizione degli atti di "deposito titoli a custodia ed amministrazione" da parte degli attori agli Istituti di credito era inibito "l'esercizio professionale nei confronti del pubblico dell'attività di negoziazione (in tutte le sue forme, per conto terzi, per conto proprio ovvero sia per conto proprio che per conto terzi) di valori mobiliari, diversi dai titoli di Stato o garantiti dallo Stato, quotati in borsa o negoziati nel mercato ristretto" (così, comunicazione Consob del 21.12.92): non è pertanto possibile che l'atto del 1995 possa essere considerato fondamento dello svolgimento di un'attività che era vietata al momento della sua sottoscrizione, e per la cui attuazione la stessa Consob era intervenuta a precisare la necessità di una stipulazione di nuovo contratto, o quanto meno l'adeguamento di quello vecchio alle nuove norme (cfr. regolamento Consob n. 1124 del 25.2.1998), entro termine peraltro (1.7.1998), abbondantemente scaduto al momento della stipulazione delle operazioni *de quibus* (le operazioni sono del 1999 e del 2000) (*omissis*).

Quindi l'acquisto dei titoli in questione è avvenuto senza la previa sottoscrizione di un valido contratto-quadro, imposto dall'art. 23 T.U.F. cit., e dal previgente art. 18 del d.lgs. 415/96, del tutto mancante, con la consequenziale nullità degli ordini di acquisto che sul medesimo avrebbero dovuto trovare fondamento.

Va da sé che la conclusione non potrebbe mutare neppure se venisse acquisita la prova che gli ordini fissero stati espressamente formulati per iscritto, e che contenessero le indicazioni richieste dalla norma e dai citati regolamenti della Consob (circostanza, quest'ultima, che peraltro non potrebbe mai dirsi provata, non essendo neanche state avanzate istanze istruttorie al riguardo), posto che in ogni caso difetterebbe l'atto presupposto, e cioè il contratto-quadro, la cui forma scritta, aderente alle indicazioni di legge, è richiesta *ad substantiam*.

L'acquisto di *bonds* argentini, rientrante a pieno titolo nei servizi di intermediazione mobiliare di titoli diversi da quelli di Stato o garantiti dallo Stato italiano, non potrebbe pertanto mai trovare fondamento e legittimazione in un contratto di gestione di titoli mobiliari anteriore al 1996 (data di entrata in vigore del d.lgs. 415/96), posto che solo da tale data quei titoli avrebbero potuto essere collocati dalle banche, i cui moduli contrattuali anteriori non potevano disciplinare quella fattispecie (per la nullità di acquisto di titoli avvenuti in forza di contratto quadro stipulato *ante* d.lgs. 415/96 – e ante T.U.F. – cfr. Trib. Parma, 10.10.2007; Trib. Parma, 3.4.2008; Trib. Forlì 12.9.2008; Trib. Teramo, 20.2.2008, che precisa come "... se è vero che il contratto (quadro) ha efficacia immediata, risultando la sua efficacia obbligatoria immediatamente vincolante tra le parti, è anche vero che i suoi effetti si sviluppano nel tempo, sicché deve valutarsi, con riferimento a ciascun singolo ordine di

acquisto, se sussistevano o meno le condizioni legittimanti l'operazione di investimento. Seguendo, pertanto, tale tipo di ragionamento, se ne deduce che il contratto quadro sottoscritto nel 1994 non può essere più reputato strumento idoneo (impossibilità giuridica sopravvenuta) a spiegare i suoi effetti di titolo legittimante le operazioni di investimento intervenute successivamente alla modifica del quadro normativo"; e che equipara tale situazione al "caso del c.d. *factum principis* che incida sui rapporti già in atto", atto ad incidere "solo per gli ordini di acquisto che siano stati fatti dopo l'entrata in vigore della normativa medesima. L'intervenuta modifica legislativa, quindi, da un lato viene a spiegare effetti risolutivi nei confronti del contratto quadro e, dall'altro, viene a spiegare effetti invalidanti sui singoli ordini di acquisto eseguiti dopo l'entrata in vigore sia del d.lgs. n. 415/96 che del T.U.F.".

6. L'accoglimento di tale censura, da cui consegue l'esito favorevole della domanda per la nullità degli ordini di acquisto – in quanto privi di titolo per la mancanza di un valido contratto-quadro –, determina l'assorbimento delle residue censure, oltre che delle diverse domande di annullamento e risoluzione.

7. L'accoglimento della domanda volta all'accertamento della nullità dovrà determinare i consequenziali effetti restitutori: da un lato, l'istituto bancario dovrà procedere alla restituzione agli attori delle somme di denaro costituenti il corrispettivo dei titoli acquistati, rispettivamente (*omissis*), dall'altro, in capo agli attori grava il conseguente obbligo di procedere alla restituzione dei titoli alla Banca (*omissis*).

(1) La nullità del "contratto quadro" di intermediazione finanziaria per vizio di forma.

Il giudice perugino, in un contesto relativo alla sottoscrizione dei famigerati bond argentini, affronta la questione della nullità del così detto contratto quadro di intermediazione in strumenti finanziari per difetto della forma scritta [(1)].

Come noto, già il primo comma della lettera c) dell'art. 6 della l. 2 gennaio 1991 n. 1 prescriveva che le società di intermediazione mobiliare dovevano "stabilire i rapporti con il cliente stipulando un contratto scritto nel quale siano indicati la natura dei servizi forniti, le modalità di svolgimento dei servizi stessi e l'entità e i criteri di calcolo della loro remunerazione, nonché le altre condizioni particolari convenute con il cliente".

[(1)] In dottrina, cfr. da ultimo Sangiovanni, *L'art. 23 T.U.F. e la sottoscrizione del contratto quadro*, in *Giur. it*., 2009, I, 2, 7.

E la Consob con il primo regolamento attuativo della legge (n. 8850 del 1994) ha analiticamente disciplinato il contenuto di tale contratto ribadendo altresì il divieto per gli intermediari autorizzati di fornire in mancanza servizi di intermediazione finanziaria.

Tale vincolo di forma è stato mantenuto nella successiva normativa fino ad arrivare, attraverso l'art. 18 del d.lgs. 415/96, che ha previsto espressamente anche la nullità relativa di tali contratti, all'attuale formulazione dell'art. 23 del d.lgs. 58/98 che prevede che i contratti relativi alla prestazione di servizi di investimento (escluso quello di consulenza) sono redatti per iscritto ed in caso di inosservanza della forma prescritta il contratto è nullo ma tale nullità può essere fatta valere solo dal cliente.

La Consob ha ovviamente continuato a disciplinare in via regolamentare il contenuto di tali contratti: il testo attualmente in vigore dell'art. 37 del regolamento Consob n. 16190/97 prevede che il contratto: *a*) specifica i servizi forniti e le loro caratteristiche, indicando il contenuto delle prestazioni dovute e delle tipologie di strumenti finanziari e di operazioni interessate; *b*) stabilisce il periodo di efficacia e le modalità di rinnovo del contratto, nonché le modalità da adottare per le modificazioni del contratto stesso; *c*) indica le modalità attraverso cui il cliente può impartire ordini e istruzioni; *d*) prevede la frequenza, il tipo e i contenuti della documentazione da fornire al cliente a rendiconto dell'attività svolta; *e*) indica e disciplina, nei rapporti di esecuzione degli ordini dei clienti, di ricezione e trasmissione di ordini, nonché di gestione di portafogli, la soglia delle perdite, nel caso di posizioni aperte scoperte su operazioni che possano determinare passività effettive o potenziali superiori al costo di acquisto degli strumenti finanziari, oltre la quale è prevista la comunicazione al cliente; *f*) indica le remunerazioni spettanti all'intermediario o i criteri oggettivi per la loro determinazione, specificando le relative modalità di percezione e, ove non diversamente comunicati, gli incentivi ricevuti in conformità dell'articolo 52; *g*) indica se e con quali modalità e contenuti in connessione con il servizio di investimento può essere prestata la consulenza in materia di investimenti; *h*) indica le altre condizioni contrattuali convenute con l'investitore per la prestazione del servizio; *i*) indica le eventuali procedure di conciliazione e arbitrato per la risoluzione stragiudiziale di controversie, definite ai sensi dell'articolo 32-*ter* del Testo Unico.

Con l'evoluzione del sistema hanno anche perso importanza le originarie società di intermediazione mobiliare (introdotte dalla l. 1/91) a vantaggio degli istituti bancari (mentre nella prima fase molte banche avevano costituito *a latere* delle Sim per l'attività di intermediazione finanziaria).

Mentre le società di intermediazione mobiliare hanno quindi dovuto affrontare il problema della predisposizione del contratto quadro fin dalla loro istituzione, gli istituti bancari, quando sono stati abilitati anche all'attività di intermediazione in strumenti finanziari, si sono dovuti porre il problema della redazione di appositi contratti che disciplinassero la negoziazione,

la sottoscrizione, il collocamento e la raccolta di ordini concernenti valori mobiliari in conformità alla normativa, principale e regolamentare, *pro tempore* vigente.

Ovviamente a tal fine erano irrilevanti le tecniche usate, ad esempio la predisposizione di più contratti separati o, meglio sotto il profilo della tecnica contrattuale dato che consente la redazione di una parte generale valida per tutti i servizi, di un unico contratto recante tutte le norme contrattuali sulla prestazione dei servizi bancari e finanziari, ma non poteva essere più idoneo a tal fine il "vecchio" contratto di deposito di titoli a custodia ed amministrazione che, al di là di irrilevanti questioni nominalistiche, era nella stragrande maggioranza dei casi rimasto identico per contenuto a quello già previsto dalle norme uniformi bancarie e, se in concreto rimasto con quel contenuto, non avrebbe potuto regolamentare i "nuovi" servizi.

Il contratto di intermediazione finanziaria è poi chiamato anche contratto "quadro" in quanto costituisce la cornice pattizia di cui i singoli successivi ordini da parte del cliente sono atti attuativi.

Ovviamente, contrariamente a quanto scritto in *obiter* nella sentenza commentata, nulla impedisce in teoria di fare un completo contratto *ad hoc* per ogni singolo ordine [(2)], ma ciò, tranne casi eccezionali, va contro le normali esigenze di operatività sia della banca che del cliente.

La possibilità di far valere la nullità relativa, per vizio di forma, dell'originario contratto quadro, in riferimento a tutte le operazioni compiute successivamente dal cliente, ha comportato che, in presenza di perdite dovute alle più svariate ragioni, tra cui anche l'oggettivo andamento dei mercati (e ciò desta perplessità sulla radicale scelta operata dal legislatore [(3)], tale questione fosse spesso proposta in giudizio essendo, qualora fondata, più agevole argomento rispetto all'identificazione di violazioni di obblighi di comportamento dell'intermediario che si concretassero in ipotesi di responsabilità precontrattuale o di inadempimento contrattuale.

A parte la remota possibilità di inesistenza *tout court* di una cornice contrattuale in forma scritta [(4)], la maggior parte delle questioni controverse riguardano, come nella specie, l'idoneità del testo contrattuale sottoscritto (a prescindere dalla sua intestazione nominalistica) ad essere considerato o meno un contratto quadro di intermediazione finanziaria ai sensi della

---

[(2)] Cfr. anche Trib. Monza, 19 febbraio 2008, in *sito Il caso*, 2008 e Trib. Novara, 18 gennaio 2007, *ivi*, 2007.

[(3)] Motivo per cui Trib. Pescara, 30 giugno 2006, in *sito Il caso*, 2006, in tema però di forma convenzionale *ad substantiam,* ha ritenuto che sia ravvisabile una revoca tacita del c.d. patto di forma nel comportamento dell'investitore, che in presenza di ordini impartiti in difformità di quanto previsto nel contratto non ne abbia mai contestato l'esecuzione.

[(4)] Trib. Catania, 3 dicembre 2005, in *Nuova giur. civ*., 2006, 1239, con nota di Muccioli, *Intermediazione finanziaria e strumenti di tutela degli investitori*.

normativa speciale volta per volta vigente o che l'oggetto del contratto potesse ricomprendere anche la specifica operazione contestata [5].

E lo stesso evolversi della normativa, sia primaria che secondaria, ha comportato ulteriori questioni relative al fatto se il contratto di intermediazione finanziaria stipulato secondo la precedente normativa fosse o no idoneo, nei suoi elementi essenziali, anche per la nuova.

A tal fine si deve ritenere che non sia imposto il rinnovo dei contratti dopo ogni modifica normativa ma si debba valutare il loro contenuto, limitatamente ai soli elementi essenziali (a nulla rilevando a tal fine quelli accidentali), facendo anche applicazione dei principi di etero integrazione del contratto stesso [6].

È poi da ritenere che in alcun caso può dar luogo a nullità l'omissione nelle clausole del contratto di prescrizioni regolamentari che attengono alla disciplina dei comportamenti degli intermediari, disciplina che come tale non incide sul momento genetico del contratto ma solo sull'esecuzione di esso [7].

---

[5] Cfr. Cass., 25 giugno 2008 n. 17341, in *sito Il caso*, 2008, in una fattispecie in cui il contenuto del contratto quadro menzionava espressamente, facendo riferimento ai relativi mercati, solo derivati italiani e non i derivati esteri successivamente sottoscritti dal cliente.

[6] Da ultimo Trib. Bergamo, 27 aprile 2009, in *sito Il caso*, 2009. Che il contenuto minimo del contratto comprenda solo la indicazione della natura dei servizi forniti, della modalità di svolgimento del servizio e dell'entità e dei criteri di calcolo della remunerazione dell'intermediario v. Trib. Torino, 24 luglio 2008, in *sito Il caso*, 2009; Trib. Reggio Emilia, 29 gennaio 2008, ined. Per la tesi contraria che il contratto si deve conformare alle prescrizioni di natura imperativa ed inderogabile emanate dopo la sua stipulazione v. Trib. Saluzzo, 28 aprile 2009, in *sito Il caso*, 2009. Analogamente Trib. Parma, 8 marzo 2009, in *sito Il caso*, 2009; Trib. Bologna, 2 marzo 2009, in *sito Il caso*, 2009, che ritengono applicabile la risoluzione per impossibilità sopravvenuta.

[7] Trib. Venezia, 28 febbraio 2008, in *sito Il caso*, 2008. Tale interpretazione si fonda su argomenti analoghi a quelli che hanno portato le sezioni unite della S.C. ad escludere la nullità virtuale per la violazione degli obblighi di comportamento: Cass., s.u., 19 dicembre 2007, n. 26724 e n. 26725, in *Giur. it*., 2008, 347, con nota di Cottino, *La responsabilità degli intermediari finanziari e il verdetto delle sezioni unite: chiose, considerazioni, e un elogio dei giudici*; in *Contratti*, 2008, 221, con nota di Sangiovanni, *Inosservanza delle norme di comportamento: la cassazione esclude la nullità*; in *Corr. giur*., 2008, 223, con nota di Mariconda; in *Danno e resp*., 2008, 525, con note di Roppo e di Bonaccorsi; in *Dir. giur*., 2008, 407, con nota di Russo; in *Giur. comm*., 2008, II, 604; in *Giust. civ*., 2008, I, 2775, in *Società*, 2008, 449., con nota di Scognamiglio. Cfr. anche Cesiano, *Gli obblighi dell'intermediario finanziario nella prestazione dei servizi di investimento dagli orientamenti della giurisprudenza di merito alle Sezioni Unite*, in *Riv. dir. soc*., 2008, 614 ss.; Gentili, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *Contratti*, 2008, 393 ss.; Maffeis, *Dopo le Sezioni Unite: l'intermediario che non*

Di conseguenza non può essere pronunciata la nullità del contratto quadro quando siano presenti gli elementi essenziali di esso (indicazione della natura dei servizi forniti, della modalità di svolgimento del servizio e dell'entità e dei criteri di calcolo della remunerazione dell'intermediario), non dovendo l'intermediario "copiare" nel contratto tutte le norme di comportamento prescritte dalla normativa primaria e secondaria (e non a caso oggi gli avvertimenti in merito alla rischiosità degli investimenti sono stati inseriti dal regolamento attuativo non più nel contratto quadro ma in un apposito documento, denominato "documento sui rischi generali degli investimenti finanziari" da consegnare a parte ai clienti in occasione dell'inizio del rapporto).

Infine per quanto riguarda le prescrizioni inderogabili che però non fanno parte dell'oggetto del contratto o degli altri suoi elementi essenziali, il contratto quadro, come ogni altro contratto, si adegua automaticamente attraverso il meccanismo degli artt. 1374 e 1419, secondo comma c.c. [8].

In particolare è stato correttamente ritenuto [9], a seguito di emanazione nel tempo di diversi regolamenti Consob, che qualora il contratto quadro contenesse riferimenti ad un regolamento Consob abrogato alla data della sua stipula ciò non rendeva invalido l'intero contratto quadro ma semmai comportava solo la nullità delle singole clausole incompatibili con la nuova normativa che devono intendersi dalla stessa sostituite con un meccanismo di etero integrazione del contratto.

Va quindi utilizzata dai giudici molta cautela nell'addivenire a pronunce di nullità del contratto quadro, analizzando attentamente il contenuto di esso e ricorrendo alle fonti di etero integrazione, senza cedere ad esigenze di giustizialismo che nella materia dell'intermediazione finanziaria spesso hanno visto premiati investitori senza scrupoli e puniti investitori invece effettivamente bisognosi di protezione.

MASSIMO EROLI

---

si astiene restituisce al cliente il denaro investito, in *Contratti*, 2008, 555 ss.; PROSPERI, *Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali (a proposito di Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725)*, in *Contr. e impr.*, 2008, 936 ss.

[8] In dottrina cfr. SANGIOVANNI, *Mancato aggiornamento del contratto quadro e "nullità sopravvenuta"* in *Contratti,* 2008, 653; SALANITRO, *Società per azioni e mercati finanziari*, Milano, 2000, 186.

[9] Da Trib. Orvieto, 6 febbraio 2008, ined. (estensore Baglioni).

TRIBUNALE DI PERUGIA – 20 febbraio 2009, n. 185 – *Pres*. CRISCUOLO – *Est*. RANA – Banca Toscana s.p.a. (avv. Santerini) c. Fallimento T.C.

Fallimento – Creditore pignoratizio – Vendita del pegno – Modalità – Istanza ammissione al passivo – Necessità – Credito privilegiato – Insussistenza (l. fall., art. 53).

La realizzazione di un credito pignoratizio attraverso la riscossione di somme rappresentate da strumenti finanziari costituiti in pegno senza l'osservanza delle forme prescritte dalla legge fallimentare, fa venir meno il diritto reale di garanzia sulle somme già rappresentate dai titoli, per cui, nonostante l'avvenuta restituzione all'amministrazione fallimentare delle somme illegittimamente incamerate dopo il fallimento, deve essere respinta la richiesta di ammissione al passivo in via privilegiata dell'importo relativo alle somme restituite, dovendo il credito essere ammesso in via chirografaria non essendo più esistente, senza colpa degli organi fallimentari, il bene sul quale gravava la garanzia reale (1).

(*Omissis*). La Banca Toscana spa, in persona del legale rappresentante p.t., con ricorso del 26.5.2005, notificato il 30.6.2005, premesso di essere creditrice di C.T. della complessiva somma di € 29.636,16 quale residuo di finanziamento erogato a seguito di sottoscrizione del 14.3.2001 del piano finanziario denominato 4-YOU; che il finanziamento era garantito da pegno su strumenti finanziari; che dalla escussione diretta del pegno, mediante vendita dei titoli era stata ricavata la somma di euro 28.407,95; chiede l'ammissione al passivo del fallimento "C.T." nella misura di € 28.407,95 in via privilegiata e di € 1.228,21 in chirografo (*omissis*).

È pacifica la circostanza della escussione del pegno dopo la dichiarazione di fallimento e della restituzione del relativo importo al curatore (v. documentazione allegata dalla ricorrente alla memoria del 2.10.2006). Così com'è pacifico che il credito della ricorrente ammonti a complessive € 28.636,16 di cui € 28.407,95 rappresentano il ricavato della vendita dei titoli ricevuti in pegno.

Con la disposizione di cui all'art. 53 l.f. il legislatore riconosce al creditore pignoratizio la possibilità di realizzare il proprio credito anche durante il fallimento. Per contemperare questa forma di autotutela esecutiva del credito con le esigenze della massa dei creditori del fallito il legislatore condiziona l'esercizio dell'autotutela alla preventiva ammissione al passivo con prelazione del creditore pignoratizio ed all'autorizzazione alla vendita da parte degli organi della procedura. La pretesa

del creditore pignoratizio si può realizzare, quindi, solo nell'ambito del fallimento e non fuori da esso.

Nel caso in esame la buona fede della ricorrente è evidente (è ciò vale di per sé solo ad elidere ogni possibilità anche solo astratta di configurazione di ipotesi delittuosa *ex* art. 232 nr. 1 l.f.) posto che la banca, resasi conto di aver venduto dopo il fallimento senza le prescritte autorizzazioni e senza la preventiva insinuazione ed ammissione al passivo, ha subito restituito al curatore l'importo incamerato avanzando domanda di insinuazione al passivo, con ciò dimostrando che non era sua intenzione sottrarre alcunché alla procedura.

Rimane pur sempre il fatto che la vendita è avvenuta in violazione dell'art. 53 l.f. Da ciò consegue che l'importo richiesto può essere ammesso nella misura indicata, ma solo in via chirografaria non potendosi riconoscere l'invocato privilegio sia perché non esiste più (per fatto che non è addebitabile né al fallito né al curatore) il bene mobile "vincolato" alla garanzia pignoratizia, sia perché detta garanzia non può essere automaticamente trasferita su un bene diverso (la somma di denaro ricavata dalla vendita degli strumenti finanziari), sia, infine, perché la vendita dei titoli è avvenuta in violazione delle prescrizioni del citato art. 53 alla cui osservanza il legislatore ha subordinato il diritto del creditore pignoratizio a vendere i beni pignorati per soddisfarsi con il ricavato (*omissis*).

Ammette la ricorrente al passivo del fallimento "C.T." per € 29.636,16 in via chirografaria (*Omissis*).

(1) Data la particolarità del caso, non constano molti precedenti editi specifici.

Intanto occorre chiarire che, quando il contratto di costituzione di pegno riconosca al creditore pignoratizio il potere di disporre dei titoli per soddisfarsi dei propri crediti, si esula dall'ipotesi di pegno regolare, e si rientra, viceversa, nella disciplina prevista dall'art. 1851 c.c., del pieno irregolare, in base alla quale il creditore garantito acquisisce la somma portata dal titolo o dal documento, che dovrà restituire al momento dell'adempimento o, in caso di inadempimento, dovrà rendere per quella parte eccedente l'ammontare del credito garantito, determinata in relazione al valore delle cose al tempo della relativa scadenza.

Di conseguenza, il creditore assistito da pegno irregolare, a differenza di quello assistito da pegno regolare, non può (per carenza di interesse) e non è tenuto ad insinuarsi nel passivo fallimentare, ai sensi dell'art. 53 l. fall., per il soddisfacimento del proprio credito (Cass., 6 dicembre 2006, n. 26154, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2008, II, 469; Cass., sez. un., 14 maggio 2001, n. 203, in *Dir. fall.*, 2001, II, 1168; Cass., 9 maggio 2000, n. 5845, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce *Fallimento*, n. 462).

Nel caso di specie, trattandosi di pegno regolare, occorreva rispettare il procedimento previsto dall'art. 53 l. fall.

Secondo il paradigma legale, il creditore pignoratizio, una volta effettuata l'ammissione al passivo con prelazione, può chiedere al giudice delegato di essere autorizzato alla vendita del bene pignorato, secondo le modalità da questi stabilite, ovvero ottenere l'assegnazione in pagamento del credito oggetto del privilegio nel fallimento (Trib. Cagliari, 17 agosto 1998, in *Riv. giur. sarda*, 1999, 183, con nota di CICERO, *Sull'ammissibilità dell'assegnazione in pagamento nell'esecuzione fallimentare*); al contempo il curatore può essere autorizzato, in ogni tempo, a riprendere le cose date in pegno oppure a chiederne la vendita, senza che tali iniziative possano subire preclusione alcuna da parte del creditore pignoratizio, neppure in relazione al precetto normativo previsto dall'art. 2798 c.c. (Trib. Perugia, 7 luglio 1989, in *Fallimento*, 1990, 82, con nota di PATELLI, *L'art. 53 legge fallimentare e l'assegnazione del bene costituito in pegno*).

Ora, esiste accordo nel valutare quale sorte debba subire la somma illegittimamente incassata dal creditore pignoratizio, nel senso che il titolare di un pegno di credito conserva la legittimazione esclusiva a riscuotere il credito concessogli in garanzia (c.d. *ius exigendi*) anche dopo la dichiarazione di fallimento del proprio debitore, senza necessità di alcuna preventiva verificazione o autorizzazione degli organi fallimentari, ma non può soddisfare concretamente il credito garantito attraverso l'apprensione di quanto ottenuto se prima non è stato ammesso al passivo con diritto di prelazione, e non ha ricevuto l'autorizzazione del giudice delegato, ai sensi dell'art. 53 l. fall.

Di conseguenza, il creditore che non abbia chiesto l'ammissione al passivo con prelazione, e non sia stato autorizzato a trattenere la somma riscossa a scomputo del proprio credito, deve consegnare detta somma alla curatela fallimentare (App. Cagliari, 24 luglio 1984, in *Riv. giur. sarda*, 1986, 35; Trib. Cagliari, 3 giugno 1983, *ivi*, 1986, 34).

I contrasti sorgono quando si tratta di stabilire quale sorte spetti in sede fallimentare al credito che è stato riscosso senza rispettare le formalità di cui all'art. 53 l. fall.

Secondo alcuni, nel caso di pegno di credito qualora il credito assoggettato a pegno venga riscosso dal creditore pignoratizio, il diritto di prelazione si trasferisce sul danaro ricevuto determinando un pegno irregolare su un importo pecuniario; tale diritto di prelazione non si estingue con la consegna della somma al curatore del fallimento del debitore titolare del credito (salvo non risulti che il creditore pignoratizio intendeva rinunciare alla sua posizione preferenziale) (App. Cagliari, 24 luglio 1984, cit.).

Giungendo alla stessa conclusione, ma con argomentazioni diverse, la S.C. ha stabilito che, qualora il creditore del fallito, che sia garantito da un pegno di credito, realizzi questo prima dell'ammissione al passivo, in violazione dell'art. 53 l. fall., il creditore medesimo è tenuto a consegnare al

curatore la somma riscossa, ma non perde, una volta che abbia ottemperato a tale obbligo, il diritto di prelazione, posto che una siffatta sanzione non è prevista ed è estranea alla *ratio* di detta norma (Cass., 2 febbraio 1989, n. 651, in *Fallimento*, 1989, 603, in *Giust. civ*., 1989, I, 1366, in *Dir. fall*., 1989, II, 584, in *Nuova giur. civ. comm*., 1989, I, 784, con nota di De Poli, *Libretto di deposito a risparmio - Pegno - Fallimento - Creditori in privilegio*).

In senso contrario – e si tratta della via seguita dal giudice perugino – si afferma che l'avvenuta illegittima realizzazione di un credito pignoratizio attraverso la riscossione delle somme rappresentate in un libretto di deposito bancario senza l'osservanza delle forme prescritte dalla legge fallimentare, fa venir meno il diritto reale di garanzia sulle somme già rappresentate nel libretto; di conseguenza, avvenuta la restituzione alla amministrazione fallimentare delle somme illegittimamente incamerate dopo la data del fallimento, non è giustificata la richiesta di ammissione al passivo in via privilegiata dell'importo relativo alle somme restituite (Trib. Cagliari, 3 giugno 1983, cit.).

A mo' di corollario, si può osservare che la prelazione del creditore ipotecario, ritualmente ammesso al passivo fallimentare, deve intendersi estesa agli interessi maturati sulla somma ricavata dalla vendita del bene ipotecato, tenuto conto della mancanza, nella disciplina dell'esecuzione concorsuale, di una previsione contraria od incompatibile con tale estensione, operante nell'ambito dell'esecuzione individuale (Cass., 29 gennaio 1982, n. 572, in *Dir. fall*., 1982, II, 644, in *Giur. comm*., 1982, II, 590).

TRIBUNALE DI TERNI – 1° luglio 2009 (decr.) – *Pres*. Lanzellotto – *Est*. Vella – 2002 E. s.r.l. in liquid. (avv. Tenneroni).

Fallimento – Istanza presentata dall'imprenditore – Onere probatorio – Mancato assolvimento – Rigetto della domanda – Necessità (l. fall., artt. 1, 5 e 6).

Fallimento – Istanza presentata dall'imprenditore – Istruttoria prefallimentare – Oneri probatori – Prova dei presupposti di fallibilità – Poteri del giudice (l. fall., artt. 6 e 15).

La domanda di fallimento può essere decisa dal tribunale sulla base dell'intero materiale probatorio prodotto dalle parti o anche acquisito d'ufficio, mentre l'onere probatorio posto a carico dell'imprenditore è

destinato ad operare solo come regola di giudizio suppletiva, nel caso in cui quel materiale acquisito non consenta di accertare che le soglie contemplate dalle lett. a), b) e c) non siano state superate, diversamente dal fatto impeditivo di cui all'art. 15 ult. co. l. fall., che non presuppone alcuno specifico onere probatorio e preclude radicalmente la dichiarazione di fallimento ove non sia accertato che i debiti scaduti siano uguali o superiori a trentamila euro (1).

La fattispecie del c.d. fallimento in proprio rappresenta solo una regola di incidenza dell'onere della prova, da applicare nel caso in cui il materiale comunque acquisito agli atti del processo non consenta di esprimere il relativo giudizio, posto che, diversamente, non vi sarebbe nemmeno un soggetto legittimato alla proposizione dell'eccezione; né può assumersi come configurabile nell'ordinamento un "diritto di fallire" esentato da ogni tipo di verifica giudiziale sol che la relativa domanda provenga dall'imprenditore, sia perché la dichiarazione di fallimento comporta alcune conseguenze che potrebbero porsi in contrasto con diritti soggettivi di terzi (ad es. l'esdebitazione o la revocatoria fallimentare), sia perché resta fermo, anche in sede concorsuale, il principio generale di economia processuale, per cui va evitata l'apertura di procedure complesse e costose in casi di insolvenza che non determinino riflessi significativi nell'economia generale (2).

(*Omissis*). Con ricorso *ex* art. 6 l. fall. depositato in data 20.4.09 ed iscritto al n. 38/09 RIF, il liquidatore della società "2002 E. s.r.l. in liquidazione", C.C., ha chiesto dichiararsi il fallimento della società da lui legalmente rappresentata, costituita nell'anno 1995, avente ad oggetto il commercio di elettrodomestici e posta in liquidazione dal 10.7.00.

Nella domanda di fallimento "in proprio", il ricorrente ha dedotto di versare in stato di insolvenza per l'impossibilità di pagare il debito verso l'erario scaturito da accertamenti tributari risalenti all'anno 1999 (seguiti da una domanda di condono *ex* l. 289/02 con pagamento della sola prima rata), attualmente ammontante ad € 165.894,00 (oltre interessi sulle rate successive di condono) e rappresentante la sola esposizione debitoria della società (accanto a piccole pretese della CCIAA per diritti annuali non versati).

A corredo della domanda è stata allegata cospicua documentazione contabile, dal cui esame emerge inequivocabilmente che le tre soglie di attivo patrimoniale, ricavi lordi e debiti, ora prescritte dall'art. 1 co. 2 lett. a), b) e c) l. fall., non sono superate.

Occorre quindi valutare le conseguenze di questa circostanza di fatto.

Com'è noto, la riformulazione dell'art. 1 l. fall. ad opera del c.d. cor-

rettivo (d. lgs. n. 169/07) ha posto una sorta di "presunzione di fallibilità" – *iuris tantum* – dell'imprenditore commerciale, statuendo il secondo comma che "non sono soggetti alle disposizioni sul fallimento" (e sul concordato preventivo) gli imprenditori commerciali (diversi dagli enti pubblici) "i quali dimostrino il possesso congiunto dei seguenti requisiti" [di cui alle menzionate lett. a), b) e c) del medesimo comma].

Se, alla luce di tale riformulazione, può ritenersi ormai pacifico che gravi sul debitore l'onere di provare il mancato superamento dei nuovi limiti dimensionali posti dal legislatore, tuttavia si discute in dottrina e giurisprudenza se anche il tribunale possa o meno rilevare d'ufficio la carenza dei requisiti in questione (v. per la tesi favorevole Trib. Tolmezzo, 14.10.08 e per la tesi contraria Trib. Napoli, 1.10.08, entrambi in *Fall*., 2009, 597).

In altri termini, ci si interroga se i fatti impeditivi di cui al secondo comma dell'art. 1 l. fall. configurino una eccezione in senso stretto o propria (rilevabile solo dalla parte), ovvero una eccezione in senso ampio o mera difesa (rilevabile anche d'ufficio), tenendo conto che il *proprium* della prima categoria è stato individuato – in difetto di una espressa previsione normativa – ora con riferimento all'assenza di profili pubblicistici (tesi però non verificata nel caso dell'eccezione di prescrizione, sicuramente propria e altrettanto sicuramente munita di riflessi pubblicistici: cfr. art. 2936 c.c.) ora, più articolatamente, nella correlabilità del fatto che la fonda alla possibile *causa petendi* di una azione costitutiva (p. es. eccezione di annullabilità e compensazione), se non addirittura in termini di "controdiritto" del convenuto (v. Cass. n. 6272/98).

Ora, a prescindere dal fatto che, anche alla luce dei criteri indicati, l'eccezione in discussione presenta ad avviso del collegio i tratti propri dell'eccezione in senso lato, come tale rilevabile anche d'ufficio, si ritiene che la soluzione della questione vada ricercata, piuttosto, sul piano dell'onere della prova e dei poteri istruttori del giudice del procedimento prefallimentare.

In particolare, l'art. 15 l. fall. co. 4 impone al tribunale di ordinare all'imprenditore la produzione della documentazione contabile correlata ai requisiti soggettivi di cui all'art. 1 l. fall. (bilanci relativi agli ultimi tre esercizi), accanto al potere di acquisire eventuali ulteriori informazioni urgenti; analogamente, il successivo co. 6 menziona espressamente, accanto ai mezzi istruttori richiesti dalle parti, quelli disposti d'ufficio.

Pare quindi innegabile che l'intera istruttoria prefallimentare – e la dichiarazione di fallimento che rappresenta il *petitum* immediato – non sia rimessa esclusivamente all'iniziativa di parte, ma contempli un margine di attività istruttoria officiosa, evidentemente connessa agli innegabili profili pubblicistici del procedimento, che permangono

nonostante il venir meno della iniziativa d'ufficio per la dichiarazione di fallimento.

Pertanto, può concludersi che la domanda di fallimento possa essere decisa dal tribunale sulla base dell'intero materiale probatorio prodotto dalle parti o anche acquisito d'ufficio e che l'onere probatorio posto a carico dell'imprenditore dall'art. 1 co. 2 l. fall. sia invece destinato ad operare solo come regola di giudizio suppletiva, per il caso in cui quel materiale acquisito non consenta di accertare che le soglie contemplate dalle lett. a), b) e c) non siano state superate, diversamente dal fatto impeditivo di cui all'art. 15 ult. co. l. fall., che non presuppone alcuno specifico onere probatorio e preclude radicalmente la dichiarazione di fallimento ove non sia accertato che i debiti scaduti siano uguali o superiori a trentamila euro; il tutto in coerenza con il principio della "vicinanza della prova", che costituisce ormai diritto vivente in vari settori dell'ordinamento (v. *ex multis* Cass. s.u. n. 13533/01; Cass. n. 17874/02; n. 11488/04; n. 20326/07; n. 9439/08).

Questo, del resto, sembra essere l'orientamento di recente assunto dalla Suprema Corte (Cass., 15 maggio 2009, n. 11309), laddove precisa che "le norme che distribuiscono tra le parti l'onere della prova individuano la parte cui la decisione risulterà sfavorevole anche se risultasse solo incerto alcuno dei fatti rilevanti, posto che il procedimento giurisdizionale non può concludersi con un *non liquet* e quindi una decisione deve essere comunque assunta, pur quando manchino tutte le informazioni necessarie ad accertare i fatti costitutivi o modificativi o impeditivi o estintivi dei diritti controversi", richiamando la copiosa giurisprudenza per cui "l'indagine sull'incidenza dell'onere della prova è rilevante e necessaria soltanto in relazione ai fatti decisivi che il giudice non possa accertare *iuxta alligata et probata*, nel senso che, di fronte al risultato negativo della prova della domanda o della eccezione, il giudice non può che trarre, dall'inadempimento dell'onere probatorio, la conseguenza della soccombenza della parte che quella prova era tenuta a dare; è invece superflua quella indagine quando il giudice, dalle prove acquisite al processo e da qualunque parte fornite, può desumere il proprio convincimento sulla verità dei fatti allegati a fondamento della domanda o della eccezione; nel qual caso, mentre il giudice ha il potere-dovere di valutare le prove nel loro complesso e indipendentemente dalla loro provenienza dall'una o dall'altra parte, ciascuna di queste, d'altronde, deve subire il vaglio cui il giudice sottopone quelle prove, quale che ne sia stato l'esito ed a prescindere dal fatto che l'onere della prova fosse o meno a suo carico" (Cass., sez. III, 15 maggio 1974, n. 1385; 7 dicembre 1976, n. 4562; 20 febbraio 1979, n. 1094; 1° aprile 1980, n. 2118; Cass. sez. lav. 3 aprile 1992, n. 4118).

Tali conclusioni appaiono valide non solo con riferimento all'ecce-

zione di cui all'art. 1 co. 2 l. fall., ma anche con riferimento all'azione dello stesso debitore *ex* art. 6 l. fall., sebbene la fattispecie presenti la particolarità che la parte astrattamente legittimata a proporre l'eccezione di non fallibilità è la stessa che agisce per la declaratoria di fallimento; in altri termini, se addirittura dallo stesso materiale probatorio allegato dal ricorrente emerge chiaramente – come nel caso in esame – che le soglie di cui alle lettere a), b) e c) non sono superate, non può – ciò nonostante – accedersi alla dichiarazione di fallimento sol perché – paradossalmente – non sia stata sollevata dallo stesso ricorrente una eccezione alla propria domanda.

Anzi, a ben vedere la fattispecie del c.d. fallimento in proprio rende ancora più evidente che quella posta dal secondo comma dell'art. 1 l. fall. rappresenta solo una regola di incidenza dell'onere della prova, da applicare nel caso in cui il materiale comunque acquisito agli atti del processo non consenta di esprimere il relativo giudizio, posto che, diversamente, non vi sarebbe nemmeno un soggetto legittimato alla proposizione dell'eccezione; né può assumersi come configurabile nell'ordinamento un "diritto di fallire" (cfr. Trib. Napoli 23.4.08, *Fall*., 2008, 1445), esentato da ogni tipo di verifica giudiziale sol che la relativa domanda provenga dall'imprenditore, sia perché la dichiarazione di fallimento comporta alcune conseguenze che potrebbero porsi in contrasto con diritti soggettivi di terzi (si pensi all'esdebitazione o alla revocatoria fallimentare) sia perché resta fermo, anche in sede concorsuale, il principio generale di economia processuale, per cui va evitata l'apertura di procedure complesse e costose in casi di insolvenza che non determinino riflessi significativi nell'economia generale (v. Corte cost. n. 94/70 e n. 570/89), quali, nella stessa valutazione del legislatore della riforma, quelli afferenti imprese che non superino le soglie indicate nell'art. 1 l. fall.

Un ulteriore riscontro alla tesi qui sostenuta si rinviene nella recentissima sentenza della Corte costituzionale n. 198 del 24.6-1.7.09, con cui la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 1 co. 2° l. fall., sollevata dal Tribunale di Napoli, sez. fall., con ordinanze n. 258 del 16 maggio 2008 e n. 421 del 21 luglio 2008, è stata dichiarata inammissibile con riferimento all'art. 3 Cost. e infondata con riferimento all'art. 76 Cost.

Tra le argomentazioni addotte dal giudice remittente, vi era anche quella relativa all'istanza di fallimento in proprio, per la quale si sosteneva che l'imprenditore avrebbe potuto artatamente sottrarsi all'onere di dimostrare la sua non assoggettabilità al fallimento e, così, conseguire la dichiarazione di fallimento anche in mancanza dei presupposti soggettivi.

Il giudice delle leggi ha al riguardo sostenuto che, "per privare di significato il pur suggestivo rilievo, basti osservare che l'art. 14 della

legge fallimentare prevede, a carico del debitore che chieda il proprio fallimento, degli adempimenti istruttori – significativamente qualificati in sede normativa alla stregua di obblighi e non di oneri – tali da rimuovere le preoccupazioni paventate dal Tribunale rimettente. Che gli adempimenti richiesti debbano avere tale qualificazione risulta non solo dal dato, notoriamente non decisivo ma neppure neutro, offerto dalla stessa rubrica dell'articolo di legge in discorso intitolata "obblighi dell'imprenditore che chiede il proprio fallimento", ma anche dal reiterato uso del verbo "deve" da parte del legislatore con riferimento alla attività di deposito documentale da compiersi da parte del debitore istante".

La Corte ha poi osservato che la soluzione prospettata dal tribunale partenopeo, circa l'opportunità di eliminare l'onere probatorio a carico dell'imprenditore, "avrebbe delle conseguenze i cui effetti non sarebbero giustificabili alla luce della dichiarata *ratio legis* che ha presieduto alla adozione della novella del 2007", perché finirebbe per rovesciare sul creditore istante o sul pubblico ministero questo onere, quale fatto costitutivo della domanda fallimento, in contrasto col "principio della attribuzione dell'onere probatorio alla parte più vicina alla prova stessa, ricavabile dall'art. 2697 c.c.", finendo così per configurare "un onere non di rado inesigibile", specie con riferimento alla prova della complessiva esposizione debitoria dell'imprenditore.

Ancora, la Corte costituzionale evidenzia (da ciò desumendo profili di inammissibilità delle ordinanze di rimessione) l'omessa considerazione dell'ampio potere di indagine officioso in capo allo stesso organo giudicante", di cui "è sicuro indice non solo la previsione contenuta nella fine del quarto comma dell'art. 15 della legge fallimentare, là dove si precisa che il tribunale, dopo aver ordinato al debitore fallendo il deposito dei bilanci relativi agli ultimi tre esercizi nonché atti da cui risulti una situazione economica aggiornata, può comunque chiedere informazioni urgenti, potendosi a tal fine avvalere, evidentemente, di ogni organo pubblico a ciò competente, ma anche quanto previsto alla lettera b) del secondo comma dell'art. 1 della legge fall., ove è chiarito che i dati relativi all'ammontare dei ricavi lordi realizzati dal debitore nel triennio antecedente alla data di deposito della istanza di fallimento sono utilizzabili in «qualunque modo risulti» e quindi non soltanto sulla base delle allegazioni probatorie del debitore"; infatti, un "prudente e consapevole uso di siffatto potere è di per sé strumento idoneo ad evitare, nei limiti di quanto ragionevolmente dovuto, la possibilità che siano dichiarati fallimenti che, date le caratteristiche del debitore, sarebbero ingiustificati".

Infine, viene sottolineata la capacità espansiva dell'art. 22 l. fall. laddove, "sancendo la possibilità di proporre gravame avverso il provvedimento che respinge l'istanza di fallimento da parte dei creditori

ricorrenti e da parte del pubblico ministero, prevede, al quarto comma, che l'accoglimento del reclamo determina la rimessione degli atti al tribunale «salvo che, anche su segnalazione di parte, accerti che sia venuto meno alcuno dei presupposti necessari»", così declinando "una facoltà probatoria riconosciuta a chiunque abbia interesse ad opporsi alla dichiarazione di fallimento che, per evidenti motivi di economia processuale e, prima ancora, per la palese anomalia di sistema che deriverebbe dal riconoscerla solo in sede di gravame, non può ritenersi negata in relazione all'originario giudizio di fronte al tribunale".

Conclude, la Corte, negando la tesi che "la vigente disciplina attribuirebbe in via esclusiva al fallendo la prova della sua non assoggettabilità al fallimento, vietando al giudice la possibilità di acquisire *aliunde*, o tramite l'apporto probatorio delle altre parti del procedimento, gli elementi necessari per verificare la sussistenza dei requisiti richiesti".

Alla luce di tutto quanto precede, il collegio ritiene che, risultando evidente dalla documentazione prodotta dallo stesso ricorrente che la società "2002 E. s.r.l. in liquidazione" non possiede i requisiti soggettivi prescritti dall'art. 1 co. 2, lett. a), b) e c) l. fall., la domanda di fallimento vada rigettata (*omissis*).

(1-2) Il provvedimento del giudice ternano, muovendo dall'istanza di fallimento presentata dallo stesso imprenditore, analizza vari problemi di primaria importanza relativi all'odierno procedimento fallimentare.

Intanto viene sfatato una sorta di mito che, forse in modo giuridicamente arbitrario, era peraltro diffuso prima della riforma: quello che il fallimento fosse ineluttabile nel caso in cui lo stesso imprenditore si fosse presentato al giudice fallimentare portando con sé i libri contabili. Il c.d. diritto di fallire in pratica non veniva mai negato all'imprenditore.

Con ampie argomentazioni il provvedimento nega, invece, in modo categorico che l'imprenditore abbia oggi il "diritto di fallire", essendo anch'egli assoggettato ai vari limiti probatori che l'attuale testo della legge fallimentare pone.

Il vero nocciolo del problema è però rappresentato dalla soluzione di quello che è il quesito centrale dell'intera vicenda: se è vero che gli interpreti sono d'accordo sul fatto che grava sul debitore l'onere di provare il mancato superamento dei nuovi limiti dimensionali posti dal legislatore, occorre però stabilire se anche il tribunale possa o meno rilevare d'ufficio la carenza dei requisiti in questione. Esistono in merito ben pochi precedenti: per la tesi favorevole v. Trib. Tolmezzo, 14 ottobre 2008 (l'art. 1 l. fall. non pone un'eccezione affidata alla sola volontà delle parti, bensì esprime una norma di chiusura finale di tipo istruttorio, nel senso che il fallimento va dichiarato ogniqualvolta i mezzi istruttori proposti dal debitore o ammessi d'ufficio non dimostrino l'assenza del presupposto soggettivo), e per la tesi

contraria Trib. Napoli, 1° ottobre 2008 (la nuova disciplina ha sottratto al tribunale il potere di avviare d'ufficio il procedimento volto alla verifica della sussistenza dei presupposti per la dichiarazione di fallimento, e quindi il potere di integrare d'ufficio le lacune assertive del ricorso), entrambe in *Fall.*, 2009, 597.

Il provvedimento in epigrafe accoglie la prima soluzione. Dopo aver qualificato come eccezione in senso lato (quindi rilevabile d'ufficio), quella relativa ai fatti impeditivi di cui all'art. 1 l. fall., il giudice compie un'attenta analisi dei poteri istruttori del giudice nella fase prefallimentare, giungendo alla conclusione che tale istruttoria non è devoluta esclusivamente all'iniziativa di parte, ma contempla un margine di attività rimessa all'ufficio in considerazione degli innegabili profili pubblicistici del procedimento.

A supporto di tali considerazioni il provvedimento compie un lungo *excursus* sui canoni ermeneutici accolti dalla giurisprudenza in tema di onere della prova (v. le sentenze citate), sia sulle ampie argomentazioni recentemente svolte dalla Corte di Cassazione sul medesimo tema (v. Cass., 15 maggio 2009, n. 11309, in *altalex*).

Il decreto sottolinea infine come la Consulta abbia respinto la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, 2° comma, l. fall., sollevata dal Tribunale di Napoli, riproponendo le argomentazioni svolte dal giudice delle leggi che il provvedimento recepisce ed applica (v. Corte cost., 24 giugno 2009, n. 198, in *altalex*).

Pur se in modo indiretto, dovrebbero accogliere soluzioni diverse in merito ai poteri istruttori del giudice nell'istruttoria prefallimentare:

- Trib. Sassari, 18 dicembre 2006, in *Giur. it.*, 2007, 2224 (non occorre procedere alla convocazione del debitore e del creditore istante e si può dunque dichiarare il non luogo a procedere se dal ricorso per la dichiarazione di fallimento non risulti che l'ammontare dei debiti scaduti e non pagati sia pari o superiore ad euro venticinquemila); Trib. Pescara, 20 dicembre 2006, in *Foro it.*, 2007, I, 603;

- Trib. Mantova, 19 settembre 2006, in *Dir. fall.*, 2007, II, 238 (non può essere dichiarato il fallimento di una società in cui il capitale investito, comprensivo dell'erogazione di un mutuo finalizzato all'inizio dell'attività, ed il volume di affari non risultino superiori alle soglie indicate dall'art. 1, 2º comma, l. fall.)

In senso conforme al provvedimento in epigrafe:

- Trib. Piacenza, 22 gennaio 2007, in *Giur. it.*, 2007, 2223, in *Dir. fall.*, 2007, II, 420 (la prova circa il superamento dei limiti dimensionali posti dal legislatore in ordine alla qualificazione del debitore come soggetto fallibile può essere acquisita indifferentemente per il tramite delle allegazioni del creditore istante, delle acquisizioni documentali disposte d'ufficio dal tribunale o delle dichiarazioni o dei riscontri documentali riconducibili al debitore stesso);

- App. Potenza, 23 dicembre 2005, in *Dir. e giustizia*, 2006, 22, 29 (l'ina-

dempimento di una sola obbligazione non è sufficiente affinché un imprenditore possa essere dichiarato fallito, in quanto non può di per sé costituire sintomo di dissesto dell'impresa commerciale);

- Cass., 28 aprile 2006, n. 9856, in *Riv. dott. comm*., 2007, 90 (ai fini della dichiarazione di fallimento, lo stato di insolvenza dell'imprenditore è configurabile anche in assenza di protesti, pignoramenti e azioni di recupero dei crediti, i quali non costituiscono parametro esclusivo del giudizio sul dissesto, posto che invece è la situazione di incapacità del debitore a fronteggiare con mezzi ordinari le proprie obbligazioni a realizzare quello stato, secondo la previsione dell'art. 5 l. fall., quali che siano gli «inadempimenti» in cui si concretizza e i «fatti esteriori» con cui si manifesta);

- Trib. Lecce, 14 gennaio 2002, in *Fallimento*, 2003, 81 (non può procedersi alla dichiarazione del fallimento, e la relativa istanza va pertanto rigettata, quando l'instaurarsi della procedura comporti soltanto costi senza che la tutela giurisdizionale accordata ai creditori determini a loro vantaggio rilevanti benefici).

TRIBUNALE DI TERNI – 17 settembre 2009 (decr.) – *Est*. Vella – T. s.r.l. (avv. Giannini).

Fallimento – Azione revocatoria fallimentare – Esenzioni – Piano attestato di risanamento – Nomina dell'esperto attestatore – Competenza del tribunale – Esclusione (l. fall., art. 67; c.c., art. 2501 sexies).

La nomina del professionista il quale debba attestare la fattibilità di un piano di risanamento predisposto da una società non è di competenza del tribunale, ma dello stesso imprenditore che l'ha predisposto (1).

(*Omissis*). Visto il ricorso con cui S.M., quale amministratore delegato della società "T. s.r.l.", con sede in (…), rappresentato e difeso dall'avv. Antonio Giannini con studio in Terni, p.zza Europa 5 premesso lo stato di crisi della società e la sua intenzione di procedere alla redazione di un "piano che appaia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria, la cui ragionevolezza sia attestata da un professionista iscritto all'albo dei revisori contabili e che abbia i requisiti previsti dall'art. 28,

lettere a) e b)" della legge fallimentare, chiede la designazione del dott. Ruggero Campi o, in subordine, di altro professionista in possesso dei suddetti requisiti, ai fini di cui all'art. 67 co. 3 lett. d) l. fall., osserva.

La riforma fallimentare del 2005 (decreto competitività, convertito in l. 80/05) ha modificato l'istituto della revocatoria fallimentare e tipizzato le ipotesi di esenzione dalla stessa, tra le quali ha incluso "gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore purché posti in essere in esecuzione di un piano che appaia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria, la cui ragionevolezza sia attestata ai sensi dell'art. 2501-*bis*, quarto comma, del codice civile" (c.d. piani attestati di risanamento).

Poiché il quarto comma dell'art. 2501-*bis* (in tema di fusione societaria) fa riferimento alla "relazione degli esperti di cui all'art. 2501-*sexies*" e quest'ultimo, a sua volta, disciplina il contenuto della relazione (sulla congruità del rapporto di cambio delle azioni o delle quote) e i requisiti degli esperti chiamati a redigerla – da scegliere "tra i soggetti di cui al primo comma dell'art. 2409-*bis*", prevedendo che, ove la società incorporante o risultante dalla fusione sia una s.p.a. o una s.a.p.a., l'esperto sia "designato dal tribunale del luogo in cui ha sede la società", si era da più parti ipotizzato in dottrina che il doppio rinvio normativo imponesse anche per i piani attestati la nomina tribunalizia dell'esperto, assunto invece contrastato da altra dottrina e disatteso nel primo intervento giurisprudenziale sul tema (Trib. Brescia 3.8.07, in *fallimentitribunalemilano.net*), in forza di motivazioni logiche (la nomina tribunalizia non essendo generalizzata nemmeno nel caso di fusione societaria), sistematiche (essa difetta nelle ipotesi similari del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione) e di politica legislativa (stante l'impronta di privatizzazione della materia impressa dalle riforme).

Il c.d. correttivo del 2007 ha inciso anche sulla norma in questione, prevedendo espressamente che il professionista incaricato di redigere il piano attestato di risanamento sia "iscritto all'albo dei revisori contabili e che abbia i requisiti previsti dall'art. 28, lettere a) e b) ai sensi dell'art. 2501-*bis*, quarto comma, del codice civile".

Tra l'altro, la previsione è divenuta momento unificante per l'individuazione di tutti gli esperti in ambito concorsuale, posto che ad essa fanno ora richiamo gli artt. 124, 160, 161 e 182-*bis* l. fall.

A fronte di tale importante ritocco normativo, si è registrata una divaricazione giurisprudenziale: secondo un primo orientamento (Trib. Milano 16.7.08, in *Fall*., 2009, 75), il "piano attestato" sarebbe un atto interno all'impresa, finalizzato solo alla tutela preventiva dell'imprenditore da una ipotetica imputazione per bancarotta preferenziale e dei creditori da possibili azioni revocatorie, per cui il ricorso alla nomina

tribunalizia (prevista nel "più delicato e complesso caso di fusione" a tutela dei soci delle società partecipanti all'operazione, in vista della congruità del rapporto di cambio) sarebbe sproporzionato, così come per le ipotesi del concordato preventivo (art. 160 e 161 co. 3 l. fall.) e degli accordi di ristrutturazione (art. 182-*bis* l. fall.) e a differenza, invece, del concordato fallimentare (art. 124 co. 3 l. fall.), ove il legislatore ha espressamente rimesso al tribunale la nomina dell'esperto, a garanzia della sua indipendenza.

Più di recente – e significativamente, trattandosi di ricorso presentato da una s.r.l., *ex* artt. 28 e 29 d.lgs. n. 5/03 – la nomina tribunalizia è stata ritenuta "opportuna oltre che ammissibile", in funzione del ruolo fidefaciente dell'esperto, anche ai fini della futura opponibilità del piano (data certa), in mancanza di un adeguato regime di forma dello stesso e quindi anche a tutela del ceto creditorio dal rischio di collusioni preferenziali (Trib. Bari, 14.8.09, in *Fall*., 2009, 467).

Il primo orientamento appare maggiormente condivisibile, specie alla luce del recente correttivo; militano a suo favore varie argomentazioni di carattere testuale, logico e sistematico:

1) nell'art. 67 co. 3 lett. d) l. fall. non vi è alcun richiamo esplicito al terzo comma dell'art. 2501-*sexies* 3 c.c., che – in alcuni casi – prevede la designazione da parte del tribunale del luogo in cui ha sede la società;

2) il solo richiamo espresso al quarto comma dell'art. 2501-*bis* c.c. appare ragionevolmente limitato al contenuto del piano (quanto ad attestazione di ragionevolezza delle sue indicazioni, in analogia con quelle del progetto di fusione), non anche alla individuazione del professionista chiamato a redigerlo (lì, "gli esperti di cui all'art. 2501-*sexies*", che al terzo comma fa riferimento "ai soggetti di cui al primo comma dell'art. 2409-*bis*" ovvero alle "società di revisione inscritte nell'apposito albo"), in quanto essa per i piani attestati di risanamento è stata espressamente e diversamente prescritta dal d.lgs. 169/07 con richiamo alla figura del professionista iscritto all'albo dei revisori contabili e che abbia i requisiti previsti dall'art. 28, lettere a) e b) ai sensi dell'art. 2501-*bis*, quarto comma, del codice civile;

3) seguendo la tesi opposta, la nomina da parte del tribunale sarebbe comunque limitata al caso di richiesta proveniente da s.p.a. o s.a.p.a., senza tuttavia la giustificazione che evidentemente accompagna la scelta nel campo delle fusioni societarie e, quindi, con una irragionevolezza che supera il rilievo della inammissibilità nel caso concreto (in quanto proposto da s.r.l.);

4) la scelta dell'intervento del tribunale nella nomina dell'esperto sarebbe in conflitto con la *ratio* privatizzatrice delle recenti riforme della materia concorsuale, chiaramente protese a contenere i momenti di intervento eteronomo (giudiziale) rispetto all'esplicazione dell'autonomia negoziale di debitore e creditori;

5) sarebbe illogico pretendere la nomina dell'esperto da parte del tribunale per i piani attestati di risanamento (che, se si volesse tracciare un percorso degli strumenti di soluzione della crisi dell'impresa inversamente proporzionale al contenuto di autonomia negoziale, ne rappresenterebbero il primo gradino), quando è pressoché pacifico che ciò non sia necessario né per gli accordi di ristrutturazione *ex* art. 182-*bis* l. fall. né per la domanda di concordato preventivo *ex* artt. 160 e 161 l. fall. (istituti che, nel suddetto ipotetico tracciato, certamente li seguono in progressione);

6) laddove la soluzione concordata si sviluppi in ambito pienamente giudiziale (concordato fallimentare), è lo stesso legislatore a prevedere espressamente che l'esperto sia nominato dal tribunale (art. 124 co. 3 l. fall.);

7) le esigenze di cui si è fatto carico il giudice barese in ordine a possibili abusi del piano attestato (v. retrodatazione) ovvero alla sua futura opponibilità (v. data certa) non richiedono necessariamente lo sforzo ermeneutico di una investitura fidefaciente esterna (tribunale), ma possono più agilmente essere superate con altri accorgimenti pratici (p. es. perizia giurata, autenticazione notarile della sottoscrizione o altro) compatibili anche con eventuali esigenze di segretezza dell'operazione (peraltro non garantite dall'intervento giudiziale).

In conclusione, si ritiene che la domanda sia inammissibile, senza che ciò impedisca di registrare dalle prime prassi applicative delle recenti riforme – a dispetto della conclamata esigenza di privatizzazione degli strumenti di soluzione della crisi dell'impresa – una certa tendenza del ceto creditorio a continuare a preferire l'intervento giudiziale, in funzione di garanzia e controllo rispetto alle proposte negoziali del debitore (dal ricorso emerge infatti chiaramente che, a fronte della richiesta di moratoria presentata dalla società, è stato il ceto bancario a richiedere che la nomina dell'esperto avvenisse ad opera del presidente del tribunale), esigenza cui però l'attuale assetto normativo non consente di dare riscontro in sede giudiziale (*omissis*).

(1) I vari tasselli volti a disciplinare in maniera più moderna le procedure fallimentari trovano via via applicazione dopo le recenti riforme, ma permane ancora da parte di molti – e ci si riferisce, in particolare, alle banche – il vecchio abito mentale volto ad esigere per qualsiasi atto della procedura fallimentare una sorta di *imprimatur* del giudice che gli conferirebbe quella sacralità che la funzione giudiziaria, di regola, attribuisce ai vari atti.

Il fatto è che la riforma, come è noto, ha "privatizzato" molti aspetti delle varie vicende fallimentari, tradendo in tal modo le aspettative di coloro che confidano soprattutto in atti "avallati" dal giudice.

La vicenda affrontata dal giudice ternano è verosimilmente una di queste.

Una società in difficoltà predispone un piano di risanamento e – proprio su richiesta delle banche creditrici – indica il nominativo di un esperto chiedendo al Tribunale di voler procedere alla sua nomina, salva la possibilità per il giudice di indicare altro esperto avente i medesimi requisiti. V in merito PISCITELLO, *Piani di risanamento e posizione delle banche*, in *Banca borsa, tit. cred.*, 2007, I, 538 ss.

La vicenda è abbastanza nuova, e il giudice compie un'ampia e argomentata analisi per giungere alla soluzione negativa, condivisa da Trib. Milano 16 luglio 2008 e Trib. Brescia, 3 agosto 2007, entrambe in *Fall.*, 2009, 75, e in *Dir. fall.*, 2009, II, 359, con nota di CASTAGNOLA, *Piano di risanamento predisposto da una società per azioni e designazione del professionista*; Trib. Mantova, 31 marzo 2009 e Trib. Bologna, 15 aprile 2009, entrambe in *altalex*, secondo il quale la serietà e la certezza dell'attestazione sono assicurate in modo sufficiente dal fatto che l'esperto deve essere designato tra i revisori contabili; Trib. Vicenza, 4 giugno 2009, in *altalex*.

In senso contrario v. Trib. Bari, 14 agosto 2009, in *Fall.*, 2009, 467, con nota di BOSTICCO, *Incertezze e soluzioni «di buon senso» in tema di nomina del professionista ai sensi dell'art. 67, terzo comma, lett. d) l. fall.*, muovendo dal presupposto che, stante il ruolo fidefaciente dell'esperto, si impongono modalità di designazione che ne garantiscano la terzietà.

Sul tema, accanto alle opere generali in tema di fallimento, qualche riferimento in FERRO, *Il piano attestato di risanamento*, in *Fallimento*, 2005, 1353 ss.; BONFATTI, *La disciplina dell'azione revocatoria*, Milano, 2005; GALLETTI, *I piani di risanamento e di ristrutturazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 1205 ss.; STASI, *I piani di risanamento e di ristrutturazione nella legge fallimentare*, in *Fallimento*, 2006, 861 ss.; RIMATO, *Il piano attestato di risanamento nel sistema fallimentare*, in *altalex*, 2007; VERNA, *I piani di risanamento e di riequilibrio nella legge fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2006, I, 1247 ss.

Con riguardo al concordato preventivo, App. Milano, 4 ottobre 2007, in *Dir. fall.*, 2008, II, 317, con nota di GAETA, *Fabbisogno concordatario e poteri di accertamento del tribunale*, ha stabilito che la fattibilità del piano è nozione che attiene alle modalità operative che si presentano, in linea di principio, idonee a far conseguire i fondi occorrenti per regolare i debiti; ne deriva che la concreta realizzabilità del piano, nelle sue articolazioni e modalità, non è questione che attiene alla sfera di cognizione del giudice, e ciò soprattutto nella fase di ammissione.

GIUDICE DI PACE DI PERUGIA – 20 maggio 2008, n. 2786 – *Est*. IULIANO – B.V. e R.P. (avv. Archilei) c. Ufficio Territoriale del Governo di Perugia.

Giurisdizione e competenza – Competenza per materia – Sanzione amministrativa – Irrogazione – Competenza del giudice penale – Sussistenza – Giudice civile – Incompetenza (c.p.c., art. 615; l. 24 novembre 1981, n. 689, art. 24).

Quando la competenza per l'irrogazione di una sanzione amministrativa è devoluta al giudice penale, per la connessione tra l'illecito amministrativo e l'illecito penale, resta precluso fin dall'origine al giudice civile il potere di conoscere di tale controversia in quanto nel caso in esame l'atto di accertamento della violazione deve essere inviato al giudice penale, competente per materia (1).

(*Omissis*). Con ricorso depositato il 19 settembre 2007 B.V. e R.P. proponevano opposizione avverso il verbale n. (…).

Si è costituito l'ufficio confermando i documenti prodotti dai ricorrenti.

Questo giudicante preso atto dei fatti esposti nel ricorso ha rilevato l'incompetenza per materia a conoscere il ricorso essendovi connessione con reato penale (*omissis*).

Il ricorso così come proposto non può essere accolto per incompetenza per materia di questo giudice.

Osserva questo giudicante che i motivi di merito indicati dagli opponenti non consentono a questo giudicante di conoscere il ricorso così come proposto in quanto i fatti esposti dal ricorrente sono connessi con reato penale a seguito del decesso di un ciclista coinvolto nel sinistro da cui è scaturito l'accertamento della violazione al C.d.S. sottoposta all'esame di questo giudice.

Infatti quando la competenza per irrogazione di una sanzione amministrativa è devoluta al giudice penale ai sensi dell'art. 24 delle legge 24 novembre 1981 n. 689, per la connessione tra l'illecito amministrativo e l'illecito penale, resta precluso fin dall'origine ogni potere sanzionatorio della PA.: l'emissione del verbale, nel caso in esame, è un atto dovuto di accertamento della violazione, da inviare al giudice penale competente per materia.

In proposito è pacifico che nei fatti esposti nel ricorso esiste la connessione oggettiva, nella particolare forma della pregiudizialità: ed acquista rilevanza allorché l'esistenza di un reato dipenda dall'accertamento di una violazione non costituente reato *ex* art. 24 della legge prima richiamata (cfr. Cass. civ., sez. I, 22.06.2001, n. 8532).

È indubbio che per il reato relativo alla morte del ciclista costituisce un antecedente logico necessario dell'accertamento oggetto del processo penale cioè se vi è stata la violazione al codice della strada, indicata nel verbale di contestazione opposto, che abbia costituito causa o concausa del sinistro stradale.

Pertanto i fatti accertati, valutati con prudente apprezzamento, hanno convinto questo giudicante a respingere il ricorso così come proposto per incompetenza per materia a decidere sui fatti esposti nel ricorso stesso (*omissis*).

(1) Il provvedimento si richiama a Cass., 22 giugno 2001, n. 8532, in *Rep. Foro it*., 2001, *voce Sanzioni amministrative e depenalizzazione*, n. 52, secondo la quale, ove la competenza per l'irrogazione di una sanzione amministrativa sia stata devoluta al giudice penale per ragioni di connessione con un reato e successivamente l'autorità giudiziaria, essendosi chiuso il procedimento penale per estinzione del reato, restituisca gli atti a quella amministrativa ai sensi dell'art. 24, ultimo comma, l. 24 novembre 1981 n. 689, da tale momento inizia nuovamente a decorrere un nuovo termine prescrizionale – in applicazione del principio generale dettato dall'art. 2935 c.c., che esclude il decorso della prescrizione se il diritto non può essere fatto valere – atteso che l'autorità amministrativa soltanto da tale ricezione può esercitare il proprio diritto di riscuotere la somma stabilita dalla legge a titolo di sanzione.

La stessa Suprema Corte ha inoltre stabilito (*voce cit*., n. 55) che, quando la competenza per l'irrogazione di una sanzione amministrativa è devoluta al giudice penale ai sensi dell'art. 24 l. 24 novembre 1981 n. 689, per la connessione tra illecito amministrativo e illecito penale, resta precluso fin dall'origine ogni potere sanzionatorio della p.a. e, con esso, lo svolgimento di qualsiasi attività preordinata a tal fine, tra cui anche l'audizione dell'interessato che ne abbia fatto richiesta *ex* art. 18 della medesima l. n. 689 del 1981.

GIUDICE DI PACE DI PERUGIA – 29 settembre 2008, n. 5090 – *Est*. CHARMET – Carrozzeria B. s.r.l. (avv. De Simone) c. Zurich Insurance Company S.A. (avv. Parlani).

Assicurazione (contratto di) – Assicurazione r.c. auto – Scontro tra autoveicoli – Azione diretta del danneggiato contro l'assicuratore – Sussistenza – Cessione del credito risarcitorio – Azione diretta del cessionario – Esclusione (c.c., art. 1260 ss. c.c.; artt. 144 ss. cod. ass.).

Deve essere ammessa la validità di un contratto di cessione mediante il quale la parte danneggiata da un sinistro stradale ceda il suo credito ad un terzo, pur quando l'ammontare del risarcimento non sia stato ancora quantificato, essendo comunque l'oggetto dell'accordo determinabile, mentre deve invece essere escluso che al cessionario spetti l'azione diretta contro l'assicuratore, che la legge intende riservare in via esclusiva al danneggiato in quanto la finalità perseguita dal legislatore con l'introduzione di tale istituto appare chiaramente quella di rafforzare, semplificando l'esercizio del relativo diritto, la situazione giuridica del soggetto considerato "debole", al quale in tal modo è assicurata la più sollecita ed agevole tutela risarcitoria dei danni subiti per effetto del sinistro verificatosi (1).

(*Omissis*). Con atto di citazione notificato in data 27 marzo 2008 la s.r.l. Carrozzeria B. ha convenuto in giudizio la Zurich Insurance s.p.a. e premesso che

- in data 7 gennaio 2008 si era verificato in Perugia, all'interno del parcheggio Selenia di via Dettori, un incidente stradale nel quale la autovettura BMW X3 tg DC672CT condotta dal proprietario S.R., era rimasta danneggiata per la condotta colposa di marcia del conducente dell'autovettura Opel tg CN089CN di proprietà di tal P.A.;

- a seguito del verificatosi urto tra i due veicoli l'autovettura dello S. aveva subito danni materiali ammontanti ad € 2.294,00, oltre al danno da fermo tecnico per giorni 3 esposto in € 150,00, per un totale di € 2.444,00;

- lo S.R. aveva ceduto il proprio credito risarcitorio alla attrice, giusta il prodotto atto di data 9.1.2008;

- la convenuta aveva provveduto ad inviare solo la somma di € 2.125,00, rimanendo così ancora dovuta la somma differenziale di € 319,00 ha chiesto la condanna della convenuta – società assicuratrice per r.c.a. della autovettura di proprietà del predetto S.R. – al pagamento della preindicata somma di € 319,00, oltre interessi, secondo le conclusioni di merito sopra riportate;

- si è costituita in giudizio la Zurich Insurance s.a., eccependo il difetto di legittimazione attiva (e/o della titolarità del diritto azionato) in capo alla s.r.l. Carrozzeria B., contestando inoltre la azionabilità ed efficacia della invocata cessione di credito a favore della stessa e nel merito la fondatezza della domanda, su tale base assumendo le conclusioni ugualmente riportate in epigrafe (*omissis*). Considerato che

- la domanda è proposta dalla attrice Carrozzeria B. s.r.l., nei confronti della Zurich Insurance, assicuratrice per r.c.a. della vettura tg DC672CT di proprietà di S.R., siccome cessionaria del credito risarcitorio del medesimo S., in dipendenza dell'incidente stradale verificatosi in Perugia il giorno 7 gennaio 2008, nel quale la predetta vettura dello S. è rimasta danneggiata per fatto attribuibile a terzo conducente;

- lo schema legislativo in cui si inquadra la predetta domanda dell'attrice è quello della azione diretta verso il proprio assicuratore per r.c.a., delineata e disciplinata dall'art. 149 del codice assicurazioni di cui al d.lgs. n. 209/2005;

- l'attrice ha prodotto l'atto di data 9 gennaio 2008 (doc. 3), sottoscritto dalla Carrozzeria B. e dallo S., con il quale, sulla premessa che la predetta Carrozzeria "è stata incaricata … di eseguire le riparazioni dei danni subiti dal veicolo di provvedere, anticipandone le spese, a svolgere tutte le attività utili e necessarie per ottenere l'integrale risarcimento di tutti i danni subiti dal cedente ...", lo S. ha ceduto *pro solvendo* ed in modo irrevocabile alla soc. Carrozzeria B. accettante "ogni potere, diritto ed azione … fino a totale copertura di tutti i danni subiti dal cedente inclusi i danni a cose trasportate, nonché i danni per il fermo tecnico, per soccorso stradale, per trasporto d'emergenza del veicolo, per le riparazioni necessarie al ripristino del veicolo a regola d'arte …" rimanendo il cessionario autorizzato ad incassare sia somme dalla compagnia del responsabile sia dalla compagnia eventualmente tenuta al pagamento ai sensi dell'art. 149 del d.lgs. 7.9.2005, n. 209 e a rilasciare le relative quietanze liberatorie" (con la precisazione che la cessione non comprende eventuali danni per lesioni personali) (*omissis*);

- in tal modo puntualizzata la situazione di fatto ed inquadrata giuridicamente la domanda proposta dalla attrice, va pertanto preliminarmente risolta la questione, sollevata dalla convenuta, se la Carrozzeria B. sia attivamente legittimata o comunque abbia la titolarità soggettiva del diritto azionato in giudizio, avente per contenuto la richiesta condanna della Zurich Insurance (assicuratrice per r.c.a. della autovettura di proprietà dello S.) al pagamento della pretesa somma di € 319,00, corrispondente alla differenza tra il danno complessivo asseritamente subito dallo S. (€ 2.444,00) e la somma (€ 2.125,00) corrisposta dalla convenuta con il ricordato assegno di data 20.2.2008 (in realtà a favore di S.R., ma che la stessa attrice afferma di aver in effetti ricevuto);

- la convenuta contesta la "legittimazione" dell'attrice sull'assunto, in termini generali, che l'azione *ex* art. 149 cod. assic. nei confronti della "propria" società assicuratrice competerebbe unicamente all'assicurato – rimanendo pertanto esclusa l'esperibilità di tale azione da parte del cessionario del credito risarcitorio – aggiungendo che, a maggior ragione, la legittimazione della Carrozzeria riparatrice (quale è stata la Carrozzeria B.) dovrebbe escludersi per quanto attiene al chiesto ristoro del cd. danno da fermo tecnico dell'autovettura riparata;

- va premessa la considerazione che non è fondatamente discutibile la cedibilità, di per sé, del credito di risarcimento danni (al veicolo) da parte del soggetto danneggiato e come tale titolare del diritto di credito già insorto in capo al medesimo in dipendenza del fatto illecito commesso dal responsabile e pertanto la validità del contratto di cessione di tale credito – negozio consensuale a causa variabile che si perfeziona per effetto del consenso del cedente e del cessionario e in forza del quale si realizza anche quando trattisi di cessione *pro solvendo* (come nella specie), il trasferimento dal patrimonio del primo a quello del secondo per effetto solo dell'accordo del relativo diritto, *ex* art. 1260 ss. c.c. – non trattandosi di credito di carattere strettamente personale e non sussistendo alcun divieto di legge (e del resto neppure pattizio);

- la validità di siffatto contratto di cessione pur quando l'ammontare del risarcimento non sia stato ancora quantificato, non può contestarsi – contrariamente a quanto assume parte convenuta – nel rilievo che esso avrebbe oggetto indeterminato e indeterminabile e come tale sarebbe nullo (artt. 1346 c.c.), atteso che da un lato, la non ancora intervenuta liquidazione (consensuale o giudiziale) di tale danno non incide, facendola venir meno, sulla determinabilità del credito risarcitorio oggetto della cessione (come si è detto già insorto alla data dell'illecito nel patrimonio del danneggiato cedente) il quale è già specificabile sulla base di parametri oggettivi, rapportati in particolare alla riferibilità dell'evento dannoso alla condotta del responsabile ed all'entità del pregiudizio, patrimoniale e non, per l'effetto subito dal soggetto danneggiato, rimanendo del resto indubbiamente opponibili da parte del debitore al terzo cessionario (che subentrando al danneggiato cedente nella stessa posizione giuridica a questi spettante è tenuto anche ad osservare forme e termini della domanda risarcitoria, in particolare per quanto attiene al rispetto dello *spatium deliberandi* nei confronti dell'assicuratore) tutte le eccezioni e difese originariamente opponibili all'originario creditore-danneggiato;

- la questione prospettata dalla convenuta va, pertanto, esaminata nella più ristretta ottica se – pur ferma in generale, la cedibilità del credito risarcitorio – sia consentita al terzo cessionario la esperibilità (oltre che dell'ordinaria azione risarcitoria contro il responsabile e la sua compagnia assicuratrice) anche della procedura di risarcimento

diretto e se quindi quest'ultimo, subentrato nel diritto di credito del danneggiato-cedente, sia legittimato anche a richiedere all'assicuratore del veicolo di quest'ultimo il risarcimento dei danni subiti dal veicolo stesso (come nella specie);

- è indiscutibile la "specialità" della procedura di risarcimento diretto – introdotta dall'art. 149 del codice assicurazioni e disciplinata anche dal D.P.R. n. 254/2006, emanato in base al successivo art. 150 – secondo la quale è dato ai "danneggiati", nella ricorrenza dei presupposti indicati nella menzionata norma primaria, di rivolgere direttamente la propria richiesta di risarcimento dei danni al veicolo e di quelli alle cose trasportate di proprietà dell'assicurato o del conducente, nonché dei danni lievi alla persona subiti dal conducente all'impresa che ha stipulato il contratto relativo al veicolo utilizzato: la quale è obbligata a provvedere alla liquidazione dei danni "per conto" dell'impresa di assicurazione del veicolo responsabile (salva la successiva regolazione dei rapporti tra le imprese medesime) e nei confronti della quale va rivolta l'azione di risarcimento;

- la finalità perseguita dal legislatore con l'introduzione di tale innovativo istituto appare essere stata chiaramente quella di rafforzare, semplificando l'esercizio del relativo diritto – con la individuazione di un unico soggetto destinatario della richiesta e tenuto a corrispondere alla stessa nel termine previsto – la situazione giuridica del soggetto considerato "debole" (assicurato e/o conducente danneggiato), al quale in tal modo è assicurata la più sollecita ed agevole tutela risarcitoria dei danni (a cose e/o persona) subiti per effetto del verificatosi sinistro: e ciò sulla base della ragionevolmente ritenuta prevalente esigenza di siffatta tutela rafforzata del predetto soggetto nel raffronto con il contrapposto "pregiudizio" a carico della impresa di assicurazione che ha stipulato il contratto relativo al veicolo, gravata per legge dell'obbligo di provvedere entro breve termine alla liquidazione dei danni richiesti per conto della impresa assicuratrice del veicolo del responsabile (salvo regolazione dei rapporti interni tra le due imprese);

- l'individuazione dei soggetti ai quali è consentito il ricorso alla procedura di risarcimento (o indennizzo) è contenuta nell'art. 149 cod. ass. (che, al primo comma, dispone che "*i danneggiati* devono rivolgere la richiesta di risarcimento all'impresa di assicurazione che ha stipulato il contratto relativo al veicolo utilizzato" e, nel quarto comma, recita "se il *danneggiato* dichiara di accettare la somma offerta l'impresa di assicurazione provvede al pagamento entro quindici giorni dalla ricezione della comunicazione e il *danneggiato* è tenuto a rilasciare quietanza liberatoria anche nei confronti del responsabile del sinistro e della sua impresa di assicurazione") in coerenza con quanto prevosto nel co. secondo del precedente art. 145 che fissa il termine solo decorso il quale è ammessa la

azione giudiziaria con decorrenza dal giorno "in cui il *danneggiato* abbia chiesto alla propria impresa di assicurazione il risarcimento del danno), ed è puntualizzata nell'art. 1 lett. e) del D.P.R. n. 254 del 2006, secondo il quale "*danneggiato* (è) il proprietario o il conducente del veicolo che abbia subito danni a seguito del sinistro";

- a fronte di tale testuale, inequivoca e reiterata delimitazione soggettiva operata dalla sistema normativo in ordine ai soggetti "legittimati" attivamente, *id est* abilitati, ad esperire la procedura di risarcimento diretto (che si snoda attraverso la richiesta del danneggiato di risarcimento diretta alla "propria" impresa assicuratrice, l'eventuale accordo sul risarcimento da questa offerto e da concludersi con il danneggiato e, in caso negativo, con l'azione giudiziaria da proporsi sempre nei confronti della predetta impresa dal medesimo danneggiato, come sopra definito), in coerenza con l'evidenziata *ratio* che ispira lo speciale istituto delineato dal cod. ass. del 2005, va escluso che alla stessa procedura sia ammesso l'eventuale cessionario del credito risarcitorio e che quindi il medesimo sia legittimato anche ad agire giudizialmente nei confronti della impresa che ha assicurato il veicolo del proprio cedente coinvolto nel sinistro da cui il credito stesso scaturisce, non sussistendo in capo al medesimo cessionario quella situazione di soggetto "debole" quale che sia il titolo sottostante alla operata cessione; per la cui più efficace ed agevole tutela l'istituto in parola è stato introdotto dalla legge;

- va pertanto concluso nel senso che la domanda di risarcimento diretta proposta dalla s.r.l. Carrozzeria B., quale cessionaria del credito risarcitorio dello S., nei confronti della convenuta, quale impresa assicuratrice del veicolo assicurato di quest'ultimo, è da ritenere inammissibile per difetto di legittimazione attiva in capo all'attrice, apparendo da ultimo irrilevante in contrario, attesa la disciplina di legge, che nell'atto di cessione di credito 9 gennaio 2008 tra le parti si faccia menzione anche della possibile esperibilità, da parte della cessionaria, della "azione" *ex* art. 149 cod. ass.;

- la novità della questione decisa (in ordine alla quale non risultano precedenti editi) consiglia, nella conseguente ricorrenza di giusti motivi, di disporre la compensazione delle spese del giudizio (*omissis*).

(1) La controversia affrontata dal giudice perugino, lungi dal rappresentare un caso isolato, è invece la punta di un *iceberg*, nel senso che lo schema analizzato sembra destinato a trovare una diffusione sempre maggiore che è, peraltro, condizionata da quello che sarà l'orientamento dei giudici. Se costoro, infatti, negheranno al terzo cessionario del credito risarcitorio la possibilità di un esercizio diretto dell'azione, appare evidente che il successo dell'operazione sarà fortemente ridotto.

La vicenda, in sé, è piuttosto chiara, nel senso che un soggetto creditore verso la compagnia di assicurazioni di una somma dovutagli per danni causati da un sinistro automobilistico, cede tale credito ad un altro soggetto secondo lo schema di cui agli art. 1260 ss. c.c.

Figure come il *factoring* hanno, da oltre un quarantennio, creato il loro successo mediante un congegno operativo basato sulla cessione del credito, incontrando, comunque, difficoltà iniziali di tutti i tipi, ma riuscendo, infine, ad occupare uno spazio importante all'interno del settore del settore terziario.

Si tratta di vedere se anche questa cessione avrà il medesimo successo.

I precedenti giudiziari sono, finora, ben pochi. La sentenza in commento, con ampiezza di argomentazioni che paiono logiche e giuridicamente corrette – anche se una meditazione più approfondita è d'obbligo – nega al cessionario tale possibilità rimarcando, in particolare, come la legge abbia voluto concedere questo "privilegio" esclusivamente al danneggiato-contraente debole, che è poi l'assicurato.

Nel medesimo senso v. Giud. pace Trento, 18 febbraio 2009, in *altalex*, 2009; Giud. pace Pisa, 4 marzo 2009, *ibidem*, con nota di QUADRI, *La cessione del credito risarcitorio ed il relativo esercizio dell'azione diretta.*

In senso contrario, cfr. Giud. pace Prato, 13 marzo 2009, in *agifor.it.*

Da tener presente, anche se l'affermazione non è certo risolutiva, che secondo Cass., 20 aprile 2007, n. 9516, in *Rep. Foro it*., 2007, voce *Assicurazione (contratto)*, n. 194, che l'azione diretta del danneggiato nel confronti dell'assicuratore è ammessa soltanto nei casi espressamente previsti dalla legge (ovvero nell'ipotesi di assicurazione obbligatoria per la circolazione di veicoli e natanti, disciplinata dalla l. n. 990 del 1969, e nell'ipotesi disciplinata dalla l. n. 968 del 1977 in tema di esercizio della caccia), mentre in tutti gli altri casi l'assicuratore è obbligato solo nei confronti dell'assicurato.

In dottrina v. da ultimo ROSSETTI, *L'azione diretta del danneggiato nei confronti dell'impresa assicuratrice per la r.c.a. e di altri soggetti legittimati - La procedura stragiudiziale per la liquidazione dell'indennizzo*, in *Assicurazioni*, 2007, I, 437 ss.

GIUDICE DI PACE DI PERUGIA – 28 luglio 2009, n. 3279 – *Est*. IULIANO – M. (avv. Pottini) c. Equitalia s.p.a. (avv. Caruba) c. Comune di Perugia.

Prescrizione e decadenza – Cartelle esattoriali – Eccezione di prescrizione – Opposizione all'esecuzione – Ammissibilità (c.p.c., art. 615; l. 24 novembre 1981, n. 689, artt. 22, 23 e 28).

Prescrizione e decadenza – Cartelle esattoriali – Opposizione all'esecuzione – Parti del giudizio – Esattore ed ente cui risale accertamento – Necessità (c.p.c., art. 615; l. 24 novembre 1981, n. 689, artt. 22, 23 e 28).

Quando si intende eccepire la prescrizione quinquennale con riguardo ad una cartella esattoriale, lo strumento del quale avvalersi è quello dell'opposizione all'esecuzione (1).

I soggetti legittimati a stare in giudizio, in tema di opposizione avverso cartella di pagamento, sono l'esattore che ha emesso la cartella opposta e l'ente a cui risalgono l'accertamento ed il ruolo (2).

(*Omissis*). Con ricorso depositato il 6 agosto 2008 è stata proposta opposizione all'esecuzione della cartella di pagamento n. 080 2007 00311486 82 000, emessa da Equitalia Perugia S.p.A., notificata il 9 giugno 2008 e riferita a sanzione amministrativa al verbale n. 6113/03V, per violazione al C.d.S.

Esponeva l'opponente che la cartella è da annullare per prescrizione del diritto a riscuotere le somme portate dall'atto opposto, in quanto il verbale presupposto, costituente il titolo esecutivo, era stato notificato al sanzionato il 7.2.2003 con la maturazione della prescrizione quinquennale il 6 febbraio 2008, ossia 4 mesi prima della notifica della cartella di pagamento avvenuta il 9 giugno 2008, a seguito del ruolo del Comune di Perugia n. 2007/4530 reso esecutivo il 3 agosto 2007. Asseriva l'opponente che il ricorso si atteggia ad opposizione di cui all'art. 615 c.p.c. tesa a far valere fatti estintivi sopravvenuti alla formazione del titolo esecutivo (nel caso di specie la prescrizione del diritto alla riscossione).

Si è costituita Equitalia Perugia S.p.A. eccependo preliminarmente la inammissibilità del ricorso proposto oltre il termine di legge e l'incompetenza per materia di questo giudice, essendo competente il Tribunale in funzione di Giudice dell'esecuzione ed affermando la legittimità della cartella di pagamento e della condotta dell'agente della riscossione.

Asseriva, tra l'altro, Equitalia che l'eccezione di prescrizione è opponibile unicamente all'ente creditore avendo lo stesso presentato il ruolo

il 3.8.2007. È intervenuto in giudizio il Comune di Perugia con una memoria depositata da un funzionario delegato senza fornire argomenti sulla eccepita prescrizione (*omissis*).

Le eccezioni in rito avanzate da Equitalia Perugia S.p.A. e dal Comune di Perugia sono prive di fondamento giuridico:

1) La domanda attrice non è tardiva in quanto non è soggetta al termine di cui agli artt. 22 e 23 della l. n. 689/81. Infatti, in relazione alla cartella esattoriale o all'avviso di mora emessi per riscuotere sanzioni amministrative pecuniarie si ricorre all'azione dell'opposizione all'esecuzione *ex* art. 615 c.p.c. allorquando si contesti la legittimità della iscrizione a ruolo per la mancanza di un titolo legittimante l'iscrizione stessa, o si adducano fatti estintivi sopravvenuti alla formazione del titolo esecutivo (cfr. Cass., 18 luglio 2005, n. 15149); tra i fatti estintivi sopravvenuti rientra la prescrizione del credito (Cass. sez. I, 13 dicembre 2001, n. 15741 ed altre conformi).

2) Ne consegue che se il rimedio è esperito avverso la cartella di pagamento o l'avviso di mora, giudice competente deve ritenersi, in applicazione del criterio dettato dall'art. 615, 1° co. c.p.c., quello ritenuto competente a conoscere della sanzione, vale a dire quello indicato dalla legge come competente per l'opposizione al provvedimento sanzionatorio sottostante alla cartella opposta (Cass. sez. un., 13 luglio 2000, n. 491; Cass. sez. I, 18 luglio 2005, n. 15149 ed altre); pertanto non si verte sulla omessa notifica del verbale presupposto alla cartella, ma di opposizione all'esecuzione *ex* art. 615 c.p.c.

3) I soggetti legittimati a stare in giudizio, in tema di opposizione avverso cartella di pagamento, sono l'esattore che ha emesso la cartella opposta e l'ente a cui risale l'accertamento ed il ruolo (Cass. sez. III, 9 aprile 2001, n. 5277 ed altre).

Relativamente al merito, ed in particolare alla eccepita prescrizione del credito indicato nella cartella opposta, la domanda è fondata e merita accoglimento. Osserva questo giudicante che l'opponente ha esattamente individuato la data del 7 febbraio 2003, in cui è stata accertata la violazione contestata immediatamente, per la decorrenza del periodo di cinque anni previsto dall'art. 28 della legge n. 689 del 1981, richiamato dall'art. 209 del C.d.S., per la prescrizione del diritto alla pretesa del pagamento della sanzione pecuniaria prevista nel verbale presupposto alla cartella opposta notificata il 9 giugno 2008.

È evidente che il tempo trascorso tra le due date ora indicate supera abbondantemente il quinquennio previsto a pena di decadenza dal citato art. 28 della legge n. 689 del 1981, facendo venir meno l'obbligazione del ricorrente al pagamento della somma pretesa con la cartella opposta.

Pertanto questo giudicante, nel prendere atto di quanto sopra, ha raggiunto il convincimento di dichiarare la revoca, ad ogni effetto di

legge, della cartella di pagamento opposta e del verbale presupposto, per intervenuta prescrizione del credito preteso con l'atto stesso dal Comune di Perugia.

Né può essere accertata la responsabilità di chi dei convenuti abbia provocato l'eccepita prescrizione in quanto i convenuti non hanno chiesto formalmente tale accertamento. Ne consegue la condanna del Comune di Perugia, in persona del Sindaco *pro tempore*, e di Equitalia S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, a rimborsare le spese del giudizio a favore dell'attore M.M., in solido tra loro per il concorso nell'azionare il credito per cui è causa, prescritto come per legge, liquidate come in dispositivo (*omissis*).

(1) Secondo Cass., 18 luglio 2005, n. 15149, in *Arch. circolaz*., 2006, 390, in *Riv. dott. comm*., 2006, 897, in relazione alla cartella esattoriale emessa per riscuotere sanzioni amministrative pecuniarie sono possibili le seguenti azioni: 1) l'opposizione a sanzioni amministrative *ex* art. 23 l. n. 689 del 1981, esperibile nei casi in cui la cartella esattoriale, mediante preventiva iscrizione al ruolo, è emessa senza essere preceduta dalla notifica dell'ordinanza-ingiunzione o del verbale di accertamento, onde consentire all'interessato di recuperare l'esercizio del mezzo di tutela previsto da detta legge riguardo agli atti sanzionatori; ciò avviene, in particolare, allorché l'opponente contesti il contenuto del verbale che è da lui conosciuto per la prima volta al momento della notifica della cartella; 2) l'opposizione all'esecuzione *ex* art. 615 c.p.c., allorquando si contesti la legittimità della iscrizione al ruolo per la mancanza di un titolo legittimante l'iscrizione stessa, o si adducano fatti estintivi sopravvenuti alla formazione del titolo esecutivo. V. anche Giud. Pace Pozzuoli, 27 maggio 2009, in *altalex*, 2009.

Cass., 13 dicembre 2001, n. 15741, in *Rep. Foro it*., 2001, voce *Sanzioni amministrative e depenalizzazione*, n. 122, ha puntualizzato che, a seguito della notificazione di una cartella esattoriale dalla quale risulti l'iscrizione a ruolo di un importo a titolo di sanzione pecuniaria amministrativa, l'interessato, al fine di far valere fatti estintivi sopravvenuti alla formazione del titolo esecutivo, come la prescrizione, deve proporre opposizione all'esecuzione, per la quale è competente il giudice indicato dalla legge come competente in ordine alla opposizione al provvedimento sanzionatorio; ove ometta, invece, tale opposizione e nondimeno provveda al pagamento onde evitare il pignoramento, egli non potrà poi agire in via di ripetizione d'indebito.

Per Comm. trib. reg. Lazio, 30 ottobre 2007, in *Giust. trib*., 2008, 169, nel giudizio di impugnazione di cartelle esattoriali per tardiva iscrizione a ruolo e per tardiva notifica delle stesse, il ricorso deve essere notificato sia all'agenzia delle entrate, sia all'agente della riscossione, in quanto entrambi legittimati passivi nella controversia.

DIRITTO PENALE

CORTE DI CASSAZIONE – SEZIONE TERZA – 9 ottobre 2008 – *Pres. Rel.* PETTI – T. A.

Delitti contro la persona – Detenzione di materiale pornografico – Condotte vietate – Concorso formale – Esclusione (c.p., art. 600 *quater*).

Con la decisione in esame – in una fattispecie nella quale era contestato all'imputato di essersi procurato per via telematica materiale pedopornografico ottenuto mediante lo sfruttamento di minori – la Corte, dopo aver comparato il testo vigente della fattispecie incriminatrice di cui all'art. 600 quater *c.p. con la formulazione antecedente alle modifiche introdotte dalla l. 6 febbraio 2006, n. 38, ha affermato che le condotte oggi contemplate (procurarsi o detenere) non integrano due diverse ipotesi di reato, ma rappresentano distinte modalità di perpetrazione del medesimo reato, essendo escluso tra di esse il concorso formale* (1).

(*Omissis*). La Corte d'appello di Perugia, con sentenza del 16 marzo del 2007, confermava quella resa dal tribunale di Terni il 23 ottobre del 2007, con cui T.A. era stato condannato alla pena di anni uno e mesi otto di reclusione, quale responsabile, in concorso di circostanze attenuanti generiche, del delitto di cui all'art. 600 *quater* c.p. per essersi procurato per via telematica materiale pedo-pornografico ottenuto mediante lo sfruttamento di minori.

Secondo la ricostruzione fattuale contenuta nella sentenza impugnata, a seguito di indagini avviate dai carabinieri di Biella si era accertato che il T. aveva eseguito transazioni mediante il circuito VISA con società risultante gestire un sito internet contenente materiale pedopornografico. Il risultato delle indagini era stato riscontrato da una perquisizione domiciliare eseguita a carico del predetto nel corso della quale si era rinvenuto, nei supporti informatici sequestrati, materiale di natura pedopornografica. Gli inquirenti al dibattimento non sono stati in grado di precisare se le società con le quali il prevenuto aveva stipulato le due transazioni, oltre al sito avente esclusivamente materiale

pedopornografico, fossero interessate alla commercializzazione anche di prodotti di genere diverso.

Tanto premesso in fatto, la corte ribadiva la responsabilità dell'imputato e non ravvisava alcuna violazione del principio di correlazione tra imputazione e sentenza per il fatto che il prevenuto era stato condannato per la disponibilità del materiale pedopornografico in luogo del procacciamento indicato nel capo d'imputazione, sia perché il materiale detenuto era stato acquisito sicuramente per via telematica, sia perché ai fini della configurabilità del reato era sufficiente la semplice detenzione, la quale è compresa nel procacciamento.

Ricorre per cassazione il difensore sulla base di due motivi.

Con il primo ripropone l'eccezione di divieto di correlazione tra imputazione e sentenza, per avere la corte, nonostante la specifica censura, omesso di rilevare la novità del fatto emerso in dibattimento e confuso concettualmente il fatto diverso con il fatto nuovo. Assume che la norma contempla due ipotesi alternative: quella del procurarsi e quella del detenere che possono anche concorrere tra loro.

(*Omissis*). Il ricorso va respinto perché infondato.

Con riferimento al primo motivo si rileva che il reato di cui all'art. 600 *quater* c.p. può configurarsi con due condotte: il procurarsi ed il detenere. Prima della riforma introdotta con la novella n. 38 del 2006, anziché alla detenzione, si faceva riferimento alla disponibilità, che è nozione più ampia e sfumata della detenzione, allo scopo di rendere la norma sicuramente applicabile anche al possesso di immagini pedopornografiche ottenute mediante l'accesso a siti internet opportunamente protetti. Tutte le attività, telematiche o non, idonee a fare ottenere il materiale pedopornografico al detentore integrano la nozione del procurarsi.

Detiene il materiale pedopornografico colui che in precedenza se l'è procurato. Le due forme con cui può manifestarsi la condotta o poteva manifestarsi la condotta all'epoca della contestazione, il disporre o detenere ed il procurarsi, anche se sembrano tra loro alternative, hanno tuttavia un elemento comune che è costituito dalla disponibilità sia pure momentanea del materiale pedopornografico. Siffatta circostanza ha indotto una parte della dottrina a dubitare persino dell'utilità della distinzione tra il procacciamento e la disponibilità o la detenzione in quanto non è possibile definire il procacciamento a prescindere da una almeno momentanea disponibilità della *res*. Secondo tale dottrina, l'unica spiegazione plausibile dell'autonoma configurabilità come reato del mero procacciamento potrebbe ravvisarsi nella possibilità di reprimere penalmente il tentativo di procurarsi il materiale che non sarebbe logicamente possibile per la detenzione. Dai principi dianzi esposti emerge che non si tratta di due reati diversi, ma di due diverse modalità di perpetrazione del medesimo reato e quindi le due condotte non possono

concorrere tra di loro. Esse hanno un elemento comune, che è costituito dalla disponibilità ossia dalla detenzione del materiale pedopornografico. Ora, in presenza di questo elemento essenziale comune alle due modalità con cui può estrinsecarsi lo stesso reato, non si può assolutamente parlare di fatto nuovo come affermato dal ricorrente. Invero, il fatto nuovo, come riconosciuto dallo stesso ricorrente, si realizza allorché al fatto contestato si aggiunga un altro e diverso fatto storico che si pone accanto al primo quale autonomo *thema decidendum*. Nella fattispecie nel dibattimento non è emerso un fatto storico diverso dal procacciamento inizialmente contestato, ma è solo affiorata un'incertezza, non sul procacciamento, ma sulle modalità di tale procacciamento, poiché gli inquirenti non sono stati in grado di escludere che le due società con cui il prevenuto aveva stipulato per via telematica le transazioni indicate nel capo d'imputazione vendessero anche materiale di altro genere. Siffatta incertezza non ha dato origine ad un fatto nuovo perché il procacciamento può essere effettuato in qualsiasi modo anche per via non telematica e comunque non ha impedito al prevenuto di difendersi chiarendo le modalità del procacciamento stesso o indicando il materiale effettivamente acquistato dalle società menzionate nel capo d'imputazione. In definitiva nella fattispecie è rimasto incerto solo un elemento del fatto storico originariamente contestato, che non costituisce però elemento essenziale della condotta criminosa ascritta o della fattispecie astratta, essendo ai fini della configurabilità del reato indifferenti le modalità del procacciamento, siffatta incertezza non ha leso in alcun modo il diritto di difesa (*Omissis*).

In conclusione il prevenuto non è stato condannato per un fatto diverso da quello contestato proprio perché il procacciamento implica la materiale detenzione (*Omissis*).

Al prevenuto si era sostanzialmente addebitata la disponibilità di materiale pedopornagrafico acquistato dalle due società indicate nel capo d'imputazione. È stato condannato per la disponibilità del medesimo materiale acquistato o ricevuto da soggetti forse diversi da quelli indicati nel capo d'imputazione (*Omissis*).

(1) Brevi osservazioni in merito all'art. 600 *quater* c.p. come "norma a più fattispecie".

1. La questione sottoposta all'esame della Corte di Cassazione, nel caso di specie, si fonda essenzialmente sulla ritenuta violazione del principio di correlazione tra imputazione e sentenza, posto che il ricorrente era stato condannato per la "disponibilità" di materiale pedopornografico in luogo del "procacciamento" contestatogli nel capo di imputazione in quanto, da un

punto di vista strettamente fattuale, si era accertato che il prevenuto aveva eseguito transazioni mediante il circuito visa con alcune società risultate gestire un sito Internet contenente materiale pedopornografico. Inoltre, a seguito di una perquisizione domiciliare successivamente intervenuta nell'abitazione del ricorrente, si era rinvenuto, nei supporti informatici sequestrati, materiale di natura pedopornografica. Per il difensore, sarebbe emersa dal dibattimento la sussistenza di un «fatto nuovo», in quanto la norma astrattamente applicabile al caso di specie contemplerebbe al suo interno due ipotesi alternative: quella del procurarsi e quella del detenere, tali da poter addirittura concorrere tra loro.

La valutazione di una siffatta doglianza ha comportato, per l'organo giudicante, la necessità di soffermarsi in via preliminare sulla struttura della disposizione richiamata, l'art. 600 *quater* c.p., con particolare riguardo ai rapporti intercorrenti tra le due condotte tipiche ivi indicate.

2. La fattispecie penale di cui si tratta, previa l'enunciazione di una clausola di riserva posta a favore delle ipotesi previste dall'art. 600 *ter* c.p.[1], è volta ad incriminare chiunque, consapevolmente, si procura o detiene materiale pornografico realizzato utilizzando minori degli anni diciotto.

Già ad una prima lettura, anche per questa disposizione come per quella che immediatamente la precede, l'integrità psicofisica del minore e il suo sano ed adeguato sviluppo sembrano costituire il bene giuridico protetto, anche se, in questo caso, il collegamento tra la condotta incriminata e il suddetto bene appare piuttosto sfumato e indiretto (ciò che ingenera dubbi in merito alla conformità di tale disposizione al principio di necessaria lesività del reato). L'art. 600 *quater* c.p., infatti, incrimina la detenzione di materiale pedo-pornografico, che è comportamento successivo rispetto all'attività di utilizzazione sessuale del minore, in cui si concretizza la lesione dell'interesse protetto, e non aggrava l'offesa già compiutamente realizzata. La condotta tipica, dunque, non lede né pone in pericolo direttamente l'interesse tutelato, ma è volta ad ostacolare (c.d. reato-ostacolo) e a prevenire la commissione di più gravi reati, così determinando una sensibile anticipazione della soglia di tutela del bene protetto[2].

L'ipotesi delittuosa così descritta finisce dunque per colpire il consu-

---

[1] In ottemperanza alla clausola di riserva, non sono punibili per la detenzione di materiale pedopornografico coloro che abbiano prodotto il materiale stesso, rispetto ai quali la detenzione costituisce soltanto un *post factum* non punibile, così Cass., sez. III, 20 novembre 2007, M.M., in *Guida dir.*, 2008, n. 14, 66 e s. con nota di Natalini, *L'applicazione dell'incriminazione più grave fa superare l'apparente conflitto di norme*; in *Cass. pen.*, 2008, 4167 s., con nota di La Rosa, *Pornografia minorile e pericolo concreto: un discutibile binomio.*

[2] Gizzi, *Detenzione di materiale pornografico*, in Aa.Vv., *I reati sessuali. I reati di sfruttamento dei minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali*, a cura di Coppi, Torino, 2007, 495 ss.; Di Giovine, *Art. 600* quater *c.p.*, in *Codice penale*, a cura di

matore finale del materiale erotico prodotto attraverso lo sfruttamento (l'"utilizzazione") di persone minori d'età, in quanto la repressione della domanda di materiale pedopornografico rappresenta, nell'ottica legislativa, lo strumento indispensabile per limitarne l'offerta e, quindi, per eliminare l'attività di sfruttamento sessuale di minori che detta offerta presuppone[3]. A tal fine, il legislatore ha descritto la condotta rilevante ricorrendo ad una terminologia assai significativa utilizzando due verbi - "procurarsi" e "detenere" - che attribuiscono alla norma incriminatrice una portata decisamente ampia[4], in cui sono equiparate a livello sanzionatorio condotte di

---

Padovani, II, Milano, 2007, 3628, la quale riferisce di come autorevole dottrina faccia notare che il detentore altri non può essere se non il *fruitore* e dunque il consumatore finale del prodotto e che pertanto il reato sarebbe perfettamente in linea con il principio di offensività. Tuttavia, nel «detenere» materiale pornografico, sembra mancare qualunque *movimento*, qualunque domanda, del materiale medesimo. Per questa ragione, l'incriminazione sarebbe parsa a molti attingere la sua *ratio* all'opportunità di contrastare un mero *atteggiamento*, in quanto tale non relazionabile ad alcuna oggettività giuridica; Monaco, *Art. 600* quater *c.p.*, in *Commentario breve al Codice penale*, a cura di Crespi – Forti – Zuccalà, Padova, 2008, 1661, il quale sottolinea come secondo alcuni la norma in questione rappresenterebbe una variante applicativa del delitto di ricettazione; Pistorelli, *Art. 600* quater *c.p.*, in *Codice penale commentato*, a cura di Marinucci – Dolcini, II, Milano, 2006, 4164.

[3] Gizzi, *Detenzione*, cit., 496. V. anche Cadoppi, *Commento all'art. 600* quater *c.p.*, in Aa.Vv., *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, a cura di Cadoppi, Padova, 2006, 229; Di Giovine, *Pornografia minorile*, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di Lattanzi – Lupo, X, Milano, 2000, 542; Debernardi, *Pornografia minorile*, in *Commentario al codice penale*, diretto da Marini – La Monica – Mazza, Torino, 2002, 2911. Più in generale, S. Aprile, *I delitti contro la personalità individuale*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, diretto da Marinucci – Dolcini, VI, Padova, 2006, 241 s.; Peccioli, *Le norme penali*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 939 s.; Monteleone, *Lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia nella L. 6 febbraio 2006, n. 38*, in *Giur. merito*, 2007, 2196 s.; Mazzacuva, *Delitti contro la persona: le altre ipotesi di tutela*, in Aa.V.v, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Bologna, 2006, 474 s.; Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, I, Milano, 2008, 176 s.

[4] Pistorelli, *Art. 600* quater *c.p.*, cit., 4164, secondo cui, in caso di reperimento del materiale via Internet, il concetto di detenzione sembra opportunamente presupporre che il materiale pornografico virtuale sia stato effettivamente acquisito dall'agente attraverso il suo trasferimento dalla rete su supporti informatici autonomi. In questo senso anche Monaco, *Art. 600* quater *c.p.*, cit., 1661, il quale, riportando la tesi di una parte della giurisprudenza di merito secondo cui anche la semplice consultazione presupporrebbe comunque la *memorizzazione*, seppur temporanea (c.d. memoria *cache*), delle immagini, sottolinea, però, come si sia osservato che la configurabilità del delitto non può prescindere da ipotesi di vera e propria approvazione dei contenuti consultati via Internet e, quindi, da attività ulteriori alla mera consultazione temporanea, tali da consentire la futura fruizione del materiale o la sua diffusione. Al riguardo v. Perri, *Profili informatico – giuridici della diffusione, mediante strumenti telematici, di materiale pedopornografico,* in *Cass. pen.*, 2008,

disvalore alquanto diverso, caratterizzate unicamente dall'avere entrambe un oggetto materiale illecito *in se*[5].

In particolare, con la prima espressione verbale si indica l'attività di ricerca e di conseguente acquisizione del materiale pornografico minorile; la condotta tipica, infatti, è integrata solamente quando il soggetto agente, dopo essersi all'uopo adoperato, consegue la disponibilità materiale del prodotto pedopornografico. La seconda espressione verbale "detenere", come evidenziato dalla stessa Corte di Cassazione nella sentenza in epigrafe, ha sostituito il verbo "disporre" con cui, prima della novella del 2006, in modo più ampio e sfumato, veniva descritta la condotta tipica[6]. Si noti che il concetto di detenzione non si pone certo in funzione antagonista rispetto a quello di disponibilità, più semplicemente esso tende a meglio "fotografare" la situazione penalmente rilevante, posto che il "vecchio" concetto sembrava quasi prescindere da un rapporto materiale con la cosa, e conferire rilievo altresì alle sfumate condotte di possesso virtuale[7]. La detenzione, infatti,

---

3466 s., che per le sue osservazioni trae spunto da Cass., sez. III, 20 settembre 2007, M.A., in *Studium iuris*, 2008, 611. Sulla rilevanza penale della memorizzazione, anche se momentanea, di immagini scaricate da siti pedopornografici, Cass., sez. III, 20 settembre 2007, S.D., in *Dir. internet*, 2008, 1, 59, con nota di E. Aprile, *È reato "scaricare" da internet anche poche immagini pedopornografiche, memorizzarle nel proprio computer e poi cancellarle*; sulla distinzione tra la condotta di mera detenzione e quella di divulgazione di materiale pedopornografico nel caso in cui si utilizzi il programma emule Cass., sez. III, 7 novembre 2008, G.F., in *Riv. pen*., 2009, 670.

[5] Di Giovine, *Art. 600* quater *c.p*., cit., 3629. Si ritiene comunemente che la condotta di chi si procura il materiale vietato assuma il carattere di reato istantaneo (ad effetti permanenti), mentre quella di chi detiene integri un'ipotesi di reato permanente, la cui consumazione coinciderà con la cessazione della detenzione, in questo senso Pistorelli, *Art. 600* quater *c.p.,* cit., 4164.

[6] Gizzi, *Detenzione*, cit., 498 s., secondo cui il termine «dispone» poteva assumere due diversi significati: da un lato, poteva evocare un concetto dinamico, distinto da quello di detenzione, che esprime invece l'idea di un comportamento statico, consistente nell'instaurazione e nella protrazione di un rapporto materiale con un oggetto, prescindendo da qualsiasi movimento in entrata e in uscita dello stesso. Pertanto, per integrare la condotta tipica (quella della disponibilità del materiale) sarebbe stato necessario che il soggetto agente compisse atti di disposizione dello stesso. Una tale soluzione, però, non appariva condivisibile in quanto, oltre a contrastare con la rubrica delle disposizione normativa, poneva un problema di differenziazione con le condotte punite ai sensi dell'art. 600 *ter* c.p. (specialmente con la condotta di cessione di materiale pornografico). Pertanto, si riteneva che il verbo "disporre" utilizzato per integrare la condotta tipica significasse semplicemente "avere la disponibilità". Esso indicava, dunque, tutte quelle ipotesi in cui il materiale illecito entrava nella concreta disponibilità del soggetto agente ed era a lui liberamente accessibile, sulla base di un rapporto diretto e immediato tra il materiale stesso e il soggetto, da cui derivava a questi la possibilità di farne uso.

[7] Di Giovine, *Art. 600* quater *c.p*., cit., 3629 s. Nella fattispecie in esame è espressamente richiesta la consapevolezza, da riferire anche alla minore età dei

presuppone la disponibilità attuale ed effettiva, da parte del soggetto agente, del materiale pedopornografico, necessitando che questo entri nella concreta disponibilità del soggetto agente e sia a lui liberamente accessibile, sulla base di un rapporto diretto e immediato tra il materiale stesso e il soggetto, da cui derivi a questi la possibilità di farne uso[8].

Già sulla base dei soli rilievi concettuali testè prospettati, è agevole riscontrare come le due condotte tipiche attualmente indicate nell'art. 600 *quater* c.p., seppur alternativamente previste, difficilmente potranno manifestarsi nella realtà fenomenica in modo nettamente distinto l'una dall'altra, in quanto chi si procura il materiale incriminato, ne dovrà anche avere una, seppur momentanea, disponibilità di fatto; mentre, chi detiene il materiale pedopornografico a sua volta se lo sarà in precedenza procurato. Proprio tali ultimi rilievi hanno indotto a riflettere sull'opportunità da parte del legislatore di fare riferimento, nella fattispecie astratta *de qua*, anche alla nozione di "procurarsi", giungendo a ravvisare la ragione di un siffatto inserimento nella possibilità di reprimere penalmente il *tentativo di procurarsi* il materiale illecito, che non sarebbe punibile a livello di tentativo di detenzione[9].

3. Queste ultime considerazioni in materia di tentativo punibile sono riscontrabili anche nella sentenza in commento che, dunque, mostra di accogliere pienamente, per un verso, le sollecitazioni concettuali e, per l'altro, l'orientamento esegetico maggioritario, al fine di giungere alle proprie indefettibili conclusioni di diritto, così riassumibili: la detenzione e il procacciamento di cui all'art. 600 *quater* c.p. non configurano due reati diversi, ma soltanto due diverse modalità di realizzazione dello stesso reato, pertanto le due condotte non possono concorrere tra loro, in quanto hanno un elemento in comune ravvisabile nella disponibilità del materiale pedopornografico. *Ergo*, nel caso concreto oggetto del ricorso, non sarebbe

---

soggetti rappresentati nel materiale pornografico, ed in relazione alla quale viene dunque astrattamente esclusa la rilevanza del dolo eventuale. Monaco, *Art. 600* quater *c.p.*, cit., 1661.

[8] Gizzi, *Detenzione*, cit., 501. In merito alla fattispecie incriminatrice di cui si tratta e alla relativa condotta tipica, v. anche Resta, *Personalità individuale (Delitti contro la)*, in *Diz. dir. pubbl.*, diretto da Cassese, V, Milano, 2006, 4271. Secondo l'A., l'incriminazione della detenzione alternativamente al procacciamento, assolverebbe anche a finalità di semplificazione probatoria, essendo talora difficile provare la seconda condotta. Id., *Vecchie e nuove schiavitù. Dalla tratta allo sfruttamento sessuale*, Milano, 2008, 435 s.; Id., *I delitti contro la personalità individuale, alla luce delle recenti riforme*, in *Giur. merito*, 2006, 1046 s.; Bianchi – Delsignore, *Detenzione di materiale pornografico*, in *I reati contro la persona*, Trattato diretto da Cadoppi – Canestrari – Papa, III, *Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico – fisico dei minori*, a cura di Cadoppi, Torino, 2006, 477 s.; Di Donato, *Legge 6 febbraio 2006 n. 38, «Disposizioni in materia di lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia anche a mezzo internet», tra esigenze reali di tutela e offese virtuali*, in *Crit. dir.*, 2006, 79 ss.

[9] Cadoppi, *Commento all'art. 600* quater *c.p.* cit., 231; Monaco, *op cit.*, 1661.

emerso un fatto storico diverso dal procacciamento inizialmente contestato, proprio perché esso implica la materiale detenzione (o disponibilità per cui il ricorrente era stato poi condannato).

In virtù delle statuizioni che precedono, deriva la necessaria configurazione dell'art. 600 *quater* c.p. in termini di c.d. norma penale a più fattispecie.

Rientrano in tale categoria dommatica le norme incriminatici che elencano più condotte criminose tra loro strutturalmente diverse quali possibili alternative del comportamento criminoso: qualora si possa dire che le diverse tipologie di condotta rappresentino molteplici ma equivalenti modalità di realizzare la medesima offesa al bene giuridico, si potrà concludere che la realizzazione in concreto di più di una delle condotte tipiche comporta comunque un'unica ed identica offesa e quindi un'unica violazione (è quanto accade, ad esempio, per il delitto di danneggiamento). Viceversa, quando si debba concludere che le diverse condotte alternative elencate dalla disposizione corrispondano a differenti tipologie offensive del bene giuridico, si dovrà ritenere che la realizzazione di più d'una di esse dà luogo ad una pluralità di violazioni in concorso tra loro (è il caso delle due condotte di sfruttamento e di favoreggiamento della prostituzione)[10]. Nel primo caso, come sopra anticipato, si parla propriamente di norme a più fattispecie (o norme miste alternative, *alternative Mischgesetz*), e nel secondo caso, di disposizioni a più norme (o norme miste cumulative, *cumulative Mischgesetz*)[11].

Per la verità, la distinzione categoriale indicata non è sempre agevole, in quanto spesso le condotte alternativamente indicate "scorrono" (per lo più da

---

[10] Palazzo, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2005, 512 s.

[11] Mantovani, *Diritto penale*, Padova, 2001, 485; De Francesco, *Diritto penale. I fondamenti*, Torino, 2008, 176 ss.; Marinucci – Dolcini, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2009, 438 ss.; Brunelli, *Il reato portato a conseguenze ulteriori. Problemi di qualificazione giuridica*, Torino, 2000, 37; Moro, *Unità e pluralità di reati, Principi*, Padova, 1959, 186 s.; in termini generali con riguardo al problema dell'unità e pluralità di reati Prosdocimi, *Contributo alla teoria del concorso formale di reati*, Padova, 1984, 13 ss.; Muscatiello, *Pluralità e unità di reati. Per una microfisica del molteplice*, Padova, 2002, 99 s.; v. anche Fiandaca – Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 1995, 595, laddove si sottolinea come, al fine di individuare il criterio – guida della distinzione tra unità e pluralità di azione, si è soliti da tempo fare ricorso ad un approccio di tipo normativo – sociale, sostanzialmente basato sul senso comune: per determinare il carattere unitario dell'azione si richiede cioè il duplice requisito della *contestualità* degli atti e dell'*unicità del fine*. In altri termini, più azioni in senso naturalistico si ricompongono in un'azione giuridicamente unitaria se unico è lo scopo che le sorregge e se si susseguono nel tempo senza apprezzabile interruzione. Si noti, infine, come anche l'art. 600 *ter* c.p., stante la sua doviziosa articolazione interna, possa essere ricostruito, oltre che come norma a più fattispecie, anche come disposizione a più norme, per approfondimenti in tal senso, Gizzi, *Il delitto di pornografia minorile (art. 600* ter *primo e secondo comma c.p. e art. 600* quater, 1 *c.p.)*, in Aa. Vv., *I reati sessuali*, cit., 401, 430 s.; Cantagalli, *Il delitto di pornografia minorile (art. 600* ter*, terzo, quarto e quinto comma, c.p.)*, *ivi*, 445 s.

maggiore a minore, nella fattispecie astratta, ma anche in senso inverso, nella fattispecie concreta) su di un immaginario nastro rivelatore del singolo grado di offesa arrecabile al bene giuridico protetto, ciò che rende difficile decodificarne le relative interferenze. Tanto più che l'equiparazione *quoad poenam* delle diverse condotte incriminate, di per sé, nulla ci dice al riguardo, perché se da un lato eleva l'importanza lesiva della condotta meno aggressiva, dall'altro lato non potrebbe da sola spiegare una consunzione di illeciti comunque di pari gravità[12].

Diversamente da quanto appena rilevato, la disposizione di cui all'art. 600 *quater* c.p. si lascia piuttosto agevolmente ricondurre nell'alveo delle norme a più fattispecie, sia perché già sul piano ontologico la condotta del "procurarsi" e quella del "detenere" condividono una piattaforma comune ravvisabile nella "disponibilità" che viene soltanto declinata in modo "temporalmente" diverso all'interno delle due condotte (implicando, il procurarsi, una momentanea disponibilità del materiale e necessitando, invece, la detenzione di una dimensione temporale più duratura); sia perché, sul piano dell'offesa, pur presentando un diverso grado di disvalore, le due condotte tipizzate nell'art. 600 *quater* c.p. rappresentano entrambe alternative modali idonee a mettere in pericolo il bene giuridico tutelato solo per il fatto di avere ad oggetto materiale reputato di per sé illecito.

In conclusione, appare evidente come la concreta individuazione di queste problematiche tipologie normative sia principalmente rimessa all'interprete che dovrà valutare norma per norma alla luce di molteplici elementi indicativi, fra cui quello della "ragionevolezza" di pena, che deve presupporsi abbia guidato la legge e che l'interprete non è mai autorizzato a dimenticare. Incontestabili esigenze di proporzione si oppongono, infatti, alla idea che il legislatore ogni qual volta pronuncia un verbo, nel corpo di una norma, crei *ipso facto* una autonoma figura di reato[13].

STEFANIA SARTARELLI

---

[12] BRUNELLI, *Il reato portato a conseguenze ulteriori*, cit., 45.

[13] MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 485; MARINUCCI – DOLCINI, *Manuale*, cit., 438 s., a parere dei quali, l'interpretazione dovrebbe sempre condurre a ravvisare un unico reato, trattandosi della violazione di un'unica norma incriminatrice. Invero, il tratto comune a queste ipotesi è che i vari fatti descritti all'interno dell'unica disposizione rappresentano, sul piano sostanziale, o altrettanti *gradi di offesa ad uno stesso bene giuridico*, oppure *modalità diverse di offesa a quel bene*. D'altra parte, sul piano della tecnica legislativa, l'inclusione di quelle diverse, o più o meno intense, offese a un medesimo bene giuridico all'interno di un'*unica disposizione*, con la previsione della *stessa pena*, parla nel senso di una *unificazione legislativa* di quei vari fatti, con la creazione di un'unica norma incriminatrice, la cui violazione darà perciò vita ad un unico reato. La molteplicità di fatti eventualmente commessi dall'agente non sarà peraltro priva di qualsiasi rilevanza: ferma rimanendo l'unicità del reato, il giudice terrà conto del numero o della gravità dei fatti concreti nella commisurazione della pena all'interno della cornice edittale. Eccezionalmente, ove la legge lo disponga espressamente, la pluralità dei fatti concreti potrà integrare una *circostanza aggravante* (corsivo degli autori).

CORTE DI CASSAZIONE – SEZIONE TERZA – 7 novembre 2008 – *Pres.* VITALONE – *Rel.* AMEDEO – C.M.

Prescrizione penale – Declaratoria immediata di prescrizione – Corte di Cassazione – Ricorso non manifestamente infondato – Ammissibilità – Sussistenza (c.p., art. 157).

I ricorsi proposti dalle difese possono ritenersi non manifestamente infondati, con la conseguenza che si è validamente instaurata la fase di impugnazione dinanzi alla Corte di legittimità e che possono essere rilevate e dichiarate le cause di estinzione dei reati in data successiva a quella di emissione della sentenza impugnata (1).

(Omissis). C.M. quale legale rappresentante della spa Antognola committente, B.S., quale direttore dei lavori, U. C., quale rappresentante della spa SEA, esecutrice dei lavori, nonché C. R., quale legale rappresentante della spa M. committente, vennero rinviati a giudizio per rispondere di diversi reati di cui agli artt. 44, lett. b) e lett. c), d.lgs. 6 giugno 2001, n. 380, e 163 del d.lgs 29 ottobre 1999, n. 490, per avere effettuato diversi interventi edilizi in zona soggetta a vincolo in totale difformità dalla concessione edilizia e senza l'autorizzazione paesistica.

Il giudice del tribunale di Perugia, con sentenza del 20 aprile 2006, dichiarò gli imputati colpevoli in ordine delle seguenti violazioni: C. M., B. S. e U. C.: capo A) interventi relativi al complesso destinato a Beauty Farm; capo B) n. 56. lastrico solare con muratura portante sopra la centrale elettrica; C. R. e B. S.: capo E) n. 8, due annessi al casale principale; B. S.: capo F) n. 6, manufatto seminterrato in calcestruzzo, e li condannò alle pene ritenute di giustizia. In ordine agli altri interventi contestati assolse gli imputati perché il fatto non sussiste e dichiarò non doversi procedere per essere i reati estinti per intervenuto condono e intervenuta sanatoria *ex* artt, 32 e 28 legge 28 febbraio 1985, n. 47.

La corte d'appello di Perugia, all'udienza del 10 luglio 200, dispose la separazione del processo nei confronti di C. R., il quale era stato irregolarmente notificato il decreto di citazione a giudizio.

Con la sentenza in epigrafe, respinse gli appelli degli altri imputati, confermando nei loro confronti la sentenza di primo grado.

C. M., B. S. e U. C. hanno proposto ricorso per cassazione deducendo:

1) violazione degli artt. 18 e 19 cod. proc. pen. per avere la Corte d'Appello erroneamente disposto la separazione del processo nei confronti di C. R., nonostante questo dovesse procedere in via unitaria non essendo le posizioni scindibili, dal momento che C. R. e B. S. rispondevano in

concorso tra loro dello stesso fatto e dello stesso reato contestato con il capo F), n. 8. Quindi, la Corte d'Appello si è pronunciata in tempi diversi sullo stesso fatto reato. Trattasi di procedura abnorme, che rende impugnabile il provvedimento di sospensione e nulla la sentenza impugnata nella parte in cui ha pronunciato sul capo F) n. 8, soltanto nei confronti di B. S., che doveva rispondere in corso con C.R.

2.1) violazione ed erronea applicazione di legge in relazione al capo A), concernente la Beauty Farm. Osservando che era stata presentata istanza di condono edilizio *ex* d.l. 269/2003 e poi di condono ambientale *ex* legge 15 dicembre 2004, n. 308, che era stato acquisito il parere favorevole sia dalla commissione edilizia integrata sia dalla sopraintendenza, che era stata pagata l'intera oblazione. Chiedono quindi che sia dichiarato che si è verificato l'effetto estintivo dei reati contestati, in quanto non è richiesto un ulteriore provvedimento dell'amministrazione. Si tratta di abuso sanabile perché rientrante nell'ambito della normativa sul condono di cui alla legge reg. Umbria n. 21/2004, dal momento che si tratta non di una nuova costruzione ma di un intervento di ristrutturazione edilizia per il quale non vi è stato alcun aumento di volume né ampliamento. Erroneamente la corte d'appello ha respinto la richiesta istruttoria di disporre una perizia sul punto. Le stesse considerazioni valgono per il condono ambientale, che ha prodotto il suo effetto estintivo senza bisogno di ulteriori provvedimenti amministrativi.

2.2) violazione ed erronea applicazione di legge in relazione al capo B) n. 56, concernente il lastrico di copertura della centrale elettrica osservano che non si tratta di nuova costruzione, ma solo del nuovo tetto della preesistente cabina elettrica, già in precedenza condonata. Erroneamente non è stata ammessa la richiesta di perizia. In ogni caso si tratta di un intervento pertinenziale. Inoltre, anche per tale intervento è stata presentata istanza di condono sia edilizio sia ambientale e si sono verificate le condizioni per il prodursi dell'effetto estintivo.

2.3) violazione ed erronea applicazione di legge in relazione al capo E), n. 8, concernente l'ammesso B in località Monticelli. Lamentano che sul punto vi è stata ultrapetizione perché la sentenza impugnata parla di due annessi (A e B) mentre l'appello aveva per oggetto unicamente l'annesso B, mentre per l'altro annesso vi era stata assoluzione per intervenuto condono. Vi è stata quindi violazione degli art. 521 e 649 cod. proc. pen. con conseguente nullità della sentenza. Osservano poi che l'annesso B, per il quale era stata chiesta una perizia, costituiva una pertinenza, e doveva quindi escludersi che si trattasse di nuova costruzione. Inoltre si era verificata la causa di estinzione per intervenuto condono e condono ambientale.

2.4) violazione ed erronea applicazione di legge in relazione al capo F) , n. 6, concernente il garage interrato il loc. Piantoni. Osservano che

si tratta di intervento pertinenziale e si è quindi verificata l'estinzione dei reati per intervenuto condono edilizio e condono ambientale.

3) violazione di legge perché, essendo efficace il condono ambientale ed essendo stato sanato il relativo abuso, anche il reato edilizio per l'effetto degrada dalla ipotesi di cui all'art. 20, lett. c.), dalla legge 28 febbraio 1985, n. 47, a quella dell'artt. 20, lett. a), dalla legge 28 febbraio 1985, n. 47, che prevede la sola pena dell'ammenda. Il reato si era quindi estinto per prescrizione. In ogni caso il condono ambientale produce effetto sanante anche dell'abuso edilizio. In caso contrario vi sarebbe violazione degli artt. 3 e 9 Cost. e quindi eccepiscono l'illegittimità costituzionale della diversa interpretazione. Osservano anche che per C. R., e quindi anche per B. S., è stato nel frattempo rilasciato il provvedimento di condono ambientale.

4) che nel frattempo è maturata la prescrizione per tutti i reati.

U. C. ha proposto un secondo ricorso per cassazione deducendo:

1) violazione dell'art. 40 cod. pen. nonché degli artt. 29 testo unico dell'edilizia, 118 e 169 d. lgs. 29 ottobre 1999, n. 490, e 44 d.p.R. 6 giugno 2001, n. 380. Lamenta che il giudice del merito, pur avendo riconosciuto che l'U., quale legale rappresentante della società appaltatrice, aveva conferito una delega permanente di funzione al sig. Maiettini per il ruolo di direttore tecnico, ha poi erroneamente ritenuto che essa non avesse efficacia scriminante. In realtà manca qualsiasi rapporto causale tra la sua condotta, che si era limitata alla sola fase dell'appalto, ed i fatti contestati, che attengono alla fase esecutiva. La corte di appello ha errato nel ritenere che egli avesse una posizione di garanzia, perché l'art. 6 legge 28 febbraio 1985, n. 47, attribuisce la responsabilità a determinati soggetti, salvo però che essi dimostrino di non essere responsabili dell'abuso, come è avvenuto nella specie.

2) violazione di legge perché i reati contestati dovevano ritenersi prescritti in applicazione della legge 5 dicembre 2005, n. 251. *(Omissis).* Va preliminarmente rilevato che i ricorsi (e specialmente il secondo ed il terzo motivo del primo ricorso) non possono ritenersi manifestamente infondati, con la conseguenza che si è validamente instaurata la fase di impugnazione dinanzi a questa corte e che possono essere rilevate e dichiarate le cause di estinzione dei reati in data successiva a quella di emissione della sentenza impugnata. Nel caso in esame tutti i residui reati, essendo la continuazione cessata il 25 giugno 2003, si sono prescritti (in mancanza di cause di sospensione del decorso della prescrizione) il 25 dicembre 2007.

Dagli atti non emergono in modo evidente cause di proscioglimento nel merito né altre cause di estinzione dei reati verificatesi in precedenza.

La sentenza impugnata deve dunque essere annullata senza rinvio perché i residui reati sono estinti per prescrizione *(Omissis).*

(1) In senso conforme, e più recentemente, si veda Cass., Sez. V, 28 maggio 2009, Bono, in *CED on line*, n. 244107; in particolare, nella citata sentenza, la S.C. afferma che *«la rilevazione in sede di legittimità della prescrizione del reato, pur non dedotta con i motivi di impugnazione, implica che la data di commissione del reato sia certa, non potendo la Corte di cassazione impegnarsi in indagini su questione di fatto»*. Negli stessi termini si consideri, anche, Cass., Sez. IV, 2 aprile 2009, Stafissi, *ivi*, n. 244001 con la pronuncia in parola il Collegio di legittimità osserva che *«in presenza di una causa di estinzione del reato (nella specie, prescrizione), non sono rilevabili in sede di legittimità vizi di motivazione della sentenza impugnata dal momento che il rinvio, da un lato, determinerebbe comunque per il giudice l'obbligo di dichiarare immediatamente la prescrizione, dall'altro, sarebbe incompatibile con l'obbligo dell'immediata declaratoria di proscioglimento».*

CHIARA LAZZARI

CORTE DI CASSAZIONE – SEZIONE QUINTA – 18 novembre 2008 – *Pres*. PIZZUTI – *Rel*. BRUNO – N.

***Ne bis in idem* – Divieto di un secondo giudizio – Reato composto o complesso – Giudicato intervenuto sul reato contenuto – Inapplicabilità** (r.d. 16 marzo 1942 n. 267, artt. 216, 223; c.p.p., art. 649; c.p., artt. 84, 646).

Reati fallimentari – Bancarotta fraudolenta in genere – Bancarotta per distrazione – Elementi costitutivi – Rapporti col delitto di appropriazione concernente il bene distratto – Diversità strutturali – Conseguenze – Consumazione contestuale – Reato complesso – Assorbimento nel reato fallimentare – Consumazione in tempi diversi – Reato progressivo (r.d. 16 marzo 1942, n. 267, artt. 216. 223; c.p. artt. 81, 84, 646).

Reati fallimentari – Bancarotta fraudolenta in genere – Amministratore di società – Appropriazione indebita di beni sociali – Decisione irrevocabile di estinzione per prescrizione – Successiva dichiarazione di fallimento della società – Bancarotta fraudolenta per distrazione dei medesimi beni – *Ne bis in idem* – Inesistenza – Ragioni (r.d. 16 marzo 1942, n. 267, artt. 216. 223; c.p. artt. 81, 170, 646; c.p.p., art. 649).

In tema di reato composto o complesso, la res iudicata*, intervenuta sul reato contenente, esclude, per la logica stessa dell'assorbimento, un nuovo giudizio sul reato contenuto, mentre, nell'ipotesi inversa, l'effetto preclusivo non può dispiegarsi, in quanto diversamente, resterebbe impunita l'area di illiceità od antigiuridicità non coperta dalla fattispecie minore. Pertanto è inapplicabile il principio del "*ne bis in idem*" in caso di precedente pronuncia definitiva per appropriazione indebita e successiva azione per bancarotta fraudolenta, stante la diversità del fatto previsto, rispettivamente, dagli artt. 646 c.p. e 216 l.f.* (1).

La bancarotta fraudolenta per distrazione (artt. 216, comma 1, e 223, comma 1, l. fall.) – in quanto composta di due elementi: la condotta tipica dell'apprensione e la dichiarazione di fallimento – è figura di reato strutturalmente diversa dall'appropriazione indebita, per se stessa punibile ai sensi dell'art. 646 c.p. Ne consegue che, per il caso di identità del bene appropriato e distratto, se le due fattispecie sono consumate contestualmente dallo stesso soggetto agente, verrà ad integrarsi un reato complesso secondo il paradigma dell'art. 84 c.p., con assorbimento della figura minor *in quella* maior *di bancarotta fraudolenta, e, se realizzate in tempi diversi, un reato progressivo* (2).

La decisione irrevocabile d'estinzione per prescrizione del delitto d'appropriazione indebita imputato all'amministratore di una società non preclude, dopo l'intervento della dichiarazione di fallimento della società, l'esercizio dell'azione penale nei confronti dello stesso per il delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione dei medesimi beni, trovando applicazione l'art. 170 c.p. in ragione della radicale diversità strutturale ed obiettività giuridica delle due fattispecie (3).

(*Omissis*). 1. – I ricorsi delle parti civili sono affidati – con identica formulazione – ad un unico, articolato, motivo.

In particolare, denunciamo mancanza o manifestata illogicità della motivazione, ai sensi dell'art. 606, lett. *e)* c.p.p., nonché erronea applicazione degli artt. 649 c.p.p. e 223-216 l.f., in relazione all'art. 606, lett. *b)*, c.p.p., contestando l'assunto del giudice di merito secondo cui il fatto oggetto di giudizio sarebbe coperto dal giudice formatosi sul reato di appropriazione indebita, sul rilievo che le condotte di appropriazione indebita e quelle di bancarotta per distrazione integrerebbero identico fatto giuridico.

Il primo reato non poteva, infatti, assorbire il secondo, contenente il *quid pluris* della dichiarazione di fallimento, mentre solo il secondo avrebbe potuto assorbire il primo.

Il ricorso del PM deduce inosservanza ed erronea applicazione della legge penale (art. 646 c.p., 216 e 223 l.f.) e processuale (art. 649 c.p.p.),

censurando l'interpretazione del giudice di merito che aveva riconosciuto l'effetto preclusivo della sentenza intervenuta nel procedimento per appropriazione indebita. Sottolinea, tra l'altro, la profonda diversità delle due fattispecie in questione (appropriazione indebita e bancarotta fraudolenta per distrazione), siccome relative a fatti ontologicamente diversi e posti a tutela di differenti beni giuridici.

2. – Le impugnazioni anzidette sollevano, sotto diverse angolazioni prospettiche, identica *quaestio iuris*, relativa al rapporto intercorrente tra le anzidette fattispecie delittuose, in riferimento del *ne bis in idem* sancito dall'art. 649 del codice di rito.

All'esame della questione giova certamente premettere una sintetica puntualizzazione dei termini della vicenda in oggetto, sia in sé che nel loro sviluppo cronologico.

2.1 – A carico dell'odierno prevenuto (imputato, nel presente giudizio, di bancarotta fraudolenta impropria per distrazione, ai sensi dell'art. 223 in relazione all'art. 216, n. 1, l.f., nei termini indicati in rubrica) era stato intrapreso, in precedenza, altro procedimento per appropriazione indebita, ai sensi degli art. 81 cpv. e 646 c.p., con addebito di *essersi appropriato, con più azioni esecutive di un medesimo disegno criminoso, per procurarsi un ingiusto profitto, della somma di £ 207.961.315 di proprietà della Cooperativa Passignano Servizi, di cui aveva il possesso nella sua qualità di Presidente del C.d.A., effettuando prelievi non autorizzati, a titolo di compensi, indennità di carica e rimborsi, mediante emissione di assegni o usando una carta di credito della società* (in Passignano fino al 27.1.1998).

In esito a tale procedimento, il Tribunale di Perugia, con sentenza del 28 ottobre 2004, ne aveva affermato la colpevolezza, condannandolo alla pena ritenuta di giustizia.

In sede di gravame, la Corte di appello di quella stessa città, con sentenza del 4 aprile 2006, aveva riformato sul punto la pronuncia impugnata, dichiarando non doversi procedere nei confronti del Nardini per essere il reato estinto per intervenuta prescrizione.

Tale pronuncia, non impugnata *in parte qua,* è divenuta irrevocabile.

2.2 – La sentenza oggetto della odierna impugnazione, emessa il 21.5.2007, ha dichiarato non doversi procedere nei confronti dell'imputato in ordine al reato di cui agli art. 223 e 216 l.f., in quanto il fatto era stato già giudicato con menzionata sentenza del 28 ottobre 2004. Nel corpo della motivazione, il giudice *a quo* rileva che, al di là della mancata corrispondenza quantitativa degli imputati indicati nelle due imputazioni, si trattava in sostanza della stessa somma, in quanto la contestazione di appropriazione indebita non aveva considerato l'importo di circa £ 22.000.000 che il Nardini aveva restituito nel corso del

1998: tale riscontro corroborava il convincimento in ordine alla perfetta indennità delle condotte in esame, che erano state ascritte allo stesso imputato, nella qualità, nell'ambito di due distinti procedimenti a suo carico. In proposito, il giudicante richiamava l'orientamento giurisprudenziale secondo cui, ai fini della preclusione connessa al divieto del *ne bis in idem*, sussisteva identità del fatto ove vi fosse corrispondenza storico-naturalistica nella configurazione del reato, considerato in tutti i suoi elementi costitutivi (condotta, evento e nesso casuale) – anche con riguardo alle condizioni di tempo, luogo e persone – valutati sia nella loro dimensione naturalistica che in quella giuridica. Riteneva che, alla luce di tale insegnamento, in caso di diversità di *evento*, conseguente a condotta unitaria, non vi fosse spazio per l'applicazione dell'art. 649 c.p.p., posto che sotto il profilo giuridico l'evento ulteriore vale a caratterizzare diversamente il fatto-reato nella sua globalità.

Insomma, ai fini di tale applicazione, costituiva, *fatto diverso* quello che rappresentava un'ulteriore estrinsecazione dell'attività del soggetto, diversa e distinta nello spazio e nel tempo, rispetto a quella posta in essere in precedenza ed accettata con sentenza passata in giudicato. Di contro, la preclusione anzidetta non poteva essere invocata ove il fatto, oggetto di sentenza irrevocabile, integrasse ipotesi di concorso formale di reati in quanto, in quel caso, la fattispecie concreta potrebbe essere riesaminata sotto il profilo di una diversa violazione di legge, pur derivante dallo stesso fatto.

Nondimeno, ad avviso del giudicante, il criterio discretivo tra *stesso fatto* e *fatto diverso*, enucleabile dal richiamato insegnamento giurisprudenziale, non era applicabile *tout court* al caso di specie. Non ricorrendo, infatti, ipotesi di concorso formale, il rapporto tra le fattispecie di appropriazione indebita e bancarotta fraudolenta per distrazione avrebbe dovuto essere ricondotto alla configurazione del reato complesso di cui all'art. 84 c.p., con la conseguenza che, in caso di identità di beni oggetto di distrazione ed appropriazione, l'agente non avrebbe potuto essere chiamato a rispondere di entrambi i reati, ma solo di quello complesso, ossia di bancarotta fraudolenta. L'elemento differenziatore delle due fattispecie era la dichiarazione di fallimento, che, tuttavia, non costituiva *evento* del reato di bancarotta.

Applicando tale principio al caso di specie, in presenza di condotte materiali del tutto identiche, poste in essere dall'imputato nella riferita qualità, *un elemento del tutto esterno alla condotta stessa, quale appunto la dichiarazione di fallimento,* non avrebbe potuto essere considerato *evento ulteriore*, idoneo a consentire l'instaurazione di un nuovo giudizio per bancarotta fraudolenta per distrazione a suo carico, dopo l'intervenuta irrevocabilità della condanna per appropriazione indebita. Donde, la sussistenza, nella fattispecie, della situazione tipica del *bis in idem*, che comportava l'applicabilità dell'art. 649 comma 1, del codice di rito.

3. – Il *collaudo* di legittimità di siffatto percorso argomentativo postula approfondimento e riflessione su alcuni profili di particolare momento.

Il tema dei rapporti tra le due fattispecie delittuose deve, in primo luogo, prendere le mosse dal rilievo che, sul versante della realtà fenomenica, la materialità del fatto – nella particolare ipotesi di apprensione del bene – è perfettamente identica, sostanziandosi nell'appropriazione, con correlata distrazione dall'originaria destinazione. Nel primo caso, mediante profittamento di una situazione di vantaggio, consistente nel possesso o, *lato sensu*, nell'autonoma disponibilità dello stesso bene, per sottrarlo al legittimo titolare; nel secondo, nel profittamento di analoga situazione di vantaggio, per sottrarre il bene alla sua *istituzionale* destinazione di garanzia a beneficio dei creditori, siccome elemento attivo del patrimonio dell'imprenditore che rappresenta garanzia generica dell'adempimento delle obbligazioni a suo carico.

Se ci si sposta, ora, dalla dimensione naturalistica a quella prettamente giuridica, ai fini delle pertinenti valutazioni non è più sufficiente, come nella prima prospettiva, la mera osservazione *esterna* ed empirica, con presa atto dell'identità fenomenica, ma occorre l'individuazione di un idoneo criterio di lettura dei referenti normativi, al fine di una corretta analisi dei rapporti intercorrenti tra le relative fattispecie delittuose.

Tale non può che essere, a giudizio della Corte, il parametro-strutturale volto a rilevare, sul piano morfologico e sostanziale, momenti di coincidenza o diversità nella rappresentazione del fatto considerato, al di là del profitto formale della diversa qualificazione giuridica (cfr., per altra applicazione della metodologia anzidetta, Cass., Sez. Un. 26.3.2003, n. 25887, rv. 224605). Ed invero, tra gli altri parametri di indagine, astrattamente sperimentali, quelli valutativi – riguardanti il bene giuridico tutelato e le modalità dell'offesa – sono meno affidabili, siccome incapaci di portare ad approdi interpretativi univoci, come dimostrano i numerosi contrasti che, in passato, si sono manifestati sia in giurisprudenza che in dottrina quando si è trattato di farne applicazione in numerose recenti vicende legislative in materia penale. Criteri siffatti possono, semmai, essere proficuamente impiegati come momenti di conferma e di verifica ulteriore.

Orbene, l'analisi comparativo-strutturale delle due fattispecie pone in chiara evidenza che la dimensione giuridica dei fatti contemplati è radicalmente diversa, pur a fronte di (eventuale) identità sul piano storico-naturalistico.

Innanzitutto, l'apprensione del bene, da parte dell'imprenditore, per farlo proprio rappresenta solo una delle molteplici forme in cui può concretizzarsi l'indeterminata nozione di *distrazione* (peraltro, a sua

volta recepita dal legislatore in via residuale rispetto ad altre tipologie contemplate dall'art. 216 l.f.).

Per pacifica acquisizione dottrinaria e giurisprudenziale per *distrazione* deve intendersi qualsivoglia distacco del bene dal patrimonio dell'imprenditore, con conseguente depauperamento dell'asse concorsuale. Ed il *distacco* penalmente rilevante va inteso in senso non solo fisico, ma anche giuridico (come la perdita di titolarità sul bene, conseguente a qualsiasi atto negoziale di disposizione che comporti diminuzione patrimoniale ed anche l'assunzione di obbligazioni volte a determinare, comunque, pur con effetti differiti, quella diminuzione, con la messa in pericolo dell'integrità del patrimonio vincolato alla garanzia dei creditori, ai sensi della generale previsione dell'art. 2740 c.c.: cfr., tra le altre, Cass., Sez. V, 26.6.1990, n. 15850, rv. 185891; Id., Sez. V, 24.5.1984, n. 7359, rv. 165676).

L'indeterminatezza del dato normativo si spiega, agevolmente, in ragione della sua *ratio*, che mira essenzialmente all'obbiettivo *privilegiato* di impedire, comunque, il depauperamento del patrimonio e la conseguente contrazione della garanzia del ceto creditorio, in qualunque forma si realizzino.

Sennonché, la fattispecie della bancarotta fraudolenta è più ampia non solo per la dimensione sostanziale - quantitativa della *distrazione* rispetto all'apprensione, ma anche in ragione di un ulteriore elemento. Ed infatti, anche in presenza del fatto specifico dell'apprensione (tra le diverse, molteplici, condotte tutte astrattamente riconducibili al paradigma dell'art. 216 l.f.) e, dunque, anche nel caso di perfetta identità materiale rispetto alla *distrazione*, la norma sostanziale richiede pur sempre un elemento ulteriore, ossia la dichiarazione di fallimento, che, per consolidata tradizione giurisprudenziale, integra elemento costitutivo della fattispecie di cui all'art. 216 l.f. (cfr., tra le tante, Cass., Sez. V, 8.4.2008, rv. 240444; Id., Sez. I, 6.11.2006, n. 1825, rv. 235793).

Se così è, non è revocabile in dubbio che – in chiave giuridica, pur a fronte della stessa condotta dell'apprensione – appropriazione indebita e bancarotta fraudolenta per distrazione non sostanzino un *medesimo fatto*, ai fini dell'applicazione dell'art. 649 c.p.p., integrando, invece, fattispecie ontologicamente diverse.

Il fatto *giuridico* previsto dagli art. 646 e 216 1.f. non è identico in quanto quello previsto da quest'ultima norma sostanziale è, comunque, connotato da un *quid pluris* rappresentato dalla dichiarazione di fallimento, almeno sintantoché questa continui ad essere rappresentata come elemento costitutivo della fattispecie e non già come elemento ad essa estrinseco, rilevante soltanto ai fini della punibilità.

L'interpretazione anzidetta è in linea con l'insegnamento delle sezioni unite di questa Corte, secondo cui, ai fini della preclusione connessa

al principio *"ne bis in idem"* l'identità del fatto sussiste quando vi sia corrispondenza storico-naturalistica nella configurazione del reato, considerato in tutti i suoi elementi costitutivi (condotta, evento, nesso casuale) e con riguardo alle circostanze di tempo, di luogo e di persona (Cass., Sez. Un., 28.6.2005, n. 34655, rv. 271799).

E nell'ampia eccezione di *identità*, comprensiva non solo della prospettiva naturalistica, ma anche della configurazione giuridica, l'esito dell'analisi comparativa non può che essere quello della diversità strutturale delle due fattispecie e non già di (ovvia) diversità di *titolo* o di (mera) nominalistica qualificazione giuridica, dovuta magari, nell'un caso, al verificarsi di elementi estrinseci al fatto costituente reato.

In termini giuridici, si tratta, allora, di fattispecie radicalmente diverse nella loro dimensione strutturale, prima ancora che nell'ovvia obbiettività giuridica.

L'indagine dei rapporti intercorrenti tra le due fenomenologie delittuose non può, però, dirsi completa, occorrendo distinguere un momento statico (fatto *già in essere*, astrattamente riconducibile ad entrambe le fattispecie) da altro dinamico (fatto *nel suo divenire*), distinzione che viene ad intersecarsi con l'altra, complicando, non poco, il quadro di assieme.

3.1 – Orbene, sotto l'aspetto *statico* non è revocabile in dubbio che le due ipotesi di reato, ove contestualmente considerate, finiscano per integrare una fattispecie complessa, nella quale l'appropriazione indebita viene a confluire nell'altra, perdendo la sua autonomia e restandone assorbita od inglobata, secondo il paradigma dell'art. 84 c.p. (cfr., in tal senso, Cass., Sez. V, 4.4.2003, n. 37567, rv. 228297).

La bancarotta fraudolenta assorbe, dunque, il reato di appropriazione indebita, che si pone, rispetto ad essa, come elemento costitutivo.

Nella specifica ipotesi dell'apprensione, dunque, la struttura della bancarotta fraudolenta per distrazione risulta composta di due elementi: la condotta tipica dell'appropriazione indebita e la dichiarazione di fallimento.

3.1.1 – Più precisamente, avuto riguardo all'aspetto *statico*, in presenza di dichiarazione di fallimento, la condotta dell'apprensione è, astrattamente, riconducibile a due distinte ipotesi delittuose. In tal caso, non vi è, però, concorso formale di norme, ma assorbimento ai sensi dell'art. 84 c.p., applicandosi la fattispecie *maior* che "incapsula" la *minor* (cfr. Cass., sez. V, n. 37567/2003 cit.; cfr. pure, un lontano precedente, secondo cui non può configurarsi il concorso formale dei reati di bancarotta ed appropriazione indebita quando, oltre ad esservi perfetta identità della cosa, su cui si sono concentrate le rispettive attività criminose, e simultaneità delle attività stesse, poste in essere al riguardo del singolo imprenditore o dall'amministratore di una società,

poi fallita, che per effetto del susseguente fallimento vengono ad essere qualificati come attività illecite e penalmente perseguibili, unica risulti altresì la destinazione data dal soggetto attivo ai beni da lui appresi indebitamente e distratti, integrando un siffatto comportamento una sola ipotesi criminosa e precisamente quella di bancarotta fraudolenta: cfr. Cass., Sez. III, 26.5.1966, n. 1605, rv. 102500). Il fatto, unitamente considerato (nella sommatoria: appropriazione indebita + dichiarazione di fallimento) è riconducibile solo ad una delle norme sostanziali in questione, ove invece il concorso formale postula che le diverse norme si integrino vicendevolmente e, perciò, possano applicarsi contemporaneamente, in quanto ciascuna di esse comprende solo *una parte* del fatto.

La tesi del concorso formale (che escluderebbe, di per sé, l'operatività della preclusione del *ne bis in idem*), sostenuta in un isolato precedente di questa Corte di legittimità (cfr. Cass., Sez. II, 4.3.1997, n. 10472, rv. 209022), non è, pertanto, condivisibile, neppure *sub specie* di pluralità di eventi giuridici scaturenti da identico fatto storico, rispetto ai quali il giudicato intervenuto con riguardo ad uno di essi non impedirebbe l'esercizio dell'azione penale in relazione ad un altro, sempre inteso in senso giuridico (per l'esecuzione del concorso formale, cfr., pure, Cass., Sez. V, 3.2.1967, n. 239, rv. 103661, oltre Cass. cit. n. 1605/1966, rv.102500).

In proposito, è certamente fuorviante il riferimento, nei ricorsi in esame, ai precedenti giurisprudenziali di legittimità in ordine all'ammissibilità del concorso tra le due fattispecie delittuose (cfr. Cass., Sez. V, 15.12.1993, n. 2057, rv. 197270; Id., Sez. V, 8.10.1991, n. 188680; Id., Sez. V, 22.10.1986, n. 1341, rv. 175009; Id., Sez. V, 17.5.1986, n. 8805, rv. 170642; Id., Sez. V, 7.10.1981, n. 10407, rv. 151309; Id., Sez. V, 25.11.1980, n. 1401, rv. 147724; Id., Sez. V, 4.4.1978, n. 7294, rv. 139294). Tali pronunce si riferiscono, infatti, ad ipotesi concettualmente diversa, affermando il principio secondo cui nella nozione *beni del fallito,* ai sensi dell'art. 216 l.f., devono intendersi tutti quelli che fanno parte della sfera di disponibilità patrimoniale, indipendentemente dal modo (lecito o meno) di acquisizione e della nozione e di proprietà in senso tecnico-giuridico; pertanto, nella definizione di tale sfera deve prescindersi dal modo di acquisto dei beni, di talché anche quelli ottenuti con sistemi illeciti – e, in particolare, per *appropriazione indebita* – rientrano in tale novero (cfr. Cass., Sez. V, 17.3.2004, n. 23318, rv. 228863; Id., Sez. V 8.10.1991, n. 12068, rv. 188680, secondo cui l'obbiettività giuridica del reato di cui all'art. 646 c.p. e quella della bancarotta fraudolenta per distrazione sono diverse perché l'*iter* criminoso del primo si esaurisce con l'acquisto dei beni mentre la sottrazione degli stessi è successiva e si ricollega ad una nuova ed autonoma azione, con la conseguenza che i due reati possono concorrere). La diversità delle fattispecie è evidente. In quel caso, l'appropriazione indebita è modalità di acquisto (illecita

appunto) – cronologicamente antecedente – dei beni costituenti il patrimonio del fallito. La sottrazione degli stessi beni (già illecitamente acquisiti) alla garanzia patrimoniale è, invece, successiva ad integra la diversa ipotesi della bancarotta fraudolenta, con l'ovvia conseguenza che i due reati ben possono concorrere.

Nel caso in esame, invece, una stessa azione, posta in essere in identico contesto spazio-temporale, si realizza con l'apprensione dei beni e con la simultanea distrazione dalla loro naturale destinazione: come tale è, al tempo stesso, astrattamente riconducibile a due diverse ipotesi delittuose (art. 646 c.p. e 216 l.f.).

3.2 – Guardando, ora, al profilo dinamico, allorquando la dichiarazione di fallimento non è ancora intervenuta al momento della sottrazione, ma sovviene in un momento successivo (come nel caso di specie), il fenomeno, in ottica diacronica, si pone come fattispecie a formazione progressiva o reato *progressivi*, in quanto, muovendo dalla fattispecie *minor* giunge poi, per via della sopravvenuta dichiarazione di fallimento, alla fattispecie maggiore.

4. – Distinti così i due profili d'indagine, possono configurarsi diverse situazioni che riflettono i rapporti tra le due fattispecie, con diverse ricadute sul versante processuale, ai fini del rispetto del generale principio del *ne bis in idem*, di cui all'art. 649 c.p.p.

4.1 – Il profilo statico non pone problemi di sorta, in quanto è ovvio che, in siffatta ipotesi, una sola tipologia di reato può trovare applicazione: questa non può che essere quella maggiore (bancarotta fraudolenta), siccome fattispecie assorbente. È l'invincibile forza della logica comune, che vuole che *il più* contenga *il meno.*

In concreto, può anche verificarsi che si proceda, inizialmente, per il reato di appropriazione indebita e che, in secondo momento, con distinto procedimento, l'azione penale sia esercitata anche per il reato più grave. In tale ipotesi, non v'è dubbio che, sempre per via dell'assorbimento, l'agente può essere perseguito solo per il reato più grave ed il *ne bis in idem* può essere invocato nel primo procedimento (cfr. Cass. Sez. Un. n. 34655/2005 cit., che ha esteso l'ambito di operatività della preclusione del *ne bis in idem* anche all'ipotesi di sentenze non irrevocabili).

4.2 – Quanto al profilo dinamico od evolutivo, può invece accadere che, delineatasi una condotta di appropriazione indebita, si proceda per il reato di cui all'art. 646 c.p., e successivamente integrata la dichiarazione di fallimento; e che quel procedimento si concluda con sentenza irrevocabile (condanna, assoluzione o, come nel caso specie, prescrizione). In tale ipotesi, si pone appunto il problema che compendia il *thema decidendum* del presente giudizio: se il *ne bis in idem* possa essere invocato nel secondo giudizio.

5. – Alla luce di tali premesse, balza evidente l'errore nel quale è

incorso il giudice *a quo,* secondo cui, trattandosi di assorbimento, il giudicato intervenuto sul reato meno grave inibisce la pronuncia sul reato più grave. Per logica stessa dell'assorbimento, in caso di reato composto o complesso, la *res iudicata*, intervenuta sul reato contenente, esclude un nuovo giudizio sul reato contenuto. Ma, nell'ipotesi inversa, l'effetto preclusivo non può dispiegarsi, in quanto, resterebbe impunita l'area di illiceità od antigiuridicità non coperta dalla fattispecie *minor* (potrebbe definirsi, plasticamente, come l'area residua di un cerchio maggiore, non coperta dalla sovrapposizione di un cerchio minore e concentrico).

Non può, dunque, ritenersi inibito il successivo esercizio dell'azione penale anche per la bancarotta fraudolenta.

D'altronde i due reati hanno obbiettività giuridiche diverse, ledendo beni giuridici diversi: l'appropriazione indebita tutela l'inviolabilità del diritto di proprietà e, dunque, l'integrità del patrimonio in sé considerato; la bancarotta fraudolenta l'integrità del patrimonio nella sua specifica, caratterizzante, funzione di garanzia del creditori, in vista dell'esecuzione fallimentare.

La dichiarazione di fallimento stravolge la fisionomia dell'originario fatto di appropriazione indebita, conferendogli una diversa e più grave connotazione, sì da trasformarlo in entità giuridica affatto nuova e di gravità, di gran lunga, maggiore.

6. – Resta, ora, da stabilire quale debba essere il trattamento della fattispecie nel secondo giudizio, una volta intervenuto il giudicato sul reato appropriazione indebita.

Al riguardo, può essere ribadito il principio enunciato da questa Corte Suprema con la menzionata sentenza n. 37567/2003, che riguarda, nondimeno, fattispecie affatto diversa da quella per cui procede.

Più precisamente, nel caso esaminato in quell'occasione, era intervenuta sentenza di condanna, divenuta irrevocabile, per il reato di appropriazione indebita e, successivamente, si era proceduto per bancarotta fraudolenta per distrazione. I giudici di merito avevano riunito in continuazione quest'ultimo reato a quello (*minor)* giudicato con sentenza definitiva, applicando un aumento sulla pena base determinata per la bancarotta fraudolenta. Questa Corte ha, invece, escluso il vincolo della continuazione sul rilievo che il reato di appropriazione indebita avrebbe dovuto considerarsi assorbito nella bancarotta fraudolenta ed ha, conseguentemente, escluso l'aumento di pena in continuazione, rideterminando la pena ai sensi dell'art. 620, lett. *l*), c.p.p.

Nel caso in esame, invece, è divenuta irrevocabile la declaratoria di prescrizione in ordine al reato assorbito (l'appropriazione indebita). Deve, allora, trovare applicazione la norma dell'art. 170, comma 2, c.p., secondo cui la causa estintiva di un reato, che è elemento costitutivo o

circostanza aggravante di un reato complesso, non si estende al reato complesso.

7. – Per quanto precede, i ricorsi vanno accolti e, per l'effetto, impugnata sentenza deve essere annullata con rinvio al competente giudice di merito, che si atterrà al principio di diritto sopra enunciato (inapplicabilità del principio del *ne bis in idem* in caso di precedente pronuncia definitiva per appropriazione indebita, stante la diversità del fatto previsto dagli art. 646 c.p. e 216 l.f.).

Conformemente alla richiesta del PG d'udienza, il giudice del rinvio deve essere individuato nella Corte di Appello di Perugia, ai sensi dell'art. 569, comma 4, c.p.p. (*Omissis*).

(1) *Postille in tema di* ne bis in idem.

1. Nella sentenza in epigrafe la Corte di Cassazione si sofferma approfonditamente sui rapporti tra le fattispecie di appropriazione indebita e bancarotta fraudolenta.

Nella caso di specie la Suprema Corte è chiamata a pronunciarsi in ordine alla legittimità della sentenza con la quale il Tribunale di Perugia ha dichiarato non doversi procedere nei confronti dell'imputato in ordine al reato di cui agli artt. 223 e 216 l.f., in quanto il fatto era già stato giudicato con precedente sentenza dello stesso Tribunale, poi riformata dalla Corte d'Appello che lo aveva dichiarato prescritto.

In proposito, nel corso dell'ampia motivazione si osserva che, anche a fronte della medesima condotta di apprensione che rende le due fattispecie identiche sotto il profilo della materialità del fatto, appropriazione indebita e bancarotta fraudolenta per distrazione non sostanziano un medesimo fatto, integrando, sotto il profilo giuridico, fattispecie ontologicamente diverse, sia perché "l'apprensione del bene da parte dell'imprenditore per farlo proprio rappresenta solo una delle molteplici forme in cui può concretizzarsi l'indeterminata nozione di "distrazione" di cui all'art. 216 l.f., sia perché diversi sono gli elementi costitutivi della due fattispecie, richiedendo la bancarotta fraudolenta l'elemento costitutivo ulteriore della dichiarazione di fallimento. Pertanto appropriazione indebita e bancarotta fraudolenta per distrazione non sostanziano un medesimo fatto ai fini dell'applicazione dell'art. 649 c.p.p.

Si osserva inoltre che la bancarotta, quale fattispecie più ampia, assorbe il reato di appropriazione indebita, che si pone rispetto ad essa come elemento costitutivo integrando così, sotto il profilo statico, un reato complesso ai sensi dell'art. 84 c.p.; nella specifica ipotesi di apprensione, infatti, la struttura della bancarotta fraudolenta per distrazione risulta composta di due elementi: la condotta tipica dell'appropriazione indebita e la dichiarazione di fallimento. Allorquando, però, la dichiarazione di fallimento non sia ancora intervenuta al momento della sottrazione, ma intervenga in un

momento successivo, si tratta, allo stesso tempo, di fattispecie a formazione progressiva o reato progressivo, in quanto muovendo dalla fattispecie minor giunge poi, per via della sopravvenuta dichiarazione di fallimento, alla fattispecie maggiore".

Ciò rilevato, richiamando la logica dell'assorbimento *ex* art. 84 c.p., la Suprema Corte afferma allora il principio secondo cui, nel caso in cui il procedimento per appropriazione indebita si concluda con una sentenza irrevocabile (condanna, assoluzione o, nel caso di specie, prescrizione) e solo successivamente intervenga la dichiarazione di fallimento, il *ne bis in idem* non può essere invocato nel secondo giudizio. Infatti, per la logica stessa dell'assorbimento, in caso di reato composto o complesso, la *res iudicata*, intervenuta sul reato contenente, esclude un nuovo giudizio sul reato contenuto, mentre, nell'ipotesi inversa, l'effetto preclusivo non può dispiegarsi, in quanto diversamente, resterebbe impunita l'area di illiceità od antigiuridicità non coperta dalla fattispecie minore.

Nell'evidenziare i profili di diritto sostanziale concernenti i rapporti tra le due fattispecie coinvolte, la sentenza in commento si presta dunque ad interessanti riflessioni anche sotto il profilo processuale, offrendo l'occasione per ripercorre la problematica dei limiti oggettivi del giudicato penale di cui all'art. 649 c.p.p., con particolare riferimento al tema dell'applicabilità del *ne bis in idem* alla varie "combinazioni di reati", tra queste rientrando anche la figura del reato composto o complesso e le varie ipotesi di reati a formazione progressiva, in quanto figure che realizzano la contenenza di un illecito penale nell'altro.

Trattandosi di questione profondamente dibattuta, pare opportuno, per un'adeguata comprensione della problematica, delineare le linee principali del dibattito che ha coinvolto sul punto dottrina e giurisprudenza.

2. Le soluzioni prospettate dalla dottrina e dalla giurisprudenza in ordine alla possibilità di applicare il *ne bis in idem* alle varie «combinazioni di reati» [(1)], permettono di valutare su un piano concreto i limiti oggettivi del giudicato penale ed i diversi significati attribuibili al concetto di "medesimo fatto".

Con riferimento alla fattispecie in commento, peraltro, l'analisi deve essere condotta con specifica attenzione alla tematica del reato a formazione progressiva [(2)].

[(1)] L'espressione è di G. De Luca, voce *Giudicato (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, vol. XV, 11. Le principali "combinazioni di reati" sono il concorso formale di reati (omogeneo ed eterogeneo; v. art. 81, comma 1, c.p.), il reato progressivo, il reato complesso (v. art. 84 c.p.) ed il reato continuato (v. art. 81, comma 2, c.p.).

[(2)] La nozione di "reato progressivo" è frutto della elaborazione della dottrina penalistica, mancando una norma di riferimento nell'ambito del codice penale. Al riguardo, un interessante tentativo di classificazione è operato da P.P. Rivello, *Analisi in tema di* ne bis in idem, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 509 e ss. V. più

Al riguardo, nella prassi giurisprudenziale, possono delinearsi due diverse situazioni. Può accadere, in prima ipotesi, che sia intervenuto il giudicato sul reato più grave e si invochi il principio del *ne bis in idem* nell'ambito del giudizio in corso per il reato meno grave (ad es. dopo il giudicato sull'omicidio si procede per la fattispecie di lesioni o per il tentativo relativi alla stessa condotta). In tale situazione, stante l'evidente assorbimento del fatto meno grave in quello più grave [3], è opinione pacifica che il giudicato intervenuto nei confronti del secondo precluda un nuovo giudizio nei confronti del primo, dato che se il soggetto ipoteticamente prosciolto o condannato con provvedimento irrevocabile per omicidio fosse successivamente perseguito per lesioni, «l'intero oggetto del nuovo processo coinciderebbe con una parte del primo» [4].

La diversa ipotesi si verifica qualora, invece, sia intervenuto il giudicato sul reato meno grave e si proceda per il reato più grave verificatosi o venuto a conoscenza successivamente (si consideri ancora, a titolo esemplificativo, la classica ipotesi di scuola di progressione dal reato di lesioni a quello di omicidio). La questione appare in tal caso assai problematica.

Al riguardo, le inconciliabili posizioni rilevate in tema di reato progressivo, possono considerarsi il riflesso delle differenti prospettive da cui muovono la dottrina e la giurisprudenza nell'interpretazione della lettera dell'art. 649 c.p.p., ovvero del concetto di «medesimo fatto», previsto dalla norma in parola, «anche se diversamente qualificato per il titolo il grado e le circostanze».

3. Le soluzioni interpretative offerte dalla dottrina prevalente sul significato da attribuire al concetto di "medesimo fatto", possono distinguersi a seconda che ne sostengano l'accezione storico-naturalistica oppure quella giuridica.

Un primo orientamento afferma che l'art. 649 c.p.p., nel momento in cui dichiara operante il *ne bis in idem* in relazione allo stesso fatto «diversamente considerato», fissa la «disincarnazione del fatto storico dalla sua valutazione giuridica» e lo rende rilevante «nella sua accezione naturalistica»[5].

---

approfonditamente G. Vassalli, voce *Antefatto non punibile, postfatto non punibile*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, vol. II, 506 e ss. e voce *Progressione criminosa e reato progressivo*, in *Enc. dir.*, Milano, 1987, vol. XXXVI, 1150 e ss.

[3] Cfr. A. Bassi, *I limiti oggettivi dell'effetto preclusivo derivante dal giudicato penale,* in *Cass. pen,* 1997, 1408.

[4] Il rilievo è di F. Cordero, *Procedura penale*, Milano, 1971, 687. V. anche A. Giovene, voce *Giudicato*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1992, vol. V, 429; G. Lozzi, voce *Giudicato (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1969, vol. XVII, 923.

[5] In questi termini G. Leone, *Trattato di diritto processuale penale*, Napoli, 1961, vol. III, 342. Dello stesso orientamento G. Bellavista – G. Tranchina, *Lezioni di diritto processuale penale*, Milano, 1987, 710; F. Cordero, *Codice di procedura penale commentato*, Torino, 1992, 772; A. Pagliaro, voce *Fatto (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1967, vol. XVI, 964.

Partendo da tale presupposto, di fronte all'esigenza di chiarire se l'elemento materiale, che «si rappresenta come un'entità composta da condotta ed evento», sia o meno da considerare interamente ricompreso nell'espressione utilizzata dall'art. 649 c.p.p., tale dottrina, data l'irrilevanza che la norma «proclama sia della qualificazione giuridica del fatto in genere che dell'evento *in ispecie* (neppure se… diversamente considerato… per il grado)», giunge a sostenere che, in definitiva, «*l'eadem res* in penale è costituita soltanto dalla condotta (azione od omissione) imputata e sulla quale si è giudicato». In tal modo, la regola del *ne bis in idem* si considera applicabile solo nel caso in cui la nuova azione penale si riferisce alla stessa condotta dell'imputato sulla quale è caduta la precedente decisione irrevocabile [6].

In altra prospettiva, si osserva come i concetti di fatto, condotta, nesso causale ed evento siano «il prodotto di un'astrazione e quindi dell'arbitraria scomposizione della realtà», con il rischio che, astraendo più del dovuto, i risultati finiscano per divenire paradossali. Conseguentemente, per evitare la possibilità che il riferimento del concetto di "medesimo fatto" all'elemento "condotta" debba sfociare in soluzioni paradossali, dato che «un'azione transitiva non è concepibile indipendentemente dall'oggetto sul quale cade», si afferma che "fatto", nella formula dell'art. 649, significa «semplice condotta, purché quest'ultima sia definita in relazione al suo oggetto materiale» [7].

---

[6] Così G. Leone, *Trattato*, cit., 342.

[7] Per tali considerazioni v. F. Cordero, *Procedura penale*, Milano, 1971, 688-689, il quale così evidenzia i pericoli di un'interpretazione volta ad identificare il medesimo fatto con la medesima condotta. Supponendo il caso in cui «la condotta si esaurisca nel gesto con il quale qualcosa è stato gettato dalla finestra», così da integrare il reato previsto dall'art. 674 c.p. ("Getto pericoloso di cose"), si dovrebbe infatti concludere che la pronuncia nei confronti di tale contravvenzione precluda «un'accusa per omicidio, quando il gettare cose atte ad offendere sia consistito nel lasciar cadere un corpo contundente sul capo di una persona dopo avere accuratamente preso la mira; la conclusione cade nel ridicolo». In tema di reato progressivo, ne deriva che «la decisione sull'accusa di lesioni impedisce di procedere successivamente per omicidio». Di analogo parere G. Bellavista – G. Tranchina, *Lezioni*, cit., 711-712; A. Giovene, voce *Giudicato*, cit., 429.

V. ancora F. Cordero, *Procedura penale*, Milano, 2001, 1180, per un'efficace esemplificazione di tale orientamento: «N temeva che P testimoniasse sui suoi precedenti delittuosi , e a fine intimidatorio, l'ha affrontato fuori mano; vistolo insensibile alle minacce, è passato alla violenza, con un coltello, causandogli sfregi permanenti al viso. Lesione dolosa gravissima (artt. 582 e 583, n. 4, c.p.) e sono tre le circostanze a suo carico (artt. 61, n. 2; 61, n. 5; 585 c.p.). L'art. 649 decompone questa costellazione: indi esclude i dati variando i quali, muterebbero "titolo", "grado", "circostanze"; resta un nucleo identificato dalla condotta; N ha colpito P. La decisione irrevocabile impedisce nuovi giudizi sulla "res", comunque venga poi rievocata: non importa che giorno o luogo siano diversi; e così i motivi dell'aggressione, nonché l'arnese, purché i rispettivi enunciati descrivano lo stesso avvenimento; non sarebbe *bis in idem* imputare a N aggressioni storicamente distinte o l'estorsione consumata nel

Punto nevralgico della trattazione è, poi, rappresentato dall'interpretazione del concetto di "grado", poiché la scelta del significato da attribuire a tale termine si riflette direttamente sui limiti da assegnare alla nozione di "medesimo fatto" [8].

In proposito, l'orientamento affermatosi in dottrina prende le mosse da un passo contenuto nella Relazione al progetto preliminare del c.p.p. del 1930 [9] e afferma che «il concetto di grado può essere utilizzato al fine

---

medesimo contesto o le ingiurie che l'aggressore mescolasse alle minacce. Nell'art. 649 fatto significa condotta: e questa struttura nucleare include l'oggetto fisico, dove ne esista uno (reati cosiddetti materiali); le condotte transitive sono individuate da ciò su cui cadono…».

[8] Mentre il riferimento al concetto di "grado" presenta problemi esegetici di non facile soluzione, l'interpretazione delle espressioni "titolo" e "circostanze" sembra essere sostanzialmente incontroversa. Il concetto di "titolo" viene pacificamente riferito alla qualificazione giuridica che l'autorità giudiziaria attribuisce al fatto: di conseguenza, dato che in base all'art. 649 il mutamento del titolo senza un corrispondente mutamento del fatto non vale a consentire una nuova azione penale, il soggetto ipoteticamente assolto dall'imputazione di furto (art. 624 c.p.) non potrebbe essere ulteriormente chiamato a rispondere di appropriazione indebita (art. 646 c.p.) o di ricettazione (art. 648 c.p.), sempre che il fatto sia lo stesso. La qualificazione giuridica, peraltro, può mutare anche in seguito ad una differente considerazione dell'elemento soggettivo, sicché, ad esempio, il soggetto condannato o prosciolto dall'imputazione di omicidio (art. 575 c.p.) non potrebbe essere nuovamente sottoposto a procedimento in ordine a tale vicenda, anche se successivamente definita omicidio preterintenzionale (art. 584 c.p.) o colposo (art. 589 c.p.). Il riferimento al concetto di "circostanze", più semplicemente, implica che lo spostamento dal reato-base al reato circostanziato non vale a derogare al canone del *ne bis in idem* e ad alterare l'identità del fatto, per cui, il soggetto ipoteticamente giudicato per il reato di furto semplice non potrebbe essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per furto aggravato. Per tali considerazioni v., in particolare, P.P. Rivello, *Analisi*, cit., 489. Sui concetti di "titolo" e circostanze con riferimento all'art. 649 c.p.p. v. anche A. Gaito, *Esecuzione,* in Conso – Grevi, *Compendio di Procedura penale*, Padova, 2001, 877; G. Leone, *Trattato*, cit., 377; G. Lozzi, voce *Giudicato*, cit., 921; A. Pagliaro, voce *Fatto*, cit., 964.

[9] In questi termini la *Rel. prog. prel. c.p.p.*, 1930, 23: «Rimane immutato il principio generale relativo alla inviolabilità della cosa giudicata ma sono specificati i casi in cui non v'è ragione di applicarlo. Tra questi casi potrebbe ragionevolmente includersi anche quello in cui il fatto oggetto della sentenza divenuta irrevocabile non sia più il medesimo, per essere *sopravvenuto un evento* prima non verificatosi che lo rende *più grave* (ad es. passaggio dal tentativo di omicidio alla consumazione, o da un delitto di pericolo ad un delitto di danno). E' evidente che in simili ipotesi non si può sostenere l'identità del fatto dal momento che ad esso è venuto ad aggiungersi un elemento prima non valutato. Ma l'immettere in tal caso l'azione penale nonostante il precedente giudizio, per quanto possa apparire cosa conforme all'interesse della giustizia sostanziale sarebbe cagione di non lievi inconvenienti… Ho quindi creduto opportuno di conservare il divieto di un nuovo procedimento anche se il fatto base, oggetto del giudizio, possa essere diversamente definito per il titolo, per il grado o per le circostanze».

d'individuare tutte quelle situazioni che, senza spostare il titolo» e senza identificarsi con le circostanze, «importano maggiore o minore gravità del reato». Il concetto di grado viene, pertanto, riferito al «caso del passaggio dall'ipotesi del tentativo a quella del reato consumato» ed alla situazione che si verifica «in tema di rapporti tra reato di pericolo e reato di danno»[10], situazioni in cui la sopravvenienza di «un evento prima non verificatosi» rende il reato «più grave» [11]; in tal senso, il concetto di grado viene pure riferito alla «misura dell'evento nei reati cosiddetti progressivi» [12]. In tema di applicabilità del *ne bis in idem* alla figura del reato progressivo, ne deriva il divieto di procedere per la figura maggiore dopo che si sia sentenziato su quella minore [13]. Secondo tale dottrina, infatti, il soggetto giudicato per il reato di lesioni non potrebbe essere nuovamente sottoposto a giudizio per il reato di omicidio nel caso in cui sia «comune il nucleo, radicato nella condotta» [14], poiché altrimenti «una parte dell'oggetto del secondo processo coinciderebbe con l'intero oggetto del primo, il quale, pertanto, sarebbe attribuito due volte alla stessa persona» [15]; «esito iniquo e illegale, a meno che la seconda pena sia diminuita della prima, e sarebbe espediente fuori dalla legalità processuale» [16].

Un secondo orientamento, afferma che «se il fatto si fa consistere in una determinata situazione reale, considerata nella sua essenza fenomenica, del tutto avulsa… dalla sua qualificazione giuridica», in nessun caso «sarebbe possibile effettuare quell'operazione di confronto in cui la identificazione consiste: e ciò per la semplice ragione che il dato storico così concepito… è irriproducibile» [17]. In fin dei conti, si dice, il fatto giudicato nella sentenza

---

[10] Così G. Leone, *Trattato*, cit., 376-377. In analoga prospettiva v. G. Lozzi, voce *Giudicato*, cit., 921; V. Manzini, *Trattato di diritto processuale italiano*, Torino, 1972, vol. IV, 590; A. Pagliaro, voce *Fatto*, cit., 964; P.P. Rivello, *Analisi*, cit., 490; G. Tranchina, *L'esecuzione*, in D. Siracusano – A. Galati – G. Tranchina – E. Zappalà, *Diritto processuale penale*, Milano, 1999, 575.

[11] Cfr. *Rel. prog. prel. c.p.p.*, 1930, p. 23. In senso contrario G. Lozzi, voce *Giudicato*, cit., 921, per il quale il verificarsi dell'evento determinerebbe, invece, un mutamento di qualificazione giuridica. Tale posizione ermeneutica, peraltro, non incide sull'ambito oggettivo di applicabilità dell'art. 649 c.p.p.

[12] Per tale osservazione v. F. Cordero, *Procedura penale*, Milano, 2001, 1184.

[13] V. in proposito F. Cordero, *Procedura penale*, Milano, 1971, 687.

[14] Cfr. F. Cordero, *Procedura penale*, Milano, 2001, 1184.

[15] V. ancora F. Cordero, *Procedura penale*, Milano, 1971, 687.

[16] Così sempre F. Cordero, *Codice*, cit., 774. V. analogamente A. Giovene, voce *Giudicato*, cit., 429. Di diverso parere A. Bassi, *I limiti oggettivi*, cit., 1411, per la quale «nel caso di specie potrebbe essere mutuata la disciplina prevista in materia di reato continuato nell'ipotesi in cui sia già intervenuto il giudicato con riguardo al fatto meno grave e sia *sub iudice* il reato più grave, vale a dire chiamando il giudice ad istituire un giudizio suppletivo per il nuovo fatto e, di conseguenza, a determinare una pena unica, che tenga conto di quella già applicata col giudicato precedente».

[17] Il rilievo è di G. De Luca, *Concorso formale di reati e limiti oggettivi della cosa giudicata penale*, in *Riv. proc. pen.*, 1960, 193.

irrevocabile, rappresentando sempre il termine di paragone al fine di stabilire l'operatività del *ne bis in idem*, può anche non coincidere con il fatto naturalisticamente inteso, «come nell'ipotesi della sentenza ingiusta, che non riproduce esattamente il dato storico» [18].

Secondo tale dottrina, il *ne bis in idem* tende ad evitare «che si torni nuovamente a decidere non tanto sullo stesso fatto, quanto sullo stesso oggetto del processo», il quale può essere individuato attraverso i cd. "elementi identificatori" che, mutando, ne determinano la modificazione. Al riguardo, «se la fattispecie sostanziale rappresenta l'elemento identificatore dell'oggetto del processo, il fatto», di cui all'art. 649, «rappresenta, a sua volta, l'elemento identificatore della fattispecie sostanziale» [19]. Di conseguenza, scartata la possibilità di interpretare il concetto di "medesimo fatto" in senso meramente naturalistico o normativo, si persegue una via intermedia e lo si assume nel suo significato di «*Tatbestand* concreto», non ricomprendendosi in tale nozione «tutti gli elementi che concorrono a integrarlo, bensì soltanto quelli che servono a caratterizzarlo». In tale prospettiva, nessuna identificazione si reputa possibile senza un espresso riferimento «ad una fattispecie, in cui appaiono selezionati e determinati soltanto taluni degli elementi che caratterizzano il fatto mentre gli altri, che non sono ricompresi nello schema, sono considerati del tutto irrilevanti». In altre parole, si ritiene necessario enucleare «il fatto, che è un segmento della storia, dalla realtà… foggiando del fatto medesimo una rappresentazione il cui contenuto è ricalcato sullo stampo offerto dallo schema legale al cui modello occorre rifarsi». Poiché tale procedimento di astrazione è compiuto dal giudice, si parla, al fine di individuarne il risultato, di «fattispecie giudiziale», la quale è distinta dalla

---

[18] Cfr. G. De Luca, *Concorso formale*, cit., 195. V. anche G. Lozzi, *Profili di una indagine sui rapporti tra* ne bis in idem *e concorso formale di reati,* Milano, 1974, 39 e ss.

[19] Si esprime in questi termini G. De Luca, *Concorso formale*, cit., 191-192, specificando quanto segue. «L'unità o la pluralità dell'oggetto del processo si determina in base al numero delle fattispecie sostanziali che si pretendono integrate. Così, se si procede per un medesimo fatto storico che rientra, sia pure con diverse modalità, in due diverse fattispecie si avrà un processo penale cumulativo, in quanto duplice è l'oggetto, giacché due sono le fattispecie sostanziali che si pretendono integrate e che hanno dato vita ad una connessione soggettiva di procedimenti». Ai sensi dell'art. 649 c.p.p., peraltro, «l'elemento identificatore dell'oggetto del processo non è la stessa fattispecie sostanziale che è accertata e irrevocabilmente fissata nella sentenza, ma il fatto storico, con il cui tramite è possibile ricostruire la fattispecie e conseguentemente determinare l'oggetto del processo… Certo, il legislatore avrebbe potuto assumere come elemento identificatore la stessa fattispecie sostanziale… senonché» l'art. 649 «considera irrilevante, ai fini dell'applicazione del principio del *ne bis in idem*, il mutamento del titolo del reato… Escluso pertanto il *nomen iuris* non restava al legislatore altra scelta fuor che quella che fa coincidere l'elemento identificatore della fattispecie sostanziale (e indirettamente dell'oggetto del processo), con il fatto che della fattispecie è elemento costitutivo e parte integrante».

fattispecie legale «in quanto contiene un maggior numero di connotati del fatto che essa rappresenta» [20]. Partendo da tale presupposto, attraverso l'interpretazione dell'art. 649 c.p.p., anche tale dottrina giunge a sostenere che «la semplice identità della condotta importerebbe l'operatività» [21] del *ne bis in idem* e che la stessa deve intendersi come «comportamento umano preso in considerazione dalla fattispecie giudiziale, prescindendo, però, dall'elemento psichico del comportamento stesso» [22].

Anche i fautori della tesi della "fattispecie giudiziale", nel cui ambito assume rilevanza l'elemento della condotta, sostengono l'operatività della "preclusione" nel caso in cui «il giudicato concerna il reato meno grave e il successivo procedimento quello di maggiore gravità» [23]. Secondo tale dottrina, infatti, *il ne bis in idem* «vale… quando la stessa condotta venga presa in esame ai fini di una diversa considerazione della medesima fattispecie giudiziale» e non «quando venga presa in esame» per individuarne «una distinta»: nel caso in questione, quindi, la preclusione deve ritenersi operativa, poiché «la fattispecie giudiziale del reato o dei reati contenuti in quello progressivo viene nuovamente perseguita se si consente un ulteriore giudizio penale sul reato progressivo» [24].

4. Al contrario della dottrina, che si è impegnata nella elaborazione di propri criteri al fine della definizione di un autonomo concetto di "medesimo fatto" *ex* art. 649 c.p.p., la giurisprudenza prevalente assegna al concetto di fatto un significato coerente al sistema penale nel suo complesso, ritenendo che coincida con ciò che, nell'ambito della teoria generale del reato, viene definito elemento materiale, costituito da condotta, evento e nesso di causalità [25].

Quanto al concetto di "grado", si ritiene in giurisprudenza che debba riferirsi ad una «diversa quantità concreta del reato, quale è desumibile

---

[20] Cfr. G. De Luca, *Concorso formale*, cit., 193-194.

[21] Così G. Lozzi, *Profili*, cit., 47. V. anche C. Bellora, Ne bis in idem *e reato progressivo: un pericoloso orientamento giurisprudenziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1990, 1644.

[22] Sottolinea questo aspetto ancora G. Lozzi, *Profili* op. cit., p. 51.

[23] V. per tutti G. Lozzi, voce *Giudicato*, cit., 923.

[24] Per tali argomentazioni v. G. Lozzi, *Reato progressivo e* ne bis in idem, in *Riv. it dir. proc. pen*., 1981, 1247 e ss., il quale osserva come «la fattispecie giudiziale delle lesioni corrisponde in tutti i suoi elementi e requisiti allo schema legale del reato di lesioni nonché allo schema legale del reato di omicidio».

[25] V., tra le tante, Cass., sez. II, 18 aprile 2008, Agate, in *Cass. pen.*, 2009, 2069; Cass., sez. un., 28 giugno 2005, Donati ed altro, *ivi*, 2006, 28; Cass., sez. V, 19 giugno 1998, Abbrescia, *ivi*, 2000, 36; Cass., sez. V, 3 dicembre 1992, Bellicoso, in *Riv. pen*., 1994, 182; Cass., sez. I, 13 ottobre 1992, Malorgio ed altro, in *Mass. pen. cass.*, 1993, fasc. 12, 42; In dottrina, tale orientamento è avallato da G. Guarneri, voce *Regiudicata*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1968, vol. XV, 231.

da tutti quegli elementi che, non esauriti dal titolo e dalle circostanze, pur lasciando inalterato il fatto nelle sue componenti essenziali, valgono tuttavia a caratterizzarlo sotto il profilo della quantità penale», rimanendone esclusi «tutti i casi di verificazione di un evento di diversa gravità da quello già giudicato» [26].

Tale orientamento prende le mosse dall'art. 435 del codice di procedura penale del 1913 che, riferendosi al «medesimo fatto… diversamente definito per titolo, grado o quantità di reato», accoglieva l'autorevole dottrina secondo la quale i delitti devono identificarsi attraverso la "qualità" (cioè il titolo), la "quantità" astratta ed il "grado", inteso come «gravità concreta» [27]. La categoria concettuale che ne deriva risulta essere ampia ed eterogenea, ma può principalmente riferirsi alle cause di esclusione della punibilità o della imputabilità del soggetto e al concorso di persone nel reato, rimanendone dunque esclusi «tutti i casi di verificazione di un evento di diversa gravità da quello già giudicato» ed il caso del passaggio dal tentativo alla fattispecie consumata, poiché «la figura del tentativo costituisce… un titolo autonomo di reato» [28].

In conclusione, attraverso una interpretazione secondo la quale con il termine "grado" deve intendersi una diversa quantità concreta del reato, la Suprema Corte ha successivamente ritenuto opportuno attribuire il significato di fatto inteso come "condotta, nesso causale ed evento" anche al reato progressivo [29].

A sostegno di tale impostazione si osserva che se «è il giudicato a dare la misura della corrispondenza tra quanto dedotto o deducibile e quanto verificatosi nella realtà» e, dato che esso può riferirsi solamente all'antefatto, ciò che accade in seguito modificando la struttura del fatto «viene a porsi al di fuori della possibilità di essere compreso nella contestazione dapprima e nel giudicato poi» [30]. Di conseguenza, anche accettando l'interpretazione del concetto di "grado" per cui il giudicato copre «la valutazione di una con-

---

[26] Così Cass., sez. IV, 27 giugno 1979, Ghisotti, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1981, 1236.

[27] V. in proposito F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale*, Parte generale, 1871, § 128 e ss.

[28] In questi termini R. Cantagalli, Ne bis in idem *e nozione di medesimo fatto*, in *Giust. pen.,* 1964, III, 155-156. Simile orientamento è avallato da A. Bassi, *I limiti* oggettivi, cit., 1405 e, per la giurisprudenza, da Cass., sez. IV, 27 giugno 1979, Ghisotti, cit., 1251. Tale teoria parte dal presupposto dell'irrilevanza di quanto contenuto nella *Rel. prog. prel. c.p.p.*, 1930, p. 23 per «il principio secondo il quale i lavori preparatori e le relazioni non possono assurgere a fonte di interpretazione autentica, ma hanno solo un valore orientativo dal quale è lecito, anzi doveroso, discostarsi qualora l'indirizzo dato non armonizzi col sistema» (v. R. Cantagalli, Ne bis in idem, cit., 152).

[29] V., tra le altre, Cass., sez. IV , 8 maggio 1987, Mari, in *Cass. pen*., 1989, 620.

[30] La tesi è di R. Cantagalli, Ne bis in idem, cit., 157.

dotta vista in relazione a tutti gli eventi derivanti da essa», non si ritiene «potersi logicamente ammettere che la preclusione resti operante quando il più grave evento si sia verificato successivamente», poiché in tale caso non si ha un medesimo fatto «diversamente valutato nel grado ma si ha un fatto nuovo che si sovrappone al primo» [31].

Infine, si nota come, seguendo la tesi positiva, «il colpevole verrebbe ad ottenere un ingiustificato trattamento privilegiato rispetto all'autore di un identico fatto» che fosse giudicato «in ordine a tutto l'episodio integrante la progressione criminosa» [32].

5. Può dunque concludersi che sul concetto di "medesimo fatto" la giurisprudenza, al contrario della dottrina, non ha inizialmente elaborato «principi uniformi, ma si è sostanzialmente limitata, valutando caso per caso, ad individuare i caratteri di tale identità, moltiplicandone i connotati oltre il necessario» e, pertanto, rendendo «meno rilevabile la violazione del *ne bis in idem*» [33]. Allo stesso tempo, la Corte di Cassazione, senza pedissequamente seguire le orme dei lavori preparatori, ha cercato di perseguire il fine del raggiungimento della giustizia sostanziale nell'interpretazione rispettosa della norma.

Coerentemente con l'elaborazione giurisprudenziale maturata fino ad oggi, anche la sentenza in commento accoglie un concetto di "fatto" rilevante *ex* art. 649 c.p.p. assai ampio, coincidente con quello che nella teoria generale del reato corrisponde all'elemento materiale, comprensivo di condotta evento e nesso di causalità, e con riferimento a tutte le circostanze di tempo luogo e persona. Ed invero, sulla base del rilievo della non coincidenza degli elementi costitutivi dei due reati, si esclude che le fattispecie di cui agli artt. 646 c.p. e 216 l.f. possano rappresentare medesimo fatto ai fini dell'applicazione dell'art. 649 c.p.p.

Quanto alle argomentazioni relative all'operatività, nel caso di specie, del principio di assorbimento *ex* art. 84 c.p. - argomentazioni che, peraltro, non fanno che confermare tale premessa metodologica, in quanto presuppongono un concetto di "identità del fatto" rilevante *ex* art. 649 c.p.p. che

---

[31] Così ancora R. Cantagalli, Ne bis in idem, cit., 157, per il quale il richiamo al concetto del reato progressivo o della progressione criminosa non può essere validamente invocato ai fini della preclusione *ex* art. 649 c.p.p., «quando siasi formato il giudicato sull'evento meno grave e successivamente si sia verificato quello più grave, dal momento che il reato più grave, e successivamente venuto ad esistenza, non può ritenersi assorbito in quello meno grave prima verificatosi, né l'azione relativa al primo può logicamente riconoscersi avere consunto l'azione derivante dal secondo e non ancora nata, per il semplice ed incontestabile assioma che il meno non può ricomprendere in sé il più». V. sul punto A. Bassi, *I limiti oggettivi*, cit., 1410 e Cass., sez. IV, 27 giugno 1979, Ghisotti, cit., 1255.

[32] L'osservazione è di A. Bassi, *I limiti oggettivi*, cit., 1410.

[33] Cfr. A. Giovene, voce *Giudicato*, cit., 428.

sia necessariamente coerente con il sistema penale nel suo complesso -, seppure condivisibili nella misura in cui perseguono il fine della giustizia sostanziale, mirando ad impedire che resti impunita l'area di illiceità non coperta dalla fattispecie *minor*, le stesse si espongono, nondimeno, alle critiche della dottrina più attenta.

Si osserva in proposito che nell'ipotesi del reato progressivo, così come in quella del reato complesso [34], si realizza un concorso apparente di norme, con il conseguente operare del principio del *ne bis in idem* sostanziale stabilito dall'art. 15 c.p.[35].

La stessa dottrina evidenzia, però, come tale fenomeno debba essere distinto da quello descritto nell'art. 649 c.p.p. [36].

Se pure, infatti, sia il *ne bis in idem* sostanziale che quello processuale «escludono che due fattispecie giudiziali identiche, sia pure con diverso *nomen iuris*, vengano ambedue addebitate all'autore di un fatto storico», se ne sottolinea la non coincidenza, in quanto il primo si fonda sul principio di specialità e su ragioni di equità, mirando ad impedire che «se gli stessi elementi di una situazione storica risultano ricompresi negli elementi di due schemi legali astratti, siano applicabili entrambe le norme penali», pur non potendo «comportare di per sé il divieto di instaurare un nuovo procedimento penale se il concorso non sia stato risolto applicando la norma speciale» (è il caso dell'esistenza del giudicato sul reato meno grave); il divieto di un secondo giudizio sull'*eadem res* è invece fenomeno giudiziario, preclusione

---

[34] Secondo una parte della dottrina, non esistono differenze sostanziali tra il reato complesso e il reato progressivo, poiché in entrambe le figure «si realizza la contenenza di un illecito penale nell'altro: l'unica differenza è data dal fatto che nel reato complesso la contenenza è esplicita poiché la descrizione della figura criminosa contenuta è ripetuta nella fattispecie contenente, o… nella fattispecie contenente il reato contenuto è indicato con il *nomen iuris*; mentre, nel caso di reato progressivo, l'inclusione di un reato nell'altro non appare direttamente dalle disposizioni che prevedono le singole figure ma si ricava dalla natura intrinseca dei fatti in esse considerati» (in tal senso G. Lozzi, *Reato progressivo*, cit., 1238). In analoga prospettiva v. C. Bucolo, *Sul giudicato penale*, in *Giust. pen.*, 1963, III, 437-438.

[35] Cfr. G. Lozzi, *Reato progressivo*, cit., 1238, per il quale «nell'ipotesi di reato progressivo… trova applicazione il principio di specialità, di cui all'art. 15 c.p., dal momento che detto principio vale… nel caso in cui un elemento ulteriore di una norma specializzi un elemento più generico (idoneo a ricomprendere il primo) di altra norma».

[36] V. in particolare F. Cordero, *Procedura penale*, Milano, 2001, 1179, il quale si esprime nei termini che seguono. «Anche i penalisti postulano un *ne bis in idem*: attribuiremmo due volte lo stesso atto all'autore, se gli applicassimo norme una delle quali sia eclissata dall'altra (concorso apparente); la figura legale omicidio, ad esempio, include lesioni e percossa. Ma il divieto d'un secondo giudizio sulla *eadem res* ha poco da spartire, anzi niente, con queste massime penalistiche; è puro fenomeno giudiziario, descritto da famose metafore: esercitando l'azione, l'attore la consuma».

processuale, che trova nel sistema del codice di procedura penale vigente una sua precisa funzione [37].

Se ne trae un invito ad una autonoma elaborazione del concetto di medesimo fatto, che tenga conto della funzione dell'art. 649 c.p.p. e della sua collocazione sistematica.

La assai generica formulazione dell'art. 649 c.p.p. con riferimento alla nozione di medesimo fatto, non offre, in realtà, elementi di conforto in tal senso; al contrario, tale genericità è sicuramente, a prescindere dalle argomentazioni sostenute nel merito, la principale causa del contrasto registrato in tema di reato progressivo, in cui, si è visto, le inconciliabili posizioni rappresentano il riflesso delle differenti prospettive da cui muovono la dottrina e la giurisprudenza nell'interpretazione del concetto di "medesimo fatto".

Al riguardo, per ottenere una soluzione soddisfacente quantomeno in relazione alla tematica del reato progressivo (e alle combinazioni di reati in generale), non sembra poi così azzardato ipotizzare che tale genericità normativa sia voluta e che, pertanto, nessun significato "definitivo" sia attribuibile al concetto di "medesimo fatto". Partendo da tale presupposto, diviene conseguentemente possibile sostenere che un maggiore spazio debba essere attribuito al dato sistematico.

Lungo tale direttrice interpretativa, si osserva che «definire il fatto di cui all'art. 649 c.p.p. e circoscrivere, poi, sulla base della predetta nozione, l'ambito di operatività del *ne bis in idem* costituirebbe una inversione del procedimento logico da seguire, poiché, anzitutto, bisogna stabilire la funzione dell'art. 649 c.p.p. e, in conseguenza di ciò, individuare la nozione di fatto»[38]. Sulla base di tale argomentazione, individuata la funzione della norma nel prevenire l'insorgere di un conflitto pratico di giudicati[39], tale dottrina sostiene l'applicabilità del *ne bis in idem* in tema di reato progressivo [40].

Infatti, laddove si escluda che il giudicato sul reato contenuto possa inibire il successivo esercizio dell'azione penale, dovrebbe anche escludersi un conflitto pratico di giudicati, con la conseguenza della coesistenza delle due condanne, e addirittura assurde risulterebbero le conseguenze nel caso di coesistenza tra la condanna per uno dei due reati ed il proscioglimento nel merito per l'altro reato; in tale ultimo caso, «se anche risultasse ravvisabile un conflitto teorico di giudicati, il conflitto… sarebbe destinato a permanere ove risultasse errata la sentenza assolutoria» [41].

---

[37] V. rispettivamente F. Cordero, *Codice*, cit., 774 e G. Lozzi, *Reato progressivo*, cit., 1239, 1246.

[38] In questi termini G. Lozzi, *Reato progressivo*, cit., 1242 (riferendosi all'art. 90 c.p.p. 1930, predecessore dell'attuale norma).

[39] Cfr. G. De Luca, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Milano, 1963, 92.

[40] Al contrario, per la stessa ragione, il *ne bis in idem* non opera in tema di concorso formale. V. più approfonditamente G. Lozzi, *Reato progressivo*, cit., 1242 e ss.

[41] Così G. Lozzi, *Reato progressivo* op. cit., 1248.

Oltre alla funzione del giudicato penale, anche il suo fondamento politico, identificabile con la certezza del diritto intesa in senso soggettivo [42], sembra avvalorare la tesi sostenuta, laddove cioè l'art. 649 c.p.p. protegge il soggetto «dal rischio di una reiterata e potenzialmente illimitata persecuzione penale per lo stesso fatto» [43].

Un ultimo argomento di tipo sistematico e di respiro più generale, infine, riguarda il confronto tra il codice di procedura penale abrogato e quello vigente. Al riguardo, si osserva che, se nel passaggio dal vecchio al nuovo sistema processuale il principio del *ne bis in idem* resta lo stesso, «non altrettanto può dirsi del contesto nel quale esso è calato» [44]. In altre parole, «da un codice autoritario, basato sul principio inquisitorio, finalizzato a porre l'organo di accusa e di investigazione su un piano di supremazia rispetto alla difesa, si è passati a un codice garantista, di stampo accusatorio, che mira a porre le due parti processuali su un piano di assoluta parità». Di conseguenza, il *ne bis in idem*, «mentre nel codice Rocco rappresentava una vera rarità garantista, nel codice vigente rappresenta una delle estrinsecazioni delle linee direttrici che hanno ispirato le nuove norme, in ossequio a un preciso e coerente indirizzo di politica legislativa».

In tema di reato progressivo, dunque, i rilievi svolti in ordine alla funzione ed al fondamento politico del *ne bis in idem*, «appaiono rafforzati nel nuovo codice dall'intelaiatura ideologica dello stesso, al di là e al di sopra del mero dato letterale rimasto invariato» [45].

ELENA MEZZABARBA

(2-3) Osservazioni in tema di concorso di norme e concorso di reati.

In questa articolata sentenza – destinata senz'altro ad essere annoverata nelle prossime edizioni dei commentari al codice penale (*sub* art. 646) – il Supremo Collegio traccia un'interessante (ma non *inedita*) analisi comparativo-strutturale tra il reato di appropriazione indebita e quello di bancarotta fraudolenta per distrazione, evidenziandone le diverse ogget-

---

[42] V. in proposito G. DE LUCA, *I limiti soggettivi*, cit., 92-93. Per una analisi sulle implicazioni tra certezza in senso soggettivo e giudicato penale v. anche G. LOZZI, voce *Giudicato*, cit., 913 e ss. Ancora sul tema, in senso favorevole alla tesi prospettata, v. F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1971, 681; G. LEONE, *Trattato,* cit., 321 e ss.; P.P. RIVELLO, *Analisi*, cit., 479. Di diversa opinione G. GUARNERI, voce *Regiudicata*, cit., 232 e ss.; V. MANZINI, *Trattato*, cit., 574 e ss.

[43] Per simile notazione v. C. BELLORA, Ne bis in idem, cit., 1648-1649. V. anche P.P. RIVELLO, *Analisi*, cit., 502.

[44] V. ancora C. BELLORA, Ne bis in idem, cit., 1652.

[45] Così C. BELLORA, Ne bis in idem, cit., 1653.

tività e dimensione giuridica, pur a fronte di una (eventuale) identità sul piano storico-naturalistico.

I giudici di legittimità prendono le mosse da un caso di identità del bene appropriato e distratto, già coperto da giudicato quanto alla fattispecie di cui all'art. 646 c.p. – ormai dichiarata prescritta e quindi estinta – ma ancora "aperto" quanto all'ulteriore e più grave reato fallimentare, successivamente azionato dal p.m. Ed è rispetto a quest'ultimo che la Corte regolatrice rescinde oggi – con dotta motivazione – l'esito proscioglitivo declinato dal *primo* giudice *ex* art. 649 c.p.p., escludendo senza mezzi termini che la decisione irrevocabile di non doversi procedere per prescrizione del delitto d'appropriazione indebita – imputato all'amministratore di una società – possa precludere, dopo l'intervento della dichiarazione di fallimento della società, l'esercizio dell'azione penale nei confronti dello stesso per il delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione dei medesimi beni.

La tesi del concorso formale di reati non "passa" dunque l'odierno *collaudo* di legittimità, ma trova anzi la sua espressa smentita in una disposizione forse un po' negletta: l'art. 170, comma 2, c.p., secondo cui la causa estintiva di un reato, che è elemento costitutivo o circostanza aggravante di un reato complesso, non si estende al reato complesso. Alla base di tale, ineccepibile conclusione, v'è la preliminare indagine sui rapporti intercorrenti tra le due fenomenologie delittuose le quali: se consumate contestualmente, integrano un reato *complesso*, con assorbimento del delitto d'appropriazione indebita in quello di bancarotta fraudolenta secondo il paradigma dell'art. 84 c.p. (e non dell'art. 81, comma 1, c.p.); se realizzate in tempi diversi, danno luogo ad un reato *progressivo*, con conseguente applicazione del citato art. 170, comma 2, c.p.

Il *quid novi* dell'odierna pronuncia sta, tuttavia, più nel *quomodo* argomentativo, che nel *dictum* vero e proprio: è difatti la "doppia", contestuale disamina tra momento *statico* (fatto *già in essere*, astrattamente riconducibile ad entrambe le fattispecie) e momento *dinamico* (fatto *nel suo divenire*), che più "intriga" il sostanzialista, qui gratificato da un'analisi motivazionale che non si accontenta della mera osservazione esterna ed empirica (con semplice presa d'atto dell'identità fenomenica), ma giunge ad individuare un idoneo criterio di lettura dei referenti normativi.

Quanto al principio oggi sintetizzato in massima – secondo cui, in sostanza, la fattispecie *maior* (bancarotta fraudolenta per distrazione) "incapsula" la *minor* (appropriazione indebita) se ha ad oggetto il medesimo bene distratto –, invero era già stato rassegnato di recente, anche nei suoi risvolti processuali, da Cass., sez. V, 4 aprile 2003, Sivieri, in *Cass. pen.*, 2005, 3518 s., secondo cui: «La bancarotta fraudolenta per distrazione in ambito societario (artt. 216, comma 1, e 223, comma 1, r.d. 16 marzo 1942, n. 267) è figura di reato complessa, che comprende tra i propri elementi costitutivi una condotta di appropriazione indebita del bene distratto, per se stessa punibile ai sensi dell'art. 646 c.p. Ne consegue che, per il caso di identità del bene appropriato e distratto, l'agente non risponde di entrambi i reati, ma solo di quello complesso, come stabilito dall'art. 84, comma 1, c.p. Qualora

il delitto di appropriazione indebita sia stato oggetto di sentenza di condanna prima della dichiarazione di fallimento, non è preclusa nel successivo procedimento per bancarotta la contestazione del reato fallimentare, ma in tal caso il giudice deve, in sede di eventuale condanna per tale ultimo reato, considerare assorbito quello sanzionato ai sensi dell'art. 646 c.p., secondo un principio di equità che trova espressione anche nello scioglimento del giudicato sulle pene in caso di riconoscimento della continuazione in fase esecutiva. (In applicazione di tale principio la Corte, preso atto che il giudice di merito aveva posto in continuazione il reato fallimentare perseguito con quello di appropriazione indebita già giudicato in altra sede, ha direttamente eliminato la quota di pena pertinente al reato meno grave)».

Peraltro, già un lontanissimo precedente di legittimità – pure debitamente richiamato nella sentenza in epigrafe – ebbe del pari ad escludere il concorso formale dei reati di bancarotta fraudolenta ed appropriazione indebita «quando, oltre ad esservi perfetta identità della cosa, su cui si sono concentrate le rispettive attività criminose, e simultaneità delle attività stesse, poste in essere al riguardo dal singolo imprenditore o dall'amministratore di una società, poi fallita, che per effetto del susseguente fallimento vengono ad essere qualificati come attività illecite e penalmente perseguibili, unica risulti altresì la destinazione data dal soggetto attivo ai beni da lui appresi indebitamente e distratti, integrando un siffatto comportamento una sola ipotesi criminosa e precisamente quella di bancarotta fraudolenta»: così Cass., sez. III, 26 maggio 1966, Castelli in *Foro it.*, 1964, II, 269; (in *Riv. pen.*, 1967, II, 628; in *Giust. pen.*, 1967, II, 359; in *Giur. it.*, 1967, II, 244).

In senso contrario all'odierna pronuncia, v. invece Cass., sez. V, 8 ottobre 1991, Geraci, in *CED on line*, n. 188680, in cui pur rivelandosi che l'oggetto giuridico delle due fattispecie è diverso, perché l'*iter* criminoso della prima «si esaurisce con l'acquisto dei beni mentre la sottrazione degli stessi è successiva e si ricollega ad una nuova ed autonoma azione», si afferma la configurabilità di un concorso di reati fra i delitti di appropriazione indebita e bancarotta fraudolenta per distrazione.

Sul concetto di *distrazione*, la Corte richiama nella sentenza *de qua* la «pacifica acquisizione dottrinaria e giurisprudenziale» secondo la quale con essa deve intendersi qualsivoglia distacco del bene dal patrimonio dell'imprenditore, con conseguente depauperamento dell'asse concorsuale. Ed il *distacco* penalmente rilevante viene inteso in senso non solo fisico, ma anche giuridico: come la perdita di titolarità sul bene, conseguente a qualsiasi atto negoziale di disposizione che comporti diminuzione patrimoniale ed anche l'assunzione di obbligazioni volte a determinare, comunque, pur con effetti differiti, quella diminuzione, con la messa in pericolo dell'integrità del patrimonio vincolato alla garanzia dei creditori, ai sensi della generale previsione dell'art. 2740 c.c. Sul punto cfr., tra le altre, Cass., sez. V, 26 giugno 1990, Bordoni in *Cass. pen.*, 1991, 828, con nota di Carreri, *Nuova prospettazione di una vecchia questione sulla controversa struttura del reato di bancarotta*; (*ivi*, 1992, 1606, con nota di Angelini, *Responsabilità*

per bancarotta fraudolenta dell'amministratore assente; in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 1142, con nota di DE SIMONE, *Sentenza dichiarativa di fallimento, condizioni obiettive di punibilità e* nullum crimen sine culpa; in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1991, 263), che già definiva la distrazione come «il compimento di qualsiasi atto negoziale di disposizione patrimoniale, affetto da anomalie genetiche e/o funzionali, dal quale deriva una diminuzione patrimoniale oggettivamente certa e prevedibile». Più di recente, in tema di condotta distrattiva, v. Cass., sez. V, 30 gennaio 2006, De Rosa, in *CED on line*, n. 233413, secondo cui è necessario che essa, in quanto «idonea a determinare uno squilibrio tra attività e passività - e cioè un pericolo per le ragioni creditorie - risulti assistita dalla consapevolezza di dare al patrimonio sociale, o ad alcune attività, una destinazione diversa rispetto alla finalità dell'impresa e di compiere atti che possano cagionare danno ai creditori: occorre cioè che l'agente, pur non perseguendo direttamente tale danno, sia quantomeno in condizione di prefigurarsi una situazione di pericolo». Nello stesso senso, in tema di atti di disposizione determinanti un vincolo per il patrimonio dell'impresa fallita, v. Cass., sez. V, 4 aprile 2003, Maggenti, in *Cass. pen.*, 2005, 3518, ove si ribadisce che tali atti gestionali (nella specie: la stipulazione di un contratto preliminare di vendita immobiliare) «possono configurare un'ipotesi di distrazione solo quando detto vincolo sia privo di inerenza alle finalità dell'impresa stessa», dovendosi concretizzare in strumenti anomali mediante i quali l'agente determini, senza un utile per il proprio patrimonio, un depauperamento di questo ai danni dei creditori (Cass., sez. V, 24 maggio 1984, Pompeo, in *CED on line*, n. 165675; Cass., sez. V, 12 dicembre 1979, Israelachivili, *ivi*, n. 144467, entrambe in tema di fidejussione). Da ultimo, per un'interessante applicazione in tema di bancarotta fraudolenta patrimoniale, cfr. Cass., sez. V, 27 novembre 2008, Barbieri ed altri, in *CED on line*, n. 242961, secondo cui integra la distrazione «il trasferimento senza alcun corrispettivo dei diritti di utilizzazione di un brevetto dal patrimonio della società fallita, in coincidenza temporale con le prime sofferenze economiche, ad altra società che avvii l'attività di produzione del bene brevettato, possibile in quanto vi sia trasferimento del compendio di conoscenze tecniche (c.d. *know how*), già di per sé autonomo elemento patrimoniale suscettibile di utilizzazione economica».

In tema di concorso in bancarotta fraudolenta per distrazione, sul dolo dell'*extraneus* consistente nella volontarietà dell'apporto alla condotta dell'*intraneus*, con la consapevolezza che essa determina un depauperamento del patrimonio sociale ai danni dei creditori, non essendo necessaria la specifica conoscenza del dissesto della società, v. Cass., sez. V, 13 gennaio 2009, Poggi Longostrevi, in *CED on line*, n. 243162.

In dottrina, sul noto *trend* giurisprudenziale propenso ad attrarre nel paradigma della «appropriazione», evocato dall'art. 646 c.p., anche condotte di taglio *distrattivo*, e che ha trovato il suo campo privilegiato in fenomeniche di impiego del patrimonio di società per finalità extrasociali (quali quelle legate alla concessione abusiva del fido bancario e alla gestione di

riserve occulte liquide: c.d. «fondi extrabilancio»), v. Bellacosa, *Obblighi di fedeltà dell'amministratore di società e sanzioni penali*, Milano, 2006, 185 ss.; Cipolla, *I delitti di appropriazione indebita*, Padova, 2005, 408; Magri, *I delitti contro il patrimonio mediante frode. Usura, appropriazione indebita, ricettazione, riciclaggio*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, diretto da Marinucci-Dolcini, VII, t. II, Padova, 2007, 164; Masucci, *Infedeltà patrimoniale e offesa al patrimonio*, Milano, 2006, 41.

Sulla questione del rapporto tra il delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione addebitabile, ai sensi del combinato disposto degli artt. 216 e 223, comma 1, l. fall. all'amministratore della società fallita, e quello di bancarotta per infedeltà patrimoniale, previsto dall'art. 223, comma 2, n. 1, l. fall., v. Cass., sez. V, 5 marzo 2008, Scotuzzi, in *CED on line*, n. 239394, «attesa la diversità degli interessi tutelati dalle due norme anzidette (quello dei creditori sociali, quanto alla prima, e quello della tutela del patrimonio sociale, quanto alla seconda) e dovendosi altresì considerare che si perverrebbe, altrimenti, all'assurda conseguenza per cui la condotta di infedeltà patrimoniale, aggravata dal conflitto d'interessi, sarebbe punibile solo se avesse determinato il dissesto della società mentre la distrazione, commessa senza conflitto d'interessi, sarebbe punibile di per sé, anche in mancanza di un rapporto di causalità con il dissesto».

Più in generale, nel senso di un concorso tra i reati di bancarotta fraudolenta e bancarotta impropria, Cass., sez. V, 22 settembre 1999, De Rosa, in *CED on line*, n. 214856; Cass., sez. V, 24 giugno 1992, Chiabotti, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993, 949, con nota di Casaroli.

In tema di rapporti tra infedeltà patrimoniale ed appropriazione indebita e sull'intercorrente rapporto di specialità cfr. Cass., sez. V, 23 giugno 2003, Sama, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, 885; Ghini, *La tutela penale del patrimonio delle società*, in *Impresa*, 2004, 1549; Sandrelli, *L'infedeltà patrimoniale*, in *Il nuovo diritto societario*, a cura di Ambrosini, II, Torino, 2005, 513; Santoriello, *Questioni di diritto intertemporale con riferimento al nuovo reato di infedeltà patrimoniale*, in *Impresa*, 2003, 1467; Cipolla, *I delitti di appropriazione indebita*, Padova, 2005, 627; D'Avirro, *L'infedeltà patrimoniale*, in D'Avirro-Mazzotta, *I reati di «infedeltà» nelle società commerciali*, Milano, 2004, 82. Nel senso che si tratti, più propriamente, di *specialità sopravvenuta* – giacché, se la figura societaria presenta una serie di elementi specializzanti (soggetti attivi, conflitto di interessi, condotta, soggetto passivo, intenzionalità della causazione del danno), l'appropriazione indebita ha, però, un campo applicativo più ristretto quanto all'oggetto materiale (solo denaro o cose mobili) e all'elemento psicologico (stante l'irrilevanza del perseguimento di un semplice vantaggio in luogo del profitto) – cfr. Cass., sez. II, 27 marzo 2008, Baruffaldi, in *CED on line*, n. 239776; Cass., sez. II, 26 ottobre 2005, Francis, *ivi*, n. 232525; Cass., sez. I, 24 giugno 2004, Bisignani, in *Impresa*, 2005, 324; G.i.p. Trib. Milano, 30 gennaio 2007, in *Foro ambr.*, 2007, 40.

Aldo Natalini

CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONE PRIMA – 15 aprile 2009 – *Pres.* SILVESTRI – *Rel.* VECCHIO – D.M.

Prova per il giudizio penale – Canoni di valutazione della prova – Inosservanza – Ricorso per Cassazione – Ammissibilità – Sindacato del giudice di legittimità – Manifesta illogicità della motivazione (c.p.p., artt. 192, 606, comma 1, lett. b), c) ed e).

Prova per il giudizio penale – Valutazione della prova – Chiamata in reità – Non frazionabilità della dichiarazione – Assenza di riscontri intrinseci – Inattendibilità (c.p.p., art. 192, comma 3).

Prova per il giudizio penale – Valutazione della prova – Indizi e presunzioni – Allegazione di massime di esperienza nel giudizio di merito – Mancanza di "empirica plausibilità" – Giudizio di legittimità – Poteri di sindacato della Corte di cassazione – Manifesta illogicità della motivazione (c.p.p., artt. 192, comma 2, 606, comma 1, lett. e).

La violazione dei canoni di valutazione della prova fissati dall'art. 192 c.p.p. non è riconducibile alla tipologia della inosservanza od erronea applicazione della legge di cui all'art. 606, comma 1, lett. b) c.p.p.; né si tratta di norma processuale stabilita a pena di nullità, inutilizzabilità, di inammissibilità o di decadenza, come previsto dall'art. 606, comma 1, lett. c) c.p.p. Nello scrutinio di legittimità l'inosservanza dei criteri dell'art. 192 c.p.p. assume rilievo esclusivamente sotto il profilo della manifesta illogicità della motivazione ai sensi dell'art. 606, comma 1, lett. e) c.p.p. (1).

La prova dichiarativa deve valutarsi nella sua concretezza. Può, certamente, essere frazionata quando evochi fatti od eventi distinti; e, ancora, dal nucleo centrale della dichiarazione possono scindersi dettagli secondari, ascrivibili a fisiologiche discrasie percettive o mnemoniche. Ma i profili essenziali della rappresentazione devono essere necessariamente assunti ed apprezzati nella loro interezza, senza che sia consentito scomporli per estrapolare la pura e semplice asserzione della colpevolezza dell'imputato, in termini completamente astratti e del tutto sganciati da ogni apprezzabile ancoraggio fattuale. Enunciati di siffatto tipo – in quanto non falsificabili se non con la positiva dimostrazione della innocenza dell'imputato – sono inidonei a concorrere alla formazione della sequela indiziaria: costituiscono, infatti, proposizioni che, sottraendosi per la loro assoluta astrattezza ad ogni possibilità di controllo, risultano, per ciò solo, strutturalmente insuscettibili di conferma ai sensi dell'art. 192, comma 3, c.p.p. e, pertanto, aprioristicamente prive del requisito della attendibilità (2).

Nel giudizio di legittimità è sindacabile, con riferimento al vizio di manifesta illogicità di cui all'art. 606, comma 1, lett. e) c.p.p., l'allegazione

*da parte del giudice di merito di supposte regole o criteri di esperienza privi di "*empirica plausibilità*", al fine di valutare la gravità, precisione e concordanza degli indizi posti a fondamento della pronuncia di colpevolezza* (3).

(Omissis). 1. – Con sentenza, deliberata il 20 marzo 2008 e depositata il 31 luglio 2008, la Corte di assise di appello di Perugia – in relazione a quanto assume rilievo nel presente scrutinio di legittimità – ha confermato le condanne inflitte dalla Corte di assise della stessa sede agli appellanti D.M. e R.A., imputati in concorso con T.E., dell'omicidio premeditato e ulteriormente aggravato dalla crudeltà, perpetrato in pregiudizio di R.M., a Foligno, nella notte tra il 1° e il 2 marzo 2003 e del furto di alcuni beni, appartenuti alla vittima.

I giudici di merito hanno accertato: la vittima fu uccisa, intorno alla mezzanotte, nella propria abitazione, mediante sgozzamento, con inusitata ferocia; gli aggressori, considerato il numero delle armi da taglio (tre coltelli), rinvenute sulla scena del delitto in prossimità o a contatto del cadavere, e la tipologia delle lesioni, furono (almeno) tre; tutti indossavano guanti, non essendo stata isolata alcuna impronta sulle armi e nell'appartamento; in precedenza R.M. aveva intrattenuto una relazione omosessuale con D., ospitato nella sua casa; il rapporto si era deteriorato per il carattere prevaricatore dell'imputato che aveva imposto la convivenza della giovane amante; R.M. alla fine aveva allontanato la coppia dalla propria casa e aveva, anche, denunziato D., immigrato clandestinamente, alle autorità; tanto aveva suscitato il rancore del giudicabile e la esternazione di propositi di vendetta; effetti personali e beni della vittima furono sequestrati dopo il fatto di sangue in possesso (o nella disponibilità) dei sodali di D., R.A. e T., quest'ultimo separatamente giudicato.

Con riferimento ai motivi di gravame degli imputati, la Corte territoriale ha motivato:

R.A. è gravato da un quadro probatorio schiacciante; in carenza di un movente proprio la compartecipazione trova spiegazione nei rapporti di frequentazione, amicizia e solidarietà con D. (*Omissis*). La perizia grafica ha, ancora accertato che R.A. fu l'autore della scritta apocrifa apposta su una fotografia di D., fatta trovare sulla scena del delitto prima della scoperta del cadavere dall'imputato e da T., ritornati *in loco*, nel tentativo di concentrare tutti i sospetti su D., così stornandoli da sé (*Omissis*). Quanto a D., costui è risultato "*l'elemento centrale e trainante*" della compartecipazione delittuosa; il compendio indiziario è costituito *a)* dal movente della vendetta – in rapporto alla personalità, "*prepotente e violenta*" – affatto comprovato alla stregua delle reiterate minacce di

sgozzamento e alla stregua della pregressa aggressione nel corso della quale il giudicabile puntò un coltello alla gola di R.M. (siccome riferito dalla vittima alla teste D.S.); *b)* dalla perfetta corrispondenza delle modalità di esecuzione del delitto – peraltro incongruenti e trasmodanti rispetto alla finalità di rapina – con la precedente rappresentazione minatoria; *c)* dalla incontrovertibile presenza di D. nei giorni precedenti e immediatamente successivi al delitto, dopo aver inscenato il rimpatrio, con l'imbarco del 10 febbraio 2003 dal porto di Ancona; *d)* dalla rilevazione delle impronte digitali dell'imputato su alcuni documenti custoditi all'interno della autovettura di R.M. e certamente "*frugati* – nella – *ricerca di qualcosa*" immediatamente dopo l'omicidio; il cassetto del vano portaoggetti del veicolo fu, infatti, rinvenuto abbassato; né "*vi era ragione* – che D. – *avesse esaminato in precedenza*" i suddetti documenti, laddove nessuna altra impronta dell'imputato (in possesso come R.A. di guanti di lattice) fu, peraltro rilevata sulla autovettura; *e)* dall'allontanamento del giudicabile da Foligno, già prima della scoperta del cadavere, e della latitanza; *f)* dai riferimenti estremamente circospetti, mediante allusive circonlocuzioni, quali lo "*lo zingaro del Kosovo*" o "*il diavolo che ha aperto la pancia*", alla persona di D., operate dai correi nel corso delle conversazioni intercettate, avvenute tra loro o con i loro familiari; inoltre, al di là della prova della colpevolezza del giudicabile, autonomamente raggiunta sulla base delle succitate emergenze istruttorie, devono considerarsi le dichiarazioni di reità (pur se interessate dalla protesta di innocenza del dichiarante) rese da T., per la parte che convergono nella rappresentazione della partecipazione di D. al delitto, partecipazione che secondo T. R.A. gli confidò subito dopo l'omicidio (*Omissis*). 2. – Ricorrono per cassazione entrambi gli imputati (*Omissis*). D., col ministero del difensore di fiducia, avvocato A.B., mediante atto recante la data del 28 ottobre 2008, depositato il 30 ottobre 2008, col quale sviluppa sette motivi, dichiarando di denunziare, ai sensi dell'art. 606, comma 1, lett. b) ed e) c.p.p. inosservanza o erronea applicazione della legge, in relazione all'art. 192 c.p.p. (secondo, terzo, quinto e settimo motivo), all'art. 64 c.p.p. (terzo motivo), all'art. 61 n. 6) c.p. (sesto motivo) nonché, promiscuamente con tutti i motivi, tranne il terzo, mancanza e manifesta illogicità della motivazione (*Omissis*). 2.5. – Con il quarto motivo il ricorrente [D.] nega che le impronte digitali, rilevate nei documenti rinvenuti nella autovettura di R.M., sarebbero state impresse dall'imputato subito dopo l'omicidio, piuttosto che in epoca anteriore nel corso della biennale convivenza con la vittima; argomenta che non è stata esclusa l'occasione del precedente contatto; e censura: illogicamente la Corte di assise di appello ha ipotizzato che D., per esaminare le carte, si sarebbe tolto i guanti indossati.

2.6. – Il quinto motivo concerne le dichiarazioni accusatorie di T. Il

difensore sostiene che contraddittoriamente e illogicamente la Corte territoriale, dopo aver negativamente valutato la attendibilità del dichiarante per l'evidente interesse difensivo, ha, poi, utilizzato *in parte de qua*, le suddette dichiarazioni e su di esse ha fondato il proprio convincimento (*Omissis*). 4. – Il ricorso di D. è, nei termini che seguono, fondato.

4.1. – Giova premettere che la ritenuta violazione dei canoni di valutazione della prova fissati dall'art. 192 c.p.p. non è riconducibile alla tipologia della erronea applicazione della legge (peraltro penale) evocata dal ricorrente.

Né si tratta di norma processuale stabilita a pena di nullità, inutilizzabilità, di inammissibilità o di decadenza, siccome prevede la lettera *c)* del primo comma dell'art. 606 c.p.p.

Nello scrutinio di legittimità l'inosservanza dei criteri dell'art. 192 c.p.p. assume rilievo esclusivamente sotto il profilo della manifesta illogicità della motivazione (cfr.: Cass., sez. VI, 8.1.2004, n. 7336, Meta, rv. 229159; Id., sez. VI, 14.10.1997, n. 9104, Arena, rv. 211578; Id., sez. I, 3.4.1997, n. 5036, Pesce, rv. 207789; Id., sez. I, 16.12.1994, n. 1381, Felice, rv. 201488).

Epperò la denunzia della violazione dell'art. 192 c.p.p. resta assorbita nella concorrente censura formulata dal ricorrente a' termini dell'art. 606, comma 1, lett. e) c.p.p. (v. *infra* il paragrafo *sub.* 4.3).

La conclusione riceve *a fortiori* conforto dal principio di diritto fissato da questa Corte in ordine alla sussunzione del vizio della mancanza di motivazione (ancorché rilevante come specifica ipotesi di nullità ai sensi dell'art. 125, comma 3, c.p.p.) nell'ambito della previsione dell'art. 606, comma 1, lett. e) c.p.p. – quale *lex specialis* – piuttosto che in quella generale della inosservanza della legge processuale stabilita a pena di nullità ai sensi dell'art. 606, comma 1, lett. c) c.p.p. (Cass., sez. I, 28.1.1993, n. 360, Moccia, rv. 193371 (*Omissis*).

4.3. – Sono, invece, ravvisabili nel costrutto argomentativo che sorregge l'affermazione della colpevolezza del giudicabile plurimi vizi di motivazione, sia sotto il profilo della contraddittorietà testuale che della manifesta illogicità, in punto dell'apprezzamento dei concorrenti indizi, appresso indicati, valorizzati dai giudici di merito (v. *infra* i paragrafi che seguono *sub* 4.3.1/4.3.3); mentre non meritano di essere prese in considerazione le residue censure del ricorrente, in ordine a supposti vizi della motivazione, trattandosi di deduzioni che concernono il merito dell'accertamento operato dal giudice *a quo*, sicché sono inammissibili nella sede del presente scrutinio di legittimità.

4.3.1. – Innanzi tutto, pur dando atto che la Corte territoriale afferma di aver acquisito il convincimento della reità dell'imputato sulla autonoma considerazione del residuo compendio indiziario e a prescindere dall'accusa di T., deve, tuttavia, rilevarsi che la propalazione di costui

circa la confidenza ricevuta da R.A. della partecipazione di D. all'omicidio (assertivamente perpetrato dai due amici: R.A. e D.), contraddice la rappresentazione operata del fatto di sangue, ricostruito siccome perpetrato da tutti e tre i sodali in concorso materiale tra loro.

L'accusa *de relato* mossa da T. a D. è inscindibilmente connessa, secondo quanto inscenato dal dichiarante, con la rappresentazione della estraneità di costui al fatto di sangue, situazione questa che è necessariamente presupposta proprio dalla ricezione della confidenza *post delictum* di R.A. inconciliabile con la materiale partecipazione di T. al fatto di sangue.

L'elemento di prova suddetto, pertanto, palesemente non converge con l'accertamento di merito. Né, in funzione della conferma del giudizio di colpevolezza, può essere enucleata dal racconto di T. la mera proposizione fattuale: "*D. ha concorso nell'omicidio di R.M.*" in termini di assoluta astrazione, siccome la Corte territoriale ha argomentato.

La prova rappresentativa deve essere saggiata e valutata nella sua concretezza. Può, certamente, essere frazionata in relazione alla scansione della evocazione in ordine a fatti e a eventi distinti; e, ancora, dal nucleo centrale della dichiarazione ben possono essere scissi circostanze e dettagli secondari, ascrivibili alle fisiologiche discrasie della percezione sensoriale o della elaborazione mnemonica. Ma i profili essenziali della rappresentazione devono essere necessariamente assunti e apprezzati nella loro interezza, senza che sia consentito scomporli ulteriormente, spingendo, cioè, la risoluzione del *dictum* al limite estremo della pura e semplice asserzione della colpevolezza dell'imputato, in termini completamente astratti e del tutto sganciati – tranne che per le indicazioni onomastiche dei soggetti attivo e passivo del reato – da ogni apprezzabile ancoraggio fattuale. Enunciati di siffatto tipo – in quanto non falsificabili se non con la positiva dimostrazione della innocenza dell'imputato – sono inidonei a concorrere alla formazione della sequela indiziaria: costituiscono, infatti, proposizioni che, sottraendosi, per la loro assoluta astrattezza, ad ogni possibilità di controllo, risultano, per ciò solo, strutturalmente insuscettibili di conferma ai sensi dell'art. 192, comma 3, c.p.p. e, pertanto, aprioristicamente prive del requisito della attendibilità.

4.3.2. – Nella rassegna degli indizi considerati la Corte territoriale ha attribuito non secondaria valenza alla traccia papillare dell'imputato isolata su alcuni documenti rinvenuti nel cassetto porta oggetti della autovettura della vittima alla luce della congettura che l'impronta sarebbe stata impressa immediatamente dopo la consumazione del delitto, allorché gli autori del fatto di sangue si erano impossessati prima delle chiavi e, quindi, del veicolo e avevano rovistato nell'abitacolo.

In proposito i giudici di merito hanno ipotizzato che il giudicabile, per meglio frugare, si fosse levato i guanti che egli e i complici sicura-

mente calzavano: la polizia scientifica non riscontrò, infatti, nessuna altra impronta digitale sulla autovettura.

La gravità dell'indizio risiede tutta nel dato cronologico, supposto dal giudice *a quo*, risultando, altrimenti, palesemente nulla la valenza se, come sostenuto dalla difesa, le impronte fossero risalite ad epoca precedente il delitto in concomitanza della convivenza tra il giudicabile e la vittima.

La Corte di assise di appello ha ritenuto di escludere tale possibilità. Al riguardo ha ripreso l'argomentazione dei giudici di prime cure, secondo i quali "*D. non avrebbe avuto motivo di lasciare le sue impronte in precedenza su quegli specifici documenti: un modulo di contestazione amichevole di incidente del 16 febbraio 2002, un modulo di richiesta di vaglia nazionale delle poste italiane e una relazione di notifica di contravvenzione*", e ha ribadito: "*quei documenti*" non erano "*riferibili*" all'imputato e "*non vi era, dunque, ragione*" perché "*egli* [li] *avesse esaminati in precedenza*" (v. pp. 18 e 39 della sentenza impugnata).

Ma l'inferenza è manifestamente illogica perché inficiata da un duplice errore.

Innanzi tutto l'illazione sottende la implicita premessa, sul piano empirico, che ogni possibilità di contatto fisico tra il giudicabile e i tre oggetti dovesse necessariamente essere circoscritta alla sola ed esclusiva ipotesi dell'esame dei documenti (segue, quindi la abduzione che, non avendo D. alcun interesse alla consultazione dei moduli e della relazione di notificazione in parola, *ergo* non li aveva mai toccati prima del delitto).

Ma la premessa è assolutamente arbitraria e gratuita: è di tutta evidenza che le possibilità di contatto affatto casuale ovvero meramente occasionale (non determinato da un personale interesse) non possono certamente essere aprioristicamente escluse – come opina la Corte territoriale – e appaiono invece, ben plausibili, avuto riguardo alla situazione di convivenza, tra l'imputato e la vittima, protrattasi per alcuni mesi, in epoca successiva rispetto alla (unica) data certa di formazione dei documenti indicata dal giudice *a quo* (v. circa la possibilità del sindacato nel giudizio di legittimità della allegazione da parte del giudice di merito di supposte regole o criteri di esperienza privi di "*empirica plausibilità*": Cass., sez. I, 22.10.1990, n. 329/1991, Grilli, rv. 186149; Id., sez. VI, 7.3.2003, n. 31706, Abbate, rv. 228401; Id., sez. II, 16.9.2003, n. 39985, Caruso, rv. 227200; Id., sez. un., 12.7.2005, n. 33748, Mannino, rv. 231673; Id., sez. VI, 13.2.2007, n. 16532, rv. 237145).

Inoltre, anche accogliendo *per absurdum* il ridetto canone empirico – che la possibilità di contatto debba ritenersi limitata al caso della apprensione finalizzata all'esame del documento – la conclusione dei giudici di merito non si sottrae, ciò nonostante, al rilievo della manifesta illogicità.

La Corte territoriale ha affermato che, solo successivamente al delitto, l'imputato (peraltro dopo essersi levato i guanti) ha impresso le proprie impronte sui documenti mentre rovistava nel cassetto della autovettura alla ricerca di *altro*.

Orbene, la medesima (supposta) massima di esperienza, assunta a premessa della abduzione operata, non vale manifestamente ad escludere la possibilità – certamente non meno plausibile – che, in epoca imprecisata, anteriore al delitto e concomitante con il periodo della convivenza con la vittima il giudicabile (privo di guanti) possa aver toccato i reperti, nel cassetto della autovettura o altrove, nella medesima o in distinte occasioni, mentre cercava *altro*.

Conclusivamente l'inferenza del dato cronologico della impressione delle impronte papillari è palesemente illogica *(a)* perché è fondata su criterio arbitrario, destituito di empirica plausibilità; *(b)* perché, in ogni caso, difetta il ragionevole nesso di implicazione tra la premessa e la conclusione.

4.3.3. – Il tessuto motivazionale della sentenza impugnata è, inoltre, compromesso dalla contraddittorietà sul punto dell'indizio costituito dalle intercettazioni delle conversazioni telefoniche, intervenute tra i correi e/o tra costoro e i rispettivi familiari.

La Corte ha tratto argomento dalla circostanza che gli interlocutori, mediante circonlocuzioni e allusioni, curassero di non esplicitare la identità di D., per evitare, sul presupposto del coinvolgimento del medesimo nel fatto di sangue, ogni possibilità di collegamento con l'omicidio (v. pp. 42 e 43 della sentenza impugnata).

Ma la considerazione contraddice l'accertamento *incidenter* operato dal giudice *a quo* circa la calunnia c.d. reale perpetrata da R.A. e T. in danno di D., proprio per addossare su di lui tutti i sospetti, simulando, mediante la redazione dello scritto apocrifo sulla fotografia dell'imputato fatta trovare sul luogo del delitto, una esplicita traccia a suo carico.

Gli è che, essendo, peraltro, pacifici e notori i rapporti di amicizia tra i correi e D., in quanto costui aveva convissuto anche nella loro abitazione, in via O. 16 di Foligno (v. p. 10, *ibidem*), la attribuzione agli interlocutori dell'intento di celare identità e responsabilità di D. appare inconciliabile con la pregressa macchinazione da parte di costoro della incolpazione del giudicabile.

4.3.4. – Conclusivamente, a fronte, peraltro, dell'indicazione di un movente alternativo (da R.A. attribuito a T., secondo il primo mosso dal risentimento per il rifiuto della vittima di donargli un'autovettura e dall'intento di lucro, v. p. 13 e 14 della sentenza impugnata) e in presenza delle censite illogicità e contraddittorietà che inficiano alcuni elementi del compendio indiziario considerato dal giudice *a quo*, si impone il riesame della colpevolezza dell'imputato per verificare la tenuta del relativo

accertamento "*al di là di ogni ragionevole dubbio*", siccome prescritto dall'art. 533, comma 1, c.p.p., modificato dalla novella dell'art. 5 legge 20 febbraio 2006, n. 46, per effetto della quale risulta normativamente ribadito che "*il controllo affidato*" a questa Corte di legittimità "*sulla struttura e sulla congruenza logica della motivazione involge anche l'osservanza di detto principio*" (Cass., sez. I, 21.6.2006, n. 34464, Larizza e Id., sez. I, 18.4.2006, n. 22023, Marine).

4.3.5. – Conseguono l'annullamento della sentenza impugnata nei confronti di D. e il rinvio per nuovo giudizio alla Corte di assise di appello di Firenze (*Omissis*).

(1-3) Con tale pronuncia la Suprema Corte si inserisce nel solco di consolidati orientamenti giurisprudenziali, contribuendo a meglio precisarne i confini.

In prima battuta, il giudice di legittimità si sofferma sulla deducibilità *ex* art. 606, comma 1, c.p.p. della violazione dell'art. 192, comma 2, c.p.p., secondo cui «l'esistenza di un fatto non può essere desunta da indizi a meno che questi siano gravi, precisi e concordanti». La Corte esclude che simile inosservanza possa configurare una violazione della legge penale, ovvero di norme giuridiche ad essa correlate (art. 606, comma 1, lett. b) c.p.p.), ma anche che la stessa possa ricondursi all'ipotesi di cui all'art. 606, comma 1, lett. c) c.p.p., ponendosi in contrasto con quanto al riguardo sostenuto da risalente dottrina (per una specifica disamina delle tesi proposte da tale dottrina v. MARANDOLA, *Sulla deducibilità in Cassazione della violazione dell'art. 192, comma 2, c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 1995, 658). Il giudice di legittimità stabilisce, quindi, il principio di diritto per il quale «l'inosservanza dei criteri dell'art. 192 c.p.p. assume rilievo esclusivamente sotto il profilo della manifesta illogicità della motivazione ai sensi dell'art. 606, comma 1, lett. e) c.p.p.». Ne deriva che la violazione di norme processuali può ritenersi deducibile in sede di legittimità soltanto in presenza dei presupposti disciplinati dall'art. 606, comma 1, lett. c) c.p.p., ovvero quando tali norme siano previste a pena di nullità, inammissibilità, decadenza od inutilizzabilità (conformi, tra le altre, Cass., sez. I, 16 dicembre 1994, Felice, in *Cass. pen.*, 1996, 1564; Cass., sez. I, 21 maggio 1993, Germanotta, *ivi,* 1995, 657; Cass., sez. I, 5 marzo 1991, Calò ed altri, *ivi*, 1992, 118).

La Sezione Prima si pronuncia, inoltre, sul tema delle dichiarazioni *ex* art. 192, commi 3 e 4, c.p.p. In particolare la Corte, muovendo dalla prospettiva tracciata in materia da numerosi precedenti giurisprudenziali, affronta la questione della valenza probatoria da riconoscere ad una chiamata in reità priva di riscontri intrinseci.

Secondo giurisprudenza costante, affinché le dichiarazioni del chiamante in correità od in reità possano assurgere al rango di prova il giudice deve, in primo luogo, accertare la sua credibilità soggettiva vagliandone, tra

l'altro, la personalità, le condizioni socioeconomiche e familiari, il passato, i rapporti con le persone accusate ed i profili genetici della sua risoluzione alla chiamata; in secondo luogo, deve valutare l'intrinseca attendibilità delle dichiarazioni alla luce di diversi criteri, tra cui la precisione, la coerenza, la costanza e la spontaneità; da ultimo, egli deve prendere in esame i c.d. riscontri esterni *ex* art. 192, comma 3, c.p.p. (v., tra le tante, Cass., sez. V, 28 giugno 2006, Salinitro, in *Cass. pen.*, 2007, 2958; Cass., sez. II, 12 dicembre 2002, Contrada, in *CED on line*, n. 225565; Cass., sez. V, 18 gennaio 2000, Orlando, *ivi,* n. 216047; Cass., sez. VI, 22 gennaio 1997, Dominante, in *Cass. pen.*, 1999, 1573; Cass., sez. un., 21 ottobre 1992, Marino, in *Cass. pen.*, 1993, 1939). L'esame del giudice deve seguire l'indicato ordine logico, non potendosi procedere ad una valutazione unitaria della chiamata in correità od in reità e degli «altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità», prima di aver superato eventuali incertezze in relazione all'attitudine dimostrativa della chiamata in sé considerata.

Tuttavia, poiché la valutazione della credibilità soggettiva del dichiarante e quella della attendibilità oggettiva delle dichiarazioni non si muovono lungo linee separate, ma si influenzano reciprocamente, al giudice si impone un'analisi unitaria dei due aspetti, pur logicamente scomponibili; sicché, in presenza di elementi incerti in ordine all'attendibilità del racconto, egli non può esimersi dal verificarne la tenuta probatoria alla luce delle complessive emergenze processuali, salvo il caso estremo di sicura inattendibilità di quanto dichiarato (così Cass., sez. VI, 13 marzo 2007, Pelaggi, in *Giur. it.*, 2007, 2821 con nota di Gabrielli, *In tema di* iter *valutativo della chiamata in correità*).

Al carattere globale della verifica sulla dichiarazione del chiamante si affianca l'ammissibilità di una valutazione frazionata della stessa, peraltro a condizione che non esista un'interferenza fattuale e logica tra la parte della narrazione ritenuta falsa o non confermata e le restanti parti che siano intrinsecamente attendibili e che reggano al riscontro giudiziale, con la conseguenza che l'interferenza fattuale tra una serie di episodi della narrazione impedisce, accertata la falsità di alcuni, di concludere per la veridicità degli altri (in questi termini v. per tutte Cass., sez. I, 17 marzo 2006, Morfo e altro, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2007, 402; Cass., sez. VI, 20 aprile 2005, Aglieri, in *Cass. pen.*, 2007, 2573; Cass., sez. VI, 22 aprile 1998, Martello, in *Giust. pen.*, 1999, III, 443; Cass., sez. I, 30 gennaio 1992, Altadonna, in *Cass. pen.*, 1993, 2585). La valutazione frazionata si ritiene, ad esempio, legittima quando i fatti narrati siano in gran parte lontani nel tempo e si riferiscano ad episodi talora appresi non direttamente, ma solo in conseguenza delle rivelazioni degli autori materiali degli specifici reati (cfr. Cass., sez. IV, 2 febbraio 2004, Agate, in *CED on line*, n. 228660; Cass., sez. I, 18 dicembre 2000, Orofino, in *Cass. pen.*, 2002,1454) e sempre che l'inattendibilità di una parte della dichiarazione non sia talmente macroscopica da compromettere la stessa credibilità del dichiarante (v. in proposito Cass., sez. IV, 10 dicembre 2004, Alfieri e altri, in *CED on line*, n. 231300).

Nella fattispecie in esame, la Suprema Corte evidenzia la non frazionabilità dell'accusa di T. a D., poiché inscindibilmente connessa ad una rappresentazione del fatto inconciliabile con le risultanze di merito. Ed invero, T. accusa D. per escludere la propria partecipazione al delitto, ma quest'ultima circostanza a suo carico risulta provata sulla base di altre emergenze processuali. In ogni caso, la Suprema Corte sottolinea come non possa enuclearsi dal racconto di T. la mera proposizione fattuale "*D. ha concorso nell'omicidio di R.M.*" in termini di assoluta astrazione, al fine di confermare il giudizio di colpevolezza su D. L'intrinseca apoditticità di tale dichiarazione, avulsa da qualsiasi riferimento fattuale, non consente neppure di valutarla «unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità» *ex* art. 192, comma 3, c.p.p., proprio perché di per sé inattendibile.

Quanto al differente profilo dei poteri di accertamento della Corte di cassazione in tema di prova indiziaria, la sentenza annotata riafferma principi giurisprudenziali oramai consolidati. Si ribadisce, infatti, con riferimento al vizio di manifesta illogicità di cui all'art. 606, comma 1, lett. e) c.p.p., la sindacabilità delle massime di esperienza utilizzate dal giudice di merito quando siano empiricamente non plausibili (per un'applicazione esemplificativa del principio v., tra le tante, Cass., sez. un., 12 luglio 2005, Mannino, in *Cass. pen.*, 2005, 3732).

Com'è noto, nell'ambito del sindacato sul vizio di motivazione il giudice di legittimità non può sovrapporre la propria valutazione a quella compiuta dai giudici di merito sull'affidabilità delle fonti di prova, dovendo piuttosto stabilire se essi abbiano esaminato tutti gli elementi a disposizione, se ne abbiano fornito corretta interpretazione, dando esaustiva e convincente risposta alle deduzioni delle parti, se abbiano analizzato il materiale istruttorio applicando correttamente le regole della logica, delle massime di comune esperienza e dei criteri legali dettati in tema di valutazione delle prove, in modo da fornire la giustificazione razionale della scelta di determinate conclusioni a preferenza di altre (v. per tutte Cass., sez. un., 13 dicembre 1995, Clarke, in *Cass. pen.*, 1996, 2134 con osservazioni di CARCANO). Il controllo sulla manifesta illogicità della motivazione non può, dunque, estendersi al sindacato sulla scelta delle massime di esperienza utilizzate dal giudice nella ricostruzione del fatto, purché la valutazione delle risultanze processuali sia stata compiuta secondo corretti criteri di metodo e con l'osservanza dei canoni logici che presiedono alla forma del ragionamento, fornendosi una spiegazione plausibile e logicamente corretta delle scelte operate (in tal senso Cass., sez. IV, 30 aprile 1993, De Giovanni, in *Mass. cass. pen.*, 1994, 77; Cass., sez. II, 9 marzo 1993, Mariani, in *Riv. pen.*, 1994, 39).

Ne consegue che la doglianza di illogicità può ben essere proposta qualora il ragionamento non si basi realmente su una massima di esperienza – cioè su un giudizio ipotetico a contenuto generale, indipendente dal caso concreto, fondato su ripetute esperienze, ma autonomo da esse, e valevole

per nuovi casi – e valorizzi piuttosto una congettura, ovvero un'ipotesi non fondata sullo "*id quod plerumque accidit*", insuscettibile di verifica empirica, od anche una pretesa regola generale che risulti priva, però, di qualsiasi pur minima plausibilità (così Cass., sez. VI, 13 febbraio 2007, C. G., in *CED on line*, n. 237145).

ALESSANDRO CIGLIONI

CORTE DI CASSAZIONE – SEZIONE QUARTA – 29 aprile 2009 – *Pres.* MORGIGNI – *Rel.* BRUSCO – C. ed altri.

Reato – Rapporto di causalità – Condotta commissiva ed omissiva – Differenze – accertamento (c.p., art. 40).

Reato – Rapporto di causalità – Concorso di cause – Causa sopravvenuta da sola sufficiente a determinare l'evento – Estremi identificativi – Insussistenza (c.p., art. 41, comma 2).

Reato – Elemento soggettivo – Cooperazione nel reato colposo – Condizioni – Configurabilità (c.p., artt. 43, comma 1, alinea 2, 113).

I casi in cui l'agente pone in essere una condotta attiva colposa omettendo di adottare quella doverosa non rientrano nella causalità omissiva, bensì in quella commissiva, ai fini del cui accertamento il giudizio controfattuale non va compiuto dando per avvenuta la condotta impeditiva e chiedendosi se, posta in essere la stessa, l'evento si sarebbe ugualmente realizzato in termini di elevata credibilità razionale, bensì valutando se l'evento si sarebbe ugualmente verificato anche in assenza della condotta commissiva (1).

Perché possa parlarsi di causa sopravvenuta idonea ad escludere il rapporto di causalità si deve trattare di un percorso causale ricollegato all'azione (od omissione) dell'agente ma completamente atipico, di carattere assolutamente anomalo ed eccezionale; di un evento che non si verifica se non in casi del tutto imprevedibili a seguito della causa presupposta. Si deve dunque configurare una linea di sviluppo della condotta del tutto anomala, oggettivamente imprevedibile in astratto e imprevedibile per l'agente che – sotto il profilo dell'elemento soggettivo

- non può anticipatamente rappresentarla come conseguente alla sua azione od omissione (2).

Ai fini del riconoscimento della cooperazione nel reato colposo non è necessaria la consapevolezza della natura colposa dell'altrui condotta, né la conoscenza dell'identità delle persone che cooperano, ma è sufficiente la coscienza dell'altrui partecipazione nello stesso reato, intesa come consapevolezza da parte dell'agente che dello svolgimento di una determinata attività anche altri sono investiti (3).

(*Omissis*). I) *La sentenza di primo grado*. Il Tribunale di Orvieto, con sentenza 27 novembre 2000, ha assolto con la formula "per non aver commesso il fatto" gli imputati C. R., M. S., Ca. G. e R. D. dal delitto di omicidio colposo in danno di B. D. J. deceduto il 31 luglio 1998 in Orvieto, frazione Morrano, per folgorazione mentre stava azionando una leva metallica sita nell'alloggiamento dove si trovavano i comandi dell'impianto di irrigazione di un prato adiacente ad un'abitazione.

Ai predetti imputati era stato addebitato - nella loro qualità di elettricisti dipendenti Enel (C. e M.) e di elettricisti dipendenti della ditta CI. (Ca. e R.) - di avere realizzato un collegamento elettrico mancante di adeguate protezioni e di aver collegato i cavi in modo non conforme a quello previsto dalle normative tecniche del settore così contribuendo a cagionare l'evento.

Il giudice di primo grado riteneva che i due dipendenti Enel fossero estranei al fatto perché si erano occupati esclusivamente della riattivazione della linea elettrica dopo l'attività di spostamento di un palo di sostegno dei cavi elettrici mentre erano rimasti estranei alle attività di collegamento del cavo al contatore Enel e a quelle riguardanti l'allaccio dell'impianto all'interno dell'alloggiamento dove si era verificata la dispersione di energia elettrica.

Per quanto riguarda la posizione degli altri due imputati il Tribunale riteneva accertato che la giunzione all'interno del pozzetto fosse stata effettuata dal loro superiore e datore di lavoro, tale Ba. N., e che sui due imputati - anche se si fossero resi conto dell'inadeguatezza della giunzione e della mancata installazione del salvavita - non incombeva alcun obbligo giuridico di impedire il verificarsi dell'evento.

II) *La sentenza di secondo grado*. La Corte d'Appello di Perugia, con sentenza 26 gennaio 2005, giudicando sugli appelli proposti dal pubblico ministero e dalle parti civili, ha così provveduto:

- ha dichiarato inammissibile per tardività l'appello proposto dal pubblico ministero;

- ha accolto l'appello proposto dalle parti civili e ha condannato gli

imputati al risarcimento dei danni cagionati dal reato da liquidarsi in separata sede (*omissis*).

Secondo la Corte di merito andava intanto escluso che, nel caso in esame, la causalità avesse carattere omissivo in quanto l'evento si era verificato non per un'omissione ma per una condotta attiva e a questa condotta avevano partecipato, ponendo in essere segmenti diversi dell'azione, tutti gli imputati la cui condotta era da ritenere posta in essere in violazione delle regole cautelari del caso.

In particolare la condotta colposa dei dipendenti Enel C. e M. era da ravvisare, secondo i giudici d'appello, nella «apposizione al contatore di due monconi di filo elettrico terminanti nelle due spine-femmine, ad una delle quali venne poi collegato il lungo cavo nero che, a sua volta, venne collegato all'impianto elettrico dell'abitazione mediante la rudimentale giunzione eseguita con nastro isolante». Questa condotta colposa - predisposizione delle spine-femmina senza l'apposizione del salvavita - rappresentava l'antecedente causale dell'evento poi verificatosi e la Corte spiega le ragioni in base alle quali solo i due imputati potevano aver posto in essere l'anomalo collegamento.

Per quanto riguarda invece i dipendenti della ditta CI., Ca. e R., la sentenza impugnata, in base alla deposizione del teste Ro. D., ha ritenuto accertato che entrambi gli imputati avessero collaborato alla stesura del lungo cavo nero dal pozzetto fino al palo dove era allocato il contatore (anche se la giunzione con nastro isolante era stata materialmente compiuta da Ba.) e avessero altresì eseguito l'innesto in una delle spine-femmina trovandosi nella concreta possibilità di verificare la mancanza del salvavita.

III) *I ricorsi e i motivi nuovi*. Contro la sentenza di secondo grado hanno proposto ricorso tutte le persone ritenute civilmente responsabili dell'evento (*Omissis*).

IV) *L'eccezione relativa alla sospensione del processo. La ricostruzione dei fatti* (*Omissis*).

Nel merito tutti i ricorsi sono infondati e devono conseguentemente essere rigettati. Va anzi premesso che i motivi dei ricorrenti che si riferiscono alla ricostruzione dei fatti e alla loro materiale partecipazione ai medesimi sono inammissibili nel giudizio di legittimità perché la Corte dì merito ha logicamente ricostruito questi fatti.

In particolare, per quanto riguarda l'apposizione delle due spine femmina alla derivazione dal contatore la sentenza impugnata ha ricostruito i fatti pervenendo alla motivata conclusione che tale impropria derivazione (perché priva di salva vita) era stata effettuata dai dipendenti Enel C. e M.

I giudici di merito hanno fondato questa valutazione sulle dichiarazioni del teste Ro. D. il quale aveva assistito personalmente ai lavori (e non era in alcun modo coinvolto in possibili responsabilità: si tratta di

un coltivatore diretto della zona); il teste ha riferito che erano stati i due dipendenti Enel gli unici ad operare sull'impianto a monte e che il collegamento era stato da essi effettuato e hanno trovato conferma di questa ricostruzione nella circostanza che sicuramente i due imputati erano gli unici che avevano operato sul contatore spostandolo dalla posizione originaria (*Omissis*).

Deve dunque ritenersi definitivamente accertato che l'improprio sistema di collegamento e la mancata installazione del salvavita siano riconducibili all'opera dei due ricordati imputati dipendenti dell'Enel.

Analoghe considerazioni vanno fatte per quanto riguarda la condotta addebitata ai dipendenti della ditta appaltatrice (*Omissis*).

In realtà la sentenza impugnata ha fornito, anche sulla condotta dei dipendenti CI., risposte certamente non illogiche rilevando che il teste oculare aveva riferito che entrambi gli imputati (Ca. e R.) avevano provveduto alla stesura del cavo e al suo allacciamento alle due prese femmina senza curarsi della circostanza che il collegamento era privo di salvavita.

Del resto la circostanza che entrambi avessero collaborato alla stesura del cavo è confermata dalla sentenza di primo grado e non è contestata da R. nel ricorso da lui proposto. E anche questa circostanza deve ritenersi definitivamente accertata.

V) *Le cause dell'evento mortale*. In questo processo non è in discussione la causa che ha dato origine all'evento mortale certamente provocato dalla folgorazione che ha colpito B. D. J. nel momento in cui toccava la leva per attivare l'invio dell'acqua alla casa.

Quanto alle cause che, a monte, hanno provocato la dispersione di energia elettrica sia il giudice di primo grado che i giudici di appello l'hanno sostanzialmente individuata in due momenti significativi: 1) la giunzione effettuata da Ba. N. in modo assolutamente improvvido e scorretto con l'uso di un nastro adesivo isolante inidoneo che ha consentito al filo portatore di tensione di venire a contatto con la massa metallica poi attinta dalla persona offesa; 2) la mancata messa in opera di un salva vita che - pur in presenza di dispersione di elettricità cagionata dall'inidonea giunzione, avrebbe immediatamente interrotto il circuito evitando la folgorazione della giovane vittima.

Né può affermarsi, come affermano C. e M. nel ricorso da loro proposto, che nel caso in esame non fosse prevista l'installazione del salva vita perché la norma da essi citata (art. 7 comma 2 l. 5 marzo 1990 n. 46) non esclude questo obbligo per condutture inferiori ad una certa lunghezza ma, al contrario, sembra riguardare tutti gli impianti elettrici.

Questa ricostruzione è stata dalla Corte di merito fondata sul parere espresso dal consulente tecnico del pubblico ministero mentre il secondo giudice non sembra attribuire una efficienza causale significativa

- come già aveva fatto il primo giudice - agli ulteriori elementi di colpa individuati nella condotta degli imputati: l'omessa predisposizione di una messa a terra (che, pur riducendo la portata della scarica letale, non avrebbe verosimilmente evitato la morte del giovane) e l'omissione di protezioni esterne del cavo (che non risulta aver avuto efficienza causale sull'accaduto).

Sotto il profilo dell'accertamento del rapporto di causalità indiscussa essendo la causalità materiale dell'evento e l'esistenza di condotte colpose che hanno contribuito a cagionare l'evento va adesso verificato se la Corte di merito abbia correttamente attribuito agli odierni ricorrenti, sotto il profilo dell'addebito oggettivo, l'evento verificatosi fermo restando che l'ultimo segmento delle condotte colpose che hanno avuto efficienza causale sul verificarsi dell'evento sono attribuibili anche ad un terzo (Ba.) autore , dell'inidonea e imperita giunzione tra il cavo proveniente dal contatore e l'impianto elettrico dell'abitazione.

VI) *Causalità omissiva o commissiva. La posizione di garanzia*.

Sì è già accennato che il giudice di primo grado aveva impostato il problema della causalità ritenendo che si trattasse di causalità omissiva e ritenendo che nessuno degli imputati rivestisse una posizione di garanzia che imponesse un obbligo giuridico di impedire il verificarsi dell'evento.

Su questo tema occorrono alcune riflessioni preliminari in merito alla distinzione tra causalità attiva ed omissiva. Va premesso che, in astratto, la distinzione tra causalità commissiva e causalità omissiva è del tutto chiara: nella prima viene violato un divieto nella seconda è un comando ad essere violato. Non sempre agevole è però la distinzione in concreto tra le due forme di causalità.

Spesso (in particolare, ma non solo, nella responsabilità professionale medica che costituisce il tema su cui l'elaborazione teorica si è maggiormente sviluppata) viene ritenuta omissiva una condotta che tale non è; del resto sono ben pochi i casi nei quali la condotta cui riferire l'evento dannoso è chiaramente attiva (il chirurgo ha inavvertitamente tagliato un vaso durante l'intervento) o passiva (il medico ha colposamente omesso di ricoverare il paziente). Nella stragrande maggioranza dei casi sono presenti condotte attive e passive che interagiscono tra di loro rendendo ancor più difficile l'accertamento della natura della causalità.

È peraltro necessario evitare la confusione tra il reato omissivo e le componenti omissive della colpa: i casi dell'agente che pone in essere una condotta attiva colposa omettendo di adottare quella diligente (per es. il medico che adotta una terapia errata e quindi omette dì somministrare quella corretta o che dimette anticipatamente il paziente e quindi omette di continuare a curarlo in ambito ospedaliero) non rientrano nella causalità omissiva ma in quella attiva. E lo stesso può affermarsi per quanto

riguarda l'attività dell'ingegnere che progetta un edificio non seguendo le corrette regole costruttive; si tratta di causalità commissiva anche se l'agente ha omesso di seguire le regole necessarie per la costruzione dell'edificio in sicurezza.

Si è detto che i medici che hanno sbagliato diagnosi e terapia "non hanno violato un comando penale, bensì solo un divieto di cagionare (o contribuito a cagionare, si trattasse anche solo di accelerare) lesioni o morte con negligenza, imperizia o imprudenza" ma identiche considerazioni possono svolgersi in relazione a tutte le diverse attività umane produttive di rischio.

Causalità omissiva sarà dunque quella di chi omette la condotta dovuta: il bagnino che non sente le grida di aiuto perché tiene troppo alta la radio; l'addetto al passaggio a livello che si addormenta e omette di azionare il comando per evitare il passaggio di persone o mezzi sui binari; il medico che omette proprio di curare il paziente o che rifiuta di ricoverarlo.

Può peraltro ritenersi condivisibile il più recente orientamento dottrinale secondo cui, nell'ambito della responsabilità medica, avrebbe natura commissiva la condotta del medico che ha introdotto nel quadro clinico del paziente un fattore di rischio poi effettivamente concretizzatosi; sarebbe invece omissiva la condotta del sanitario che non abbia contrastato un rischio già presente nel quadro clinico del paziente. Principi che possono essere agevolmente estesi a settori della responsabilità diversi da quella medica.

Alla luce delle considerazioni svolte non possono esservi dubbi sulla natura commissiva della causalità nel caso in esame.

Gli odierni imputati non hanno violato un comando omettendo di intervenire in un caso che richiedeva la loro attivazione ma hanno violato il divieto di operare in modo incongruo in un impianto elettrico caratterizzato da elevato rischio per l'incolumità delle persone. In particolare C. e M. hanno consentito, con la sistemazione delle due spine femmina, la possibilità di allacci fonte di grave pericolo per le persone senza adottare la fondamentale cautela della predisposizione del salva vita che avrebbe evitato la folgorazione; Ca. e R. hanno predisposto il collegamento con il cavo parimenti omettendo di valutare che, senza la predisposizione del salva vita, l'impianto poteva costituire fonte di grave pericolo.

E, anche richiamando il più recente orientamento dottrinale ricordato, può affermarsi che gli agenti abbiano introdotto nel quadro della situazione di pericolo già presente un ulteriore fattore di rischio poi effettivamente concretizzatosi. Si badi, non si tratta di un riferimento alla non condivisibile (e ormai ampiamente superata) teoria dell'aumento del rischio ma di una ricostruzione che tiene conto della introduzione di un fattore causale che ha certamente cagionato, o contribuito a cagionare, l'evento.

Se dunque nel caso in esame la causalità ha natura commissiva e se l'evento è da ritenere causalmente ricollegabile alla condotta degli imputati in termini di sostanziale certezza è evidente che non è necessario porsi la domanda su che cosa sarebbe avvenuto se il loro intervento non fosse avvenuto. Nel nostro caso, i giudici di merito hanno motivatamente ritenuto accertato, in termini di sostanziale certezza, che se fosse stato predisposto il salva vita l'evento non si sarebbe verificato

II giudizio controfattuale non va dunque compiuto dando per avvenuta una condotta impeditiva che non c'è stata e chiedendosi se, posta in essere la medesima, l'evento sarebbe ugualmente avvenuto in termini di elevata credibilità razionale. Ma chiedendosi se, ipotizzando non avvenuta la condotta commissiva descritta, l'evento si sarebbe ugualmente verificato. E la risposta a questo quesito è stata data, certo non illogicamente, dalla Corte di merito nella parte in cui ha ritenuto causalmente ricollegabile alla condotta degli imputati, in termini di elevata credibilità razionale, l'evento verificatosi.

Ed è evidente che, impostato il tema in termini di causalità commissiva, è priva di rilievo la circostanza che non rientrasse nei compiti dei dipendenti Enel la predisposizione degli allacci perché, nel nostro caso, non si tratta dì individuare chi aveva l'obbligo di impedire il verificarsi dell'evento ma chi, con la sua condotta attiva, ha contribuito a cagionarlo.

VII) *La condotta di Ba. quale causa sopravvenuta da sola sufficiente a determinare l'evento*. Il Tribunale di Orvieto, nella sentenza di primo grado, aveva ritenuto che la giunzione effettuata nel modo anomalo già descritto da parte di Ba. fosse idonea ad integrare la causa sopravvenuta da sola sufficiente ad escludere il rapporto di causalità (art. 41 comma 2 cod. pen.).

Nei proposti ricorsi gli imputati (ad eccezione di R.) hanno, con varietà di argomentazioni, sostenuto che la condotta di Ba., per la sua abnormità e imprevedibilità, era idonea ad interrompere il nesso causale tra le loro condotte asseritamente colpose e l'evento.

La censura comune ripropone uno dei temi di maggior complessità del diritto penale che riguarda l'interpretazione dell'art. 41 comma 2° del cod. pen. secondo cui "le cause sopravvenute escludono il rapporto di causalità quando sono state da sole sufficienti a determinare l'evento".

Si tratta di una norma di fondamentale importanza all'interno dell'assetto normativo che il codice ha inteso attribuire al tema della causalità e lo scopo della norma, secondo l'opinione maggiormente seguita, è quello di temperare il rigore derivante dalla meccanica applicazione del principio generale contenuto nel primo comma dell'art. 41 in esame che si ritiene abbia accolto il principio condizionalistico o dell'equivalenza delle cause ("condicio sine qua non"). Anzi, secondo taluni autori, questa

norma escluderebbe che il codice abbia voluto accogliere integralmente la teoria condizionalistica essendo, il concetto di causa sopravvenuta, estraneo a questa teoria così come è da ritenere estraneo alla teoria della causalità adeguata.

È stato affermato in dottrina che se il secondo comma in esame venisse interpretato nel senso che il rapporto di causalità dovesse ritenersi escluso solo nel caso di un processo causale del tutto autonomo verosimilmente si tratterebbe di una disposizione inutile perché, in questi casi, all'esclusione si perverrebbe con la mera applicazione del principio condizionalistico previsto dal 1° comma dell'art. 41.

Deve pertanto trattarsi, secondo questo condivisibile orientamento, di un processo non completamente avulso dall'antecedente, di una concausa che deve essere, appunto, "sufficiente" a determinare l'evento. Ma questa sufficienza non può essere intesa come avulsa dal precedente percorso causale perché, altrimenti, torneremmo al caso del processo causale del tutto autonomo per il quale il problema è risolto dal 1° comma dell'art. 41.

Su questa affermazione di principio deve ritenersi raggiunto un sufficiente consenso in quanto gli orientamenti (peraltro, a quanto risulta, quasi esclusivamente dottrinali) che sostenevano la tesi della completa autonomia dei processi causali non sembrano essere state più riproposte negli ultimi decenni.

In base alla ricostruzione che va sotto il nome della teoria della causalità "umana" si parte dalla premessa che, oltre alle forze che l'uomo è in grado di dominare, ve ne sono altre - che parimenti influiscono sul verificarsi dell'evento - che invece si sottraggono alla sua signoria. Può dunque essere oggettivamente attribuito all'agente quanto è da lui dominabile ma non ciò che fuoriesce da questa possibilità di controllo.

Quali sono gli elementi esterni controllabili? Innanzitutto quelli dotati da carattere di normalità, cioè quelli che si verificano con regolarità qualora venga posta in essere l'azione. Ma non solo queste conseguenze si sottraggono al dominio dell'uomo ma altresì quelle che si caratterizzano per essere non probabili o non frequenti perché comunque possono essere prevedute dall'uomo.

Che cosa sfugge invece al dominio dell'uomo? Ciò che sfugge a questo dominio - secondo l'illustre Autore che ha formulato la teoria – "*è il fatto che ha una probabilità minima, insignificante di verificarsi; il fatto che si verifica soltanto in casi rarissimi … nei giudizi sulla causalità umana si considerano 'propri' del soggetto tutti i fattori esterni che concorrono con la sua azione, esclusi quelli che hanno una probabilità minima, trascurabile di verificarsi; in altri termini esclusi i fattori che presentano un carattere di eccezionalità*".

Per concludere che per l'imputazione oggettiva dell'evento sono

necessari due elementi, uno positivo e uno negativo: quello positivo "*è che l'uomo con la sua condotta abbia posto in essere un fattore causale del risultato, vale a dire un fattore senza il quale il risultato medesimo nel caso concreto non si sarebbe avverato; il negativo è che il risultato non sia dovuto al concorso di fattori eccezionali (rarissimi). Soltanto quando concorrono queste due condizioni l'uomo può considerarsi 'autore' dell'evento*".

Perché possa parlarsi di causa sopravvenuta idonea ad escludere il rapporto di causalità (o la sua interruzione come altrimenti si dice) si deve dunque trattare, secondo questa ricostruzione, di un percorso causale ricollegato all'azione (od omissione) dell'agente ma completamente atipico, di carattere assolutamente anomalo ed eccezionale; di un evento che non si verifica se non in casi del tutto imprevedibili a seguito della causa presupposta.

È noto l'esempio riportato nella relazione ministeriale al codice penale: l'agente ha posto in essere un antecedente dell'evento (ha ferito la persona offesa) ma la morte è stata determinata dall'incendio dell'ospedale nel quale il ferito era stato ricoverato. Il che, appunto, non solo non costituisce il percorso causale tipico (come, per es., il decesso nel caso di gravi ferite riportate a seguito dell'aggressione) ma realizza una linea di sviluppo della condotta del tutto anomala, oggettivamente imprevedibile in astratto e imprevedibile per l'agente che non può anticipatamente rappresentarla come conseguente alla sua azione od omissione (quest'ultimo versante riguarda l'elemento soggettivo ma il problema, dal punto di vista dell'elemento oggettivo del reato, si pone in termini analoghi).

Va infine rilevato che sia l'Autore che l'ha proposta che tutti coloro che l'hanno condivisa - comprese la giurisprudenza di legittimità e quella di merito - hanno affermato che la teoria della causalità "umana" è applicabile anche ai reati omissivi impropri.

VIII) *La condotta di Ba. quale causa sopravvenuta da sola idonea a determinare l'evento*. Alla luce della ricostruzione che precede la tesi dei ricorrenti non solo non appare condivisibile ma si evidenzia nella sua totale ed evidente infondatezza.

Non è infatti possibile qualificare come inopinata, abnorme, assolutamente imprevedibile la condotta di un soggetto, pur negligente, la cui condotta inosservante trovi la sua origine e spiegazione nella condotta di chi abbia creato colposamente le premesse su cui si innesta il suo errore o la sua condotta negligente.

La condotta di chi ha effettuato l'improvvida giunzione non è abnorme o imprevedibile perché lo scopo del salvavita è proprio quello di evitare i rischi derivanti da elementi di discontinuità nel collegamento dei fili (v. pag. 10-11 della sentenza di primo grado) e questi elementi

di discontinuità possono derivare sia dalla natura del collegamento sia da imperfezioni nell'attività umana.

Insomma nel caso in esame non può ipotizzarsi l'ipotesi prevista dal secondo comma dell'art. 41 cod. pen., perché la causa sopravvenuta non solo non costituisce uno sviluppo del tutto abnorme ed eccezionale della prima condotta inosservante ma rientra nell'ambito delle conseguenze prevedibili di questa condotta addebitabile ai ricorrenti costituendone anzi una possibile, e quindi prevedibile, conseguenza. Detta in termini diversi: il salva vita serve ad evitare conseguenze tragiche conseguenti alla dispersione di energia non solo quando questa avvenga per cause imprevedibili ma anche nel caso di errori compiuti nell'esecuzione dei collegamenti elettrici.

Insomma la condotta colposa di Ba. trova l'antecedente logico e causale nelle negligenze e imperizie degli altri imputati la cui predisposizione delle spine e il collegamento con il cavo, senza che venisse predisposto il salva vita, hanno costituito l'antecedente causale colposo della condotta di Ba. nella causazione dell'evento.

Tutto ciò vale a rendere adeguata la motivazione della sentenza impugnata che non può essere scalfita dall'osservazione che Ca. e R. erano dipendenti di Ba. e che non avevano coscienza dell'anomalia della condotta di questi. Se infatti, come è stato in fatto accertato, la posa del cavo è stata da loro compiuta, essi avevano (o dovevano avere) coscienza del punto di criticità e quindi della necessità di installare il salvavita (peraltro già derivante dalla natura del collegamento con il contatore). E' quindi irrilevante che essi si fossero resi conto della natura anomala del collegamento effettuato dal loro datore di lavoro.

IX) *Le altre censure dei ricorrenti*. *Cooperazione colposa o concorso di cause indipendenti*. Infondate sono anche le altre censure proposte dai ricorrenti.

Va affrontato anzitutto il problema di carattere generale sollevato da tutti i ricorrenti (ad eccezione di R.) i quali si dolgono che i giudici di secondo grado abbiano qualificato la partecipazione degli imputati al fatto come cooperazione colposa e non come concorso di cause indipendenti.

In sintesi, a fondamento della qualificazione proposta dai ricorrenti, sta la considerazione che i diversi imputati che hanno partecipato ai lavori sarebbero intervenuti senza che vi fosse, in ciascuno di essi, la consapevolezza della partecipazione degli altri. Solo se fosse esistita questa consapevolezza avrebbe potuto essere configurata la cooperazione colposa mentre, in difetto di questo elemento soggettivo, dovrebbe parlarsi di concorso di cause colpose indipendenti.

Così come proposto il motivo di ricorso va ritenuto inammissibile. Deve infatti rilevarsi che il sistema delle impugnazioni in materia (non

solo) penale non è finalizzato soltanto alla corretta applicazione delle norme giuridiche e all'esatto inquadramento di un fatto in istituti giuridici ma altresì alle conseguenze che dalla scorretta applicazione delle norme possono derivare.

Insomma l'erronea tesi giuridica eventualmente applicata dal giudice, ove non si rifletta sull'erroneità della decisione, non rileva ai fini dell'impugnazione perché in questi casi difetta l'interesse ad impugnare. Questo principio, nel giudizio di legittimità, è esplicitato nell'art. 619 comma 1 c.p.p. secondo cui "gli errori di diritto nella motivazione e le erronee indicazioni di testi di legge non producono l'annullamento della sentenza impugnata, se non hanno avuto influenza decisiva sul dispositivo".

Questa disposizione si ricollega al principio generale sulle impugnazioni contenuto nell'art. 568 comma 4° del codice di rito che prescrive che "per proporre impugnazione è necessario avervi interesse" con la conseguente sanzione di inammissibilità quando difetti questo requisito (art. 591 comma 1° lett. a del c.p.p.). E l'interesse preso in considerazione dalla legge non è mai un interesse teorico alla correttezza della tesi giuridica sostenuta o accolta dal giudice ma quello pratico che si riflette sul contenuto della decisione (analoga soluzione è prevista per il giudizio civile davanti alla Corte di cassazione dall'art. 384 comma 2° cod. proc. civ.).

Nel caso in esame neppure i ricorrenti sono stati in grado di indicare l'effetto pratico che deriverebbe dall'accoglimento della loro tesi. Interesse pratico che potrebbe essere individuato nel caso delle aggravanti previste dal 2° comma dell'art. 113 cod. pen. che, peraltro, nel caso in esame non sono state contestate ovvero nel caso (assai discusso in dottrina e comunque nella specie neppure ipotizzato) in cui la partecipazione cosciente all'altrui comportamento colposo non sia accompagnata dalla violazione di una regola precauzionale.

Sotto diverso profilo non sarebbe ipotizzabile una mancata corrispondenza tra la contestazione e il fatto ritenuto perché la cooperazione colposa si caratterizza per un dippiù sotto il profilo psicologico (la consapevolezza dell'altrui condotta); se viene meno questo aspetto si ha il concorso di cause indipendenti e quindi non si ha alcuna immutazione dell'imputazione se la condotta materiale accertata era ricompresa (e purché sia ricompresa) in quella contestata. Invece nel caso inverso, ove fosse stato contestato il concorso di cause indipendenti potrebbe (in astratto) ritenersi l'esistenza di un'immutazione dell'imputazione ove venisse pronunziata una condanna a titolo di cooperazione colposa per l'esistenza di una componente soggettiva non prevista per la diversa forma di partecipazione al reato.

In ogni caso non sembra condivisibile la tesi sostenuta dai ricorren-

ti. Com'è noto il tema della configurabilità del concorso di persone nel reato colposo è stato risolto, dal legislatore del codice penale vigente, con l'introduzione della c.d. cooperazione colposa disciplinata dall'art. 113. cod. pen. che, come si è già visto, non differenzia il trattamento sanzionatorio rispetto a quello delle condotte indipendenti ma si limita a prevedere alcune aggravanti tipiche del concorso di persone nel reato (doloso). E si è già precisato che ciò che contraddistingue questa forma di concorso (detto anche "improprio") è il legame psicologico che si instaura tra gli agenti ognuno dei quali è conscio della condotta degli altri. Naturalmente la consapevolezza riguarda esclusivamente la partecipazione di altri soggetti e non, come è ovvio trattandosi di reati colposi, il verificarsi dell'evento.

Orbene non sembra che per ritenere esistente la cooperazione colposa sia però richiesto un dippiù costituito dalla specifica coscienza o conoscenza sia delle persone che cooperano sia delle specifiche condotte da ciascuno poste in essere. Non ignora la Corte che una corrente dottrinale sostiene che, per ipotizzare la cooperazione, sia necessaria la consapevolezza anche della natura colposa dell'altrui condotta ma questa tesi non è mai stata condivisa dalla dottrina dominante che ha obiettato che, richiedendo questo requisito, la cooperazione sarebbe configurabile solo nel caso di colpa cosciente.

Se, come è comunemente ritenuto, è invece sufficiente la coscienza dell'altrui partecipazione e non è invece necessaria la conoscenza delle specifiche condotte né dell'identità dei partecipi può trarsi la conclusione che la cooperazione è ipotizzabile anche in tutte quelle ipotesi nelle quali un soggetto interviene essendo a conoscenza che la trattazione del caso o la sistemazione di un'opera non è a lui soltanto riservata perché anche altri operanti (perché facenti parte della medesima struttura o per altre ragioni) ne sono investiti.

Per esemplificare: il medico di fiducia non è a conoscenza che il paziente da lui assistito si rivolgerà anche ad altro medico e se entrambi hanno colposamente errato nella terapia le eventuali conseguenze dannose saranno a loro addebitate a titolo di condotte colpose indipendenti. Ma il medico di reparto che ha seguito il trattamento terapeutico è cosciente che, finito il turno, altro medico subentrerà a lui anche se non conosce il nome di questi e anche se non è a conoscenza se questi seguirà il medesimo indirizzo terapeutico; ma se ciò avverrà e la terapia errata provocherà un evento dannoso appare più corretto ipotizzare la cooperazione perché ciascuno dei due medici (anche se non hanno concordato la terapia e non hanno avuto alcun contatto tra di loro) è consapevole dell'intervento dell'altro.

Queste conclusioni non riguardano soltanto l'organizzazione sanitaria perché analoghi esempi potrebbero farsi in relazione ad altre

organizzazioni complesse quali le imprese e settori della pubblica amministrazione (si pensi alla formazione di atti complessi nei quali confluiscano atti adottati da persone diverse in tempi diversi senza alcun rapporto tra i partecipi). Orbene in tutti questi casi esiste il legame psicologico previsto per la cooperazione colposa perché ciascuno degli agenti è conscio che altro soggetto (medico, pubblico funzionario, dirigente ecc.) ha partecipato o parteciperà alla trattazione del caso; in particolare, per quanto riguarda l'attività medico chirurgica, l'agente è consapevole che, per quella specifica patologia che ha condotto a sottoporre il paziente al trattamento terapeutico, altri medici sono investiti del medesimo trattamento.

Nel caso in esame la cooperazione è dunque ipotizzabile perché i giudici di merito hanno accertato che i dipendenti Enel e quelli CI. si erano recati insieme nel luogo dove dovevano essere eseguiti i lavori di spostamento del contatore e quindi ciascuno di essi aveva consapevolezza della condotta degli altri. È quindi possibile affermare che, in base agli accertamenti di fatto incensurabilmente compiuti dai giudici di merito, la cooperazione colposa era astrattamente configurabile e che quindi le norme che disciplinano questa forma di concorso "improprio" sono state correttamente applicate (*omissis*).

(1-3) Sulla via di Damasco della prevedibilità colposa: la *luce* della soggettività della colpa di concorso all'*ombra* dell'*umanità* della causa penale.

1. La domanda suona in questi termini: l'avvicinamento tra fatto e fattispecie colposa[(1)] impone una ridescrizione del percorso di accertamento della tipicità, tanto da invertire la consecuzione logica tra verifica della causalità della condotta e ponderazione della sua colposità, tanto da apportare un significato "proprio" alla causa colposa?

La tematizzazione della struttura e della funzione dell'ipotesi cooperativa definita dall'art. 113 c.p., in cui da ultimo si inabissa lo sguardo dell'annotata decisione di legittimità, conquista la risposta a questo propedeutico interrogativo per spenderla nell'esame di una vicenda che concatena tre episodi comportamentali, ciascuno con distinti protagonisti e tutti storicamente confluiti nel finale esito mortale.

Il decorso del fatto, come avvenimento constatato e narrato di una morte per folgorazione verificatasi per effetto del contatto "indiretto" di

---

[(1)] Per questa definizione del procedimento ermeneutico-giuridico di sussunzione v. HASSEMER, *Fattispecie e tipo*, Napoli, 2007, 74.

un giovane uomo con dei fili di un impianto elettrico non adeguatamente protetti, è difatti la somma: dell'apposizione al contatore di due spine-femmina prive di salva vita; dell'innesto del cavo in una delle suddette spine e della sua distensione fino al pozzetto dove alloggia l'impianto elettrico dell'abitazione; infine, della improvvida giunzione mediante nastratura mal-isolante operata tra il cavo elettrico e le tubazioni metalliche toccate accidentalmente dalla vittima.

Addentrandosi nel vaglio dell'accadimento, la pronuncia conferma quella del giudice di seconde cure, e nondimeno intesse con essa una implicita dialettica: le argomentazioni spese dalla Corte di Appello di Perugia[2] ne escono solo in parte metabolizzate, a rinsaldare l'effige di *concreta soggettività* della colpa di concorso, per l'altra parte messe in discussione entro una sdrucciolevole prospettiva di *conversione* in termini *umani* della causalità penalmente rilevante.

2. A monte dell'interrogativo appena impresso, sta l'insuperabile tratto di somiglianza tra condotta omissiva e condotta colposa, per essere qualifiche della tipicità entrambe fondate sulla violazione di una regola comportamentale: similarità che al contempo affascina l'interprete ad attrarre la verifica dell'atteggiamento soggettivo nello spazio giuridico di accertamento della causalità, e lo suggestiona ad oggettivizzare l'identità della colpa.

Sennonché, al giudice *de quo* non sfugge come vi sia un passaggio "originario" da valicare prima di addentrarsi ad indagare le dimensioni giuridiche della causa e della colpa.

L'intuita operatività nella dinamica concreta di una seriazione di condotte tutte attive è difatti lo spunto per principiare dal, e per trattenersi sul, differenziale che scorre tra azione ed omissione.

Col lessico divenuto familiare ai più recenti apprezzamenti giurisprudenziali della questione, si consacra così quella finitudine dell'azione da un lato e dell'omissione dall'altro che attenta dottrina ha reso schematizzabile nella locuzione della "reale efficacia condizionante"[3], assegnando natura commissiva alla condotta che risulti aver introdotto un fattore di rischio che si è poi concretizzato, e giustapposta natura omissiva alla condotta che non abbia contrastato un rischio già presente. Tanto proponendosi a correttivo del criterio della c.d. regola cautelare violata, su cui la tradizione epistemologica si è da tempo allineata avvistando il distinguo a seconda che il precetto disatteso sia un comando (omissione) oppure un divieto (azione)[4].

---

[2] App. Perugia, 26 gennaio 2005, Cipiccia e altri, in *Giur. merito*, 2006, 2707 ss., con commento di Pierri, *La cooperazione nel delitto colposo: considerazioni in tema di struttura e funzione*, *ibidem*, 2709 ss.

[3] V. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 2004, 316; Palazzo, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2008, 234.

[4] Cfr. Cadoppi, *Il reato omissivo*, I, Padova, 1988, 151 ss.; Giunta, *Illiceità e*

Ad onor del vero, in questa matrice giurisprudenziale i due modelli si fondono[5], l'uno trovando conforto nella soluzione che proviene dall'applicazione dell'altro: se le condotte dei singoli agenti vengono infine ricomposte nel novero delle attività in quanto hanno «introdotto nel quadro della situazione di pericolo già presente un ulteriore fattore di rischio», «un fattore causale che ha certamente cagionato, o contribuito a cagionare, l'evento», le affermazioni che queste precedono già palesano la medesima conclusione rapportandola alla violazione, nel caso concreto, non di un comando che prescriveva agli agenti di intervenire attivandosi, bensì del «divieto di operare in modo incongruo in un impianto elettrico caratterizzato da elevato rischio per l'incolumità delle persone».

Segnatamente, la portata attiva dei comportamenti si desume dall'aver «consentito, con la sistemazione delle due spine femmina, la possibilità di allacci fonte di grave pericolo per le persone senza adottare la fondamentale cautela della predisposizione del salva vita che avrebbe evitato la folgorazione», nonché dall'aver «predisposto il collegamento con il cavo parimenti omettendo di valutare che, senza la predisposizione del salva vita, l'impianto poteva costituire fonte di grave pericolo».

Non si fatica allora a percepire, pur dinanzi ad una finale qualificazione "attiva" dell'accadimento di specie che non presta il fianco ad obiezioni, uno scivolamento concettuale che rende l'impostazione adottata ancora erede di un non avallabile *circolo* ermeneutico tra *condotta*, *causalità* e *colpa*, capace di sfocare la demarcazione delle rispettive linee costitutive, e quindi di confondere l'ordinato procedere del sillogismo giuridico in punto di accertamento della tipicità, ove la violazione di una regola cautelare non può influire in via preliminare sulla delimitazione del comportamento tipico[6].

È difatti bene in vista la sfasatura logica e cronologica in cui rimane invischiata l'opinione in commento. Con la regola della *norma cautelare violata*, il dato della c.d. misura oggettiva della colpa, che coincide con la

---

colpevolezza nella responsabilità colposa, Padova, 1993, 90 ss.; Donini, *La causalità omissiva e l'imputazione per "l'aumento del rischio"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 32 ss. In giurisprudenza, Cass., sez. IV, 15 novembre 2005, Fedele, in *Cass. pen.*, 2007, 2792 ss., con commento di Amara, *Fra condotta attiva e condotta omissiva: nuovi criteri distintivi e reali conseguenze sul piano dell'imputazione dell'evento*, *ibidem*, 2795 ss.

[5] In particolare, si veda Cass., sez. IV, 6 novembre 2007, Brignoli, in *Foro it.*, 2009, II, 120, che utilizzando la medesima impostazione concettuale, ed il medesimo fraseggio, in fattispecie relativa al decesso di un paziente a causa del sovradosaggio del farmaco prescrittogli, ha affermato come il caso del medico che adotti una terapia errata, di conseguenza omettendo di somministrare quella corretta, non rientri nella causalità omissiva bensì in quella commissiva.

[6] Paliero, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, 830 ss.; Vallini, *Cooperazione e concause in ipotesi di trattamento sanitario "diacronicamente plurisoggettivo"*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 481.

perimetrazione della cautela inosservata, finisce infatti sradicato dal "tempo" (dell'elemento soggettivo del reato) che la logica giuridica gli assegna col cadenzare il ritmo del tipo. Finisce cioè ponderato in un momento – quello dedicato ad accertare la natura della condotta - che addirittura è tenuto a precedere il giudizio sulla causalità materiale tra comportamento ed evento *hic et nunc*, a rigore pregiudiziale proprio alla verifica dell'imputazione colposa.

Col correttivo della *reale efficacia condizionante* della condotta, si prospetta invece una "verifica preliminare" quanto al legame con l'evento naturalistico, portata avanti attraverso un ragionamento induttivo che traduce in termini attivi la condotta risultata modificativa del decorso eziologico sviluppatosi sino all'evento concreto[7], ed assegna significato omissivo al comportamento dell'agente che, non attivatosi, abbia lasciato che "le cose procedessero per conto loro"[8]. Anche in tal caso, tuttavia, l'effetto è in fin dei conti quello di determinare una sorta di impropria anticipazione, specificamente del giudizio controfattuale da cui dovrà muovere la verifica della causalità. Tant'è che si giunge, per questa via, a trarre la dicitura attiva o omissiva di un comportamento ad effetto dell'atteggiarsi della condotta spesa da altri, a seconda, ad esempio, che il malcapitato caduto nel burrone abbia o meno afferrato la fune lanciatagli dal passante.

Eppure, a recuperare un'ottica che guardi alla condotta - oggetto di qualificazione - senza affrettarsi a scendere nell'esame del collegamento tra questa e l'evento naturalistico (che stampa la tipicità della condotta causale nei reati a forma libera), lo scarto tra azione ed omissione, in linea con il comune intendimento[9], si verrà ad apprezzare sul terreno strettamente fisicistico[10], nell'essersi o meno estrinsecata da parte del soggetto una *attività*, una *positività*, un *movimento*, la prima consistendo in un *quid* naturalistico, l'altra integrando un *quid* normativo; l'omissione, difatti, è un concetto piuttosto che un fatto, «si può solo pensare, ricavandola da (= in relazione a) un'azione dovuta che invece non è stata compiuta»[11].

---

[7] Si veda già il c.d. «criterio della causalità» elaborato da Samson, in base al quale una serie di decorsi causali reali potrà essere generata esclusivamente da un comportamento attivo, cfr. Romano, *Commentario*, cit., 316.

[8] Romano, *Commentario*, cit., 316.

[9] In questi limiti si rinvia al c.d. criterio del «senso sociale del comportamento», teorizzato da Wessels-Beulke, che ravvisa il *discrimen* fra comportamento omissivo e commissivo per l'appunto in base al significato percepito dal sentire comune, v. Romano, *Commentario*, cit., 316.

[10] V. Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2000, 256. Per l'elaborazione del c.d. criterio dell'«impiego di energia» teorizzato da Engish, ove energia è intesa come prestazione, come fatica, che secondo l'autore competerebbe esclusivamente a comportamenti attivi, v. Romano, *Commentario*, cit., 315.

[11] Romano, *Commentario*, cit., 313.

Di attività, quindi, si avrà la *percezione* al momento in cui si scorga, nel quadro fattuale che contiene quella condotta umana, ed all'esito della stessa, un nuovo fattore cinetico di cui saggiare il procedere "in direzione" dell'evento. Di omissione, invece, si avrà la *comprensione* quando si attesti la mancata realizzazione dello schermo protettivo di volta in volta esatto dal paradigma normativo[12].

L'effettività del criterio – che assume un nozione prettamente pregiuridica di condotta attiva ed omissiva – ha la sua prova del nove proprio nelle situazioni c.d. di «intreccio simultaneo» ove più acuta si sente la complessità/equivocità del distinguo[13]; situazioni esemplificabili tramite la classica casistica di chi, dopo aver gettato la corda allo sventurato caduto nel burrone, la tiri su prima che costui riesca ad afferrarla (e tenti di farlo); o del medico che, omessa la corretta diagnosi, abbia prescritto un farmaco la cui assunzione abbia aggravato la situazione clinica del paziente ovvero non abbia inciso in alcun modo su codesto quadro.

La soluzione dettata dal propugnato criterio "umano" di differenziazione tra l'agire e l'omettere inquadra dunque nella prima ipotesi solo condotte attive, non sussistendo alcuna imposizione giuridica di agire in prospettiva dell'impedimento dell'evento: rispetto alle suddette condotte, peraltro, si giungerà limpidamente a negare l'esistenza di un rapporto di causalità penalmente rilevante con la morte dell'escursionista occorsa a seguito del suo precipitare una volta venuta meno la presa allo sperone di roccia. Omissione ed azione nella seconda ipotesi, ove altrettanto inappuntabile sembra la conclusione, rispettivamente, quanto alla concorrente efficacia condizionalistica di entrambe le condotte, la seconda consistita nella prescrizione peggiorativa; e quanto alla natura causale della sola omessa diagnosi ove connessa ad una prescrizione ininfluente.

3. Se di azione si tratta – anche rispetto alla vicenda concreta –, spetta allora puntualizzare le ricadute di un simile esito interpretativo sul prosieguo della ricostruzione della fattispecie astratta.

Per un verso, tale premessa consente di smarcare l'orizzonte ermeneutico dalle problematiche ricognitive della categoria omissiva impropria, in pratica a disimpegnare dalla ricerca di un obbligo giuridico di impedire

---

[12] Si allineano a quanto osservato nel testo le acute considerazioni di MARINUCCI, *Causalità reale e causalità ipotetica nell'omissione impropria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 524, per cui «ha senso interrogarsi sulla causalità *ipotetica* dell'azione *impeditiva* omessa dal garante, *solo dopo* aver previamente accertato, al di là di ogni ragionevole dubbio, la *causa reale* dell'*evento da impedire*. Va perciò appurato, *in primo luogo*, il rapporto di causalità naturalistica sfociato in un dato evento concreto verificatosi *hic et nunc* … Solo *in secondo luogo* andrà ricostruita la *causalità ipotetica* dell'azione doverosa omessa dal garante …».

[13] ROMANO, *Commentario*, cit., 314 s.

l'evento sussistente in capo agli imputati (chi ha apposto le spine-femmina al contatore senza apprestare per esse il necessario salva vita; e chi ha provveduto ad allacciare il cavo alla spina ed a stenderlo fino all'impianto dell'abitazione). La vacanza di un siffatto obbligo in capo ai protagonisti della fattispecie concreta impedisce *ab origine* la verifica dell'efficacia eziologica dell'omissione, che esige proprio l'individuazione di una posizione di garanzia per poter estrarre dal contenuto di questa il comportamento da addizionare mentalmente alle altre condizioni conosciute in sede di giudizio controfattuale[14].

Per altro verso, l'accertata inoperatività della clausola di equivalenza *ex* art. 40, comma 2, c.p., per ciascuno dei tratti comportamentali che descrivono lo svolgersi storico dell'accadimento - in altri termini, l'individuazione di comportamenti commissivi - impone di chiamare sulla scena il vaglio del meccanismo interruttivo che l'art. 41, comma 2, c.p. articola sulla *sufficienza a determinare l'evento* della causa sopravvenuta.

Una simile scansione della *condizione concorrente sufficiente*, che ne riconosce l'incompatibilità con la dimensione comportamentale omissiva, è la conseguenza di una interpretazione del disposto in richiamo che acquista in questa sfera i soli fattori sopravvenuti capaci di sconnettere l'evento concreto[15] dalla generica ed astratta forza eziologica altrimenti riconoscibile nella condotta antecedente rispetto all'ideal-tipo di evento conteggiato. Le condizioni omissive, proprio in quanto "negazione" di un intervento nella dinamica della realtà effettiva, rimangono invero ontologicamente prive di un simile vigore, "ridescrittivo" della sequela fattuale, dovendo esse risultare in *necessaria* connessione sinergica con fattori preesistenti o concomitanti che abbiano innescato quella potenzialità generativa che l'atteggiamento omissivo, dal canto suo, ha mancato di eliminare (o diminuire)[16].

---

[14] V., per tutti, Paliero, *La causalità dell'omissione*, cit., 821 ss.; Donini, *La causalità omissiva*, cit., 32 ss.

[15] Cfr. Stella, *Leggi scientifiche e spiegazione causale in diritto penale*, Milano, 1975, 264, per cui l'evento da prendere in considerazione è caratterizzato da «quegli accadimenti ed aspetti ripetibili, mancando i quali si dovrebbe dire che un evento del tipo previsto dalla norma non si sarebbe verificato *hic* o non si sarebbe verificato *nunc*».

[16] In termini Cass., sez. IV, 4 ottobre 2006, Lestingi e altro, in *Guida dir.*, 2007, n. 7, 82, che in fattispecie relativa alla sopravvenuta omissione di corretta terapia medica ha statuito - nella premessa che l'imperizia o la negligenza dei sanitari non costituisce un fatto imprevedibile ed atipico, ma un'ipotesi che si inserisce nello sviluppo della serie causale - come «mentre è possibile escludere il nesso di causa in situazioni di colpa commissiva, nel caso di omissioni di terapie che dovevano essere applicate per impedire le complicanze, l'errore del medico non può prescindere dall'evento che ha fatto sorgere la necessità della prestazione sanitaria, per cui la catena causale resta integra».

Lo schema esegetico appena rammentato si visualizza sullo sfondo della scissione tra le regole dettate, rispettivamente, dal comma 1 e dal comma 2 dell'art. 41 c.p.: se entrambe poggiano sul modello del giudizio controfattuale, che attesta come "cause" le condizioni necessarie alla luce di leggi scientifiche, l'una diverge dall'altra in quanto la prima riconosce la rilevanza di ciascuno dei plurimi fattori concorrenti che operano in termini di coordinazione efficiente; la seconda inquadra la *tipicità* della sola causa (sopravvenuta) che consiste in un insieme di condizioni (da solo sufficiente) diverso rispetto a quello cui appartiene la condotta umana[17].

Breve. Il pensiero un tempo dominante individuava nel capoverso dell'art. 41 la sede dell'imputazione oggettiva[18], come limite di natura normativa votato a mitigare i rigori dell'impostazione naturalistica della *condicio sine qua non*: a completamento, correttivo e chiusura del modello causale si intendevano eziologicamente significative le sole condotte che avessero creato o incrementato il pericolo giuridicamente riprovato del verificarsi dell'evento in cui tale pericolosità si fosse concretamente tradotta.

Oggi, riempito il modello condizionalistico di un contenuto nomologico/quantitativo (di idoneità generale ed astratta), tale aspirazione delimitativa ha perso la sua ragione originaria, lasciando intendere il disposto come prova "in negativo" della *necessità* della condizione umana rispetto alla verificazione dell'evento *hic et nunc* (anche quando ne abbia determinato il prodursi in una più grave dimensione o ne abbia accelerato significativamente i tempi del realizzarsi)[19]. L'art. 41 cpv. diviene allora la "porta

---

[17] V. Di Giovine, *Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause sufficienti e condizioni necessarie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 684 ss. In tal caso, precisa Di Martino, *Il nesso causale attivato da condotte omissive tra probabilità, certezza e accertamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 63, «si profila dunque una sorta di "concorso apparente" di modelli nosologici, fra i quali il giudice dovrà decidere; si tratta cioè di scegliere tra diverse ipotesi ricostruttive che possono spiegare l'evento, in modo funzionale a ciò che richiede l'imputazione giuridica penale».

[18] Cfr. Licci, *Teorie causali e rapporto di imputazione*, Napoli, 1996, *passim*; Donini, *La causalità omissiva*, cit., 38 ss.; Id., *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006, in particolare 61 ss., 77 ss.

[19] Cass., sez. IV, 11 luglio 2002, Macola ed altri, in *Cass. pen.*, 2003, 3383: «Il rapporto causale, sia nella causalità commissiva che in quella omissiva, va riferito non solo alla verificazione dell'evento prodottosi, ma anche alla natura ed ai tempi dell'offesa, nel senso che dovrà riconoscersi il rapporto in questione non solo nei casi in cui sia provato che l'intervento doveroso avrebbe evitato il prodursi dell'evento in concreto verificatosi o ne avrebbe cagionato uno di intensità lesiva inferiore, ma altresì nei casi in cui sia provato che l'evento si sarebbe verificato in tempi significativamente (non minuti od ore) più lontani, ovvero ancora quando alla condotta colposa sia ricollegabile un'accelerazione dei tempi di latenza di una malattia provocata da altra causa».

d'ingresso"[20] dell'accertamento in concreto della validità epistemologica di quella "legge scientifica" che includa nello spettro dei fattori causali il comportamento di specie, nel cui procedere – in vista della certezza processuale cui deve aspirare la ricostruzione anche di questa sfera della tipicità penale - andrà appurata l'inesistenza di decorsi eziologici ragionevolmente alternativi che quella condotta non contemperino nello specifico processo generativo[21].

Transitando sul piano della realtà dei fatti, la prospettiva *ex ante* della legge scientifica è pertanto costretta ad invertirsi, ciò confortando il richiamo alle sole concause sopravvenute[22]. La verifica del nesso eziologico "individuale" dovrà invero procedere *ex post*, risalendo a ritroso dal singolo, speciale, evento, tanto da interrompersi con l'imbattersi in una spiegazione ragionevolmente sufficiente, perché razionalmente esaustiva, dello svolgimento fenomenico di cui è l'esito, che sfochi la condotta *de qua*

---

[20] In questi termini Di Giovine, *Lo statuto epistemologico della causalità penale*, cit., 682 ss., che conclude individuando un rapporto di specularità tra comma 1 e comma 2 dell'art. 41 c.p., e quindi tra art. 40 ed art. 41, comma 2, c.p.: «(l'uno serve ad ascrivere la responsabilità, l'altro a negarla) ma [sono] identici nella sostanza». Cfr. Stella, *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 1224 ss.

[21] In questo senso, tali spiegazioni causali alternative finiscono per assumere un pregnante significato in punto di giudizio di sussistenza del nesso causale, indipendentemente dal riconoscimento del loro carattere cronologico di sopravvenienza: «a) Il nesso causale può essere ravvisato quando, alla stregua del giudizio controfattuale condotto sulla base di una generalizzata regola di esperienza o di una legge scientifica – universale o statistica - si accerti che, ipotizzandosi come realizzata dal medico la condotta doverosa impeditiva dell'evento *hic et nunc*, questo non si sarebbe verificato, ovvero si sarebbe verificato ma in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva. b) Non è consentito dedurre automaticamente dal coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica la conferma, o meno, dell'ipotesi accusatoria sull'esistenza del nesso causale, poiché il giudice deve verificare la validità nel caso concreto, sulla base delle circostanze del fatto e dell'evidenza disponibile, così che, all'esito del ragionamento probatorio che abbia altresì escluso l'interferenza di fattori alternativi, risulti giustificata e processualmente certa la conclusione che la condotta omissiva del medico è stata condizione necessaria dell'evento lesivo con "*alto o elevato grado di credibilità razionale*" o "*probabilità logica*". c) L'insufficienza, la contraddittorietà e l'incertezza del riscontro probatorio sulla ricostruzione del nesso causale, quindi il ragionevole dubbio, in base all'evidenza disponibile, sulla reale efficacia condizionante della condotta omissiva del medico rispetto ad altri fattori interagenti nella produzione dell'evento lesivo, comportano la neutralizzazione dell'ipotesi prospettata dall'accusa e l'esito assolutorio del giudizio», Cass., sez. un., 10 luglio 2002, Franzese, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 56.

[22] V. in proposito Fiandaca, *Causalità (rapporto di)*, in *Dig. disc. pen.*, II, Torino, 1988,130; Donini, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991, 377, nt. 119; Giunta, *Illiceità e colpevolezza,* cit., 400 ss.

- pure altrimenti rilevante in una (ben diversa) ottica di causalità generale - lasciandola sulla piattaforma della mera "presenza" storica[23].

La causa da sola sufficiente appare, in questa veste, inevitabilmente sopravvenuta. Essa infatti, per la sua qualità essenziale, dovrà giungere a produrre l'evento secondo un processo generativo che non si è ancora esplicato al momento del verificarsi della condotta umana, e che conduce all'avverarsi dell'effetto secondo un tragitto che non è significativamente influenzato da quella condotta umana, la quale non ne accelera il corso, non modifica le modalità del suo prodursi né i suoi caratteri peculiari[24].

4. I punti di snodo di una simile esegesi la dimostrano niente affatto collimante con quella maturata dalla decisione in commento. Come sopraffatta dall'urgenza di precludere le derive di oggettivismo della colpa, la pronuncia, prima ancora di sedersi a scolpire le coordinate di *umanità* della cooperazione colposa, si è difatti impegnata a colorare di *umanità* anche, e già, la causa penale, abbattendo "senza rumore" quelle solide fondamenta del giudizio di causalità che l'ormai guadagnata condivisione del metodo scientifico-razionale fin qui ha consentito di costruire.

Dal fioretto alla sciabola, la Cassazione non si è quindi limitata a rigettare il criterio della natura *indipendente* della causa escludente rispetto alla condizione rappresentata dalla condotta umana[25], ed a riabilitare l'interpretazione antoliseiana della causa da sola sufficiente, ma ha innescato una vera e propria ridefinizione del meccanismo di accertamento del nesso eziologico, che al fine compare agli occhi del giurista solo filtrato dalla prevedibilità.

In tre atti si riscrive così tutta la sceneggiatura della causalità penale di cui agli artt. 40 e 41 c.p., seguendo un tracciato che: accoglie al comma 1 dell'art. 41 c.p. il principio condizionalistico, o dell'equivalenza delle cause; questo tempera con l'espellere dal campo penale le condotte seguite da fattori esterni non controllabili dall'uomo (art. 41, comma 2, c.p.); in so-

---

[23] Per cui, il fattore eccezionale sopravvenuto può considerarsi da solo sufficiente a determinare l'evento quando, pur inserendosi cronologicamente nel prosieguo di una serie causale dipendente dall'altrui condotta, tuttavia «agisce per esclusiva forza propria nella determinazione dell'evento stesso in modo che la condotta dell'imputato … assume rispetto all'evento non il ruolo di fattore causale, ma di semplice occasione» (Cass., sez. IV, 21 giugno 1989, Micciché, in *Riv. pen.*, 1991, 218); ovvero di «mera condizione, antecedente necessario ma inidoneo ed inadeguato rispetto all'evento in concreto verificatosi» (Cass, sez. I, 22 gennaio 1980, De Santis, in *Cass. pen.*, 1981, 1767).

[24] MARTINI, *Art. 41 c.p.*, in *Codice penale*, a cura di Padovani, Milano, 2007, 290.

[25] Adottato invece, tra gli altri, da Cass., sez. V, 2 ottobre 1996, Paoletti, in *Cass. pen.*, 1997, 2715; Cass., sez. V, 13 febbraio 2002, Izzo, *ivi*, 2003, 2299.

stanza, considera l'uomo "autore" dell'evento solo se la sua condotta abbia rappresentato un fattore senza il quale il risultato concreto non si sarebbe avverato, e sempre che questo risultato non sia dovuto all'intervento di fattori anomali, eccezionali in quanto del tutto imprevedibili dall'uomo.

La pronuncia si attesta dunque allineata alle vicende giurisprudenziali che hanno solcato il capoverso tendendo ad una *inaffidabile* assimilazione tra il concetto di autonoma sufficienza e quello dell'eccezionalità[26], a sua volta tradotto nella "non conoscibilità in astratto".

Il fondamento della disciplina viene con ciò a riconoscersi poggiato su una considerazione d'ordine *lato sensu* soggettivo: le concause eccezionali sopravvenute sono inconoscibili ed imprevedibili per chiunque; quelle antecedenti e concomitanti possono invece, in astratto, essere conosciute[27], tanto bastando a sbarrare la strada all'eccezionalità e quindi a sancirne l'irrilevanza.

Ma una volta eletto il criterio dell' *umanamente imprevedibile* a scremare le condizioni occasionali dalle concause necessarie, si è presto costretti a ridettare il testo della norma, altrimenti rimessa ad un destino di irragionevolezza per ancorare l'efficacia interruttiva al dato temporale della sopravvenienza della causa da sola sufficiente[28]. Mentre è chiaro che l'abnorme, l'eccezionale, il non regolarmente rappresentabile, ben possa radicarsi anche in un contesto preesistente o concomitante rispetto al comportamento indagato[29].

Il tenore criticato fa trasparire l'affezione a quanto diffusamente sostenuto a margine dell'analisi dei reati colposi, ove la causalità della condotta si conta doversi escludere «non soltanto qualora risulti, con valutazione "ex post", che sopravvenute concause qualificate siano state da sole sufficienti a determinare l'evento, ma anche qualora l'evento non sia "ex ante" prevedibile» perché verificatosi «per un decorso del nesso causale totalmente

---

[26] Cass., sez. V, 27 marzo 1991, Rossini, in *Giust. pen.*, 1991, II, 665; Cass., sez. V, 4 febbraio 1993, Bevilacqua, *ivi*, 1994, II, 269; Cass., sez. IV, 16 ottobre 1998, Di Martino, *ivi*, 1999, II, 718; Cass., sez. IV, 10 gennaio 2001, D'Amelio, in *Riv pen.*, 2001, 545; Cass., sez. IV, 4 dicembre 2001, Taddeo, *ivi*, 2002, 476; Cass., sez. IV, 12 luglio 2002, Padovano, *ibidem*, 895.

[27] PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2008, 130.

[28] Ritengono il mancato riferimento alle concause antecedenti e concomitanti una "dimenticanza legislativa", colmabile attraverso l'estensione in via analogica del capoverso dell'art. 41, ovvero mediante il ricorso alla disciplina del caso fortuito *ex* art. 45 c.p., rispettivamente ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, 252 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2007, 148 s.

[29] PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 124. Secondo DALIA, *Le cause sopravvenute interruttive del nesso causale*, Napoli, 1975, 43, e ROMANO, *Commentario*, cit., 403, la delimitazione risponde ad una esigenza elementare di tutela dei soggetti più deboli.

abnorme o imprevedibile»[30]. Sicché, con questa premessa, non si fatica ad assegnare alle condotte degli imputati il carattere di antecedente causale colposo della condizione più prossima all'evento mortale, consistita nella realizzazione da parte del datore di lavoro di una rudimentale nastratura del filo proveniente dal contatore, previa estrapolazione del metallo conduttore dalla guaina isolante, e successivo collegamento all'impianto elettrico dell'abitazione: l'inidonea giunzione ha invero determinato la dispersione di elettricità tramitata dalla massa metallica attinta dalla persona offesa.

Tirando le fila. Se eccezionale è l'abnorme, è l'inopinato, è l'*oggettivamente imprevedibile in astratto*; se l'oggettiva ed astratta imprevedibilità dello sviluppo della condotta, per come concretatosi, è tale che all'agente non arride la capacità di rappresentarselo anticipatamente come conseguenza della sua azione od omissione; se, in sostanza, non è oggettivamente prevedibile proprio ciò che l'agente del caso concreto non poteva diligentemente prevedere come probabile, allora si vuole intendere che il metro di accertamento della causalità materiale debba specchiarsi nell'identità della regola cautelare che, sul versante soggettivo della fattispecie incriminatrice, regge la colpa.

La causalità scientifica scivola così, silenziosamente, nel territorio della causalità umana una volta abbattuta la barriera che demarca la dimensione oggettiva della causa dal contenuto della norma prudenziale, ed una volta disperso il *quid propri* della probabilità logica nei rigoli della prevedibilità colposa dell'evento: infine profilando l'esclusione della causalità ogni qualvolta non sia integrata la colpa.

Spetta allora ridisegnare i profili qui rimasti sfocati.

---

[30] Cass., sez. IV, 1 ottobre 2008, Zocco e altro, in *CED on line*, n. 242124; così anche Cass., sez. IV, 1 ottobre 1999, Altieri ed altri, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 469 ss. In dottrina, nel senso di escludere la causalità dell'azione od omissione che ha condizionato l'evento colposo «non solo quando, a posteriori, nel caso di specie non è stato approfondito il rischio creato dall'azione od omissione, ma anche quando l'evento non era *ex ante* prevedibile», PAGLIARO, *Causalità e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2005, 1057. Si rinvia anche alle considerazioni di VALLINI, *Cooperazione e concause*, cit., 482 s., per cui le c.d. serie causali autonome sono «situazioni che sopravvengono rispetto ad un procedimento eziologico "messo in moto" dalla condotta, ma non ancora terminato nell'evento, "sorpassandolo" mediante l'instaurazione di una nuova ed autonoma catena causale, sfociante invece concretamente in un altro evento dello stesso "tipo": di modo che, rispetto a quest'ultimo, la condotta iniziale non viene a prospettarsi quale *condicio sine qua non*»; mentre le concause eccezionali sono «evenienze che, lungi dal determinare un processo eziologico "autonomo" rispetto a quello instaurato dalla condotta iniziale, "intervengono" su quest'ultimo "deviandone" il corso in modo del tutto … "anomalo, imprevedibile ed estraneo". Il nesso condizionalistico tra condotta e risultato tipico, dunque, permane; ciò nondimeno, esso si attualizza con caratteri di assoluta "irregolarità" ed "anormalità", apparendo perciò inutilizzabile ai fini di un giudizio di iscrizione oggettiva del "fatto" di reato».

Lo schema condizionalistico (del giudizio controfattuale) integrato dal criterio della sussunzione sotto leggi scientifiche ammette difatti che all'esplicazione "penale" dei fenomeni – cioè alla descrizione di una successione regolare tra condotta ed evento tipico - partecipino fungibilmente leggi di copertura propriamente dotate di validità scientifica e generalizzate regole di esperienza[31], le une e le altre frutto della migliore scienza ed esperienza del momento storico[32]. Va però dettagliato che il sapere del giudice, cui questi attinge per indagare l'esistenza di siffatti parametri, è, incontestabilmente, il sapere del suo tempo, che regola, *ex post* rispetto al verificarsi dell'evento, il sopraddetto meccanismo di imputazione oggettiva, così sfruttando le maggiori conoscenze causali eventualmente intervenute nel corso del processo o comunque in epoca successiva ai fatti[33].

Tanto sposta di misura l'identità concettuale di queste regole generali di esperienza rispetto a quelle che, invece, fanno l'ossatura di un atteggiamento colposamente noncurante[34]: tal'ultime si rapportano al tempo dell'agente,

---

[31] In tema v. RONCO, *Aporie scientiste e certezza logico razionale: note in tema di nesso causale*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 250: «In altri termini, le generalizzazioni del senso comune sono basate sulla dimostrazione che l'effetto si è prodotto su un oggetto o su un decorso che ha una specifica disposizione a modificarsi nel senso di cui all'effetto e sulla dimostrazione che un certo fattore è componente di un accadimento complesso, che modifica o distrugge una situazione precedente ordinata o un sistema regolarmente funzionante. Ma la certezza cui il giudizio deve approdare non è di carattere scientifico, bensì di carattere logico/razionale, alla stregua della certezza che deve contrassegnare l'accertamento di tutti gli altri elementi del fatto». FUSELLI, *Ragionamento giudiziale e sillogismo*, in AA.VV., *Retorica, Processo, Verità*, a cura di Cavalla, Padova, 2005, 187, esplicita che il verosimile, che si consolida in regole di esperienza, è: «… in qualche modo "una forma di connessione dei fenomeni" che, sorta dall'esperienza stratificata nel tempo, anticipa, in qualche modo l'esperienza, rendendola intelligibile, alla maniera in cui l'universale illumina e rende chiaro il particolare. Il verosimile, ovvero la generalizzazione secondo il senso comune, che si condensa nella regola di esperienza, può essere compreso alla luce del rapporto tra l'universale e il particolare, ove universale è la regola di esperienza che si è formata in relazione alla totalità dei casi e particolare è la singola situazione concreta».

Sulla definizione e sul valore probatorio delle massime di esperienza v. in generale NOBILI, *Nuove polemiche sulle cosiddette "massime di esperienza"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, 123 ss.; MANDARINO, *Le massime d'esperienza nel giudizio penale e il loro controllo in cassazione*, Padova, 1999.

[32] Cass., sez. un., 10 luglio 2002, Franzese, cit., 52.

[33] Cfr. la giurisprudenza di merito e di legittimità in tema di esposizioni ad amianto occorse negli anni '60 quando era nomologicamente ignota la correlazione tra l'esposizione e il tumore mesotelioma pleurico, in particolare Pret. Torino, 9 febbraio 1995, Barbotto Beraud, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1447 ss.; App. Venezia, 15 gennaio 2001, Macola, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2001, 439 ss.; Cass., sez. IV, 18 febbraio 2003, Trioni e altri, in *Dir. e prat. del lavoro*, 2003, 1685.

[34] V. la sentenza di prime cure sul caso "Marghera", Trib. Venezia, sez. I, 22 ottobre 2001, Cefis e altri, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 1671: «… la misura della

al tempo cioè (*ex ante*)[35] in cui egli ha tenuto la condotta che proprio simili norme si muovevano a modulare per schermarne la rischiosità - si badi, una rischiosità morfologicamente definita[36] - e non contemplano quindi la *connessione necessaria* tra il comportamento intrapreso ed il risultato ottenutosi, ma il *rischio* che da quel tipo di condotta discenda il tipo di evento verificatosi *hic et nunc*[37].

---

diligenza dovuta, la cui inosservanza integra la sussistenza del profilo colposo del reato, è correlata alla prevedibilità dell'evento. Tale prevedibilità dell'evento dev'essere riconosciuta, in particolare per quanto riguarda l'esercizio di attività pericolose, sulla base del criterio della migliore scienza ed esperienza presenti in un determinato settore ed in un preciso momento storico, costituito dall'epoca in cui viene iniziata la condotta; infatti, nel momento in cui viene posta in essere la condotta iniziale, oggetto di valutazione, dev'essere preveduto e riconosciuto un evento come collegato alla violazione di un dovere di diligenza cui la condotta deve ispirarsi. La prevedibilità deve altresì riguardare un evento che possa concretamente ed effettivamente verificarsi e non già un evento di contenuto generico o realizzabile in via di mera ipotesi. La prevedibilità di un evento può essere formulata solo allorquando, al momento in cui viene compiuta la condotta iniziale, sussistano leggi scientifiche di copertura le quali permettano di stabilire che da una certa condotta possano conseguire determinati effetti». In termini Cass., sez. III, 21 maggio 1995, Cè, in *Cass. pen.*, 1996, 3667; Cass., sez. IV, 14 dicembre 2000, Cascarano ed altro, *ivi*, 2001, 3061; Cass., sez. IV, 25 ottobre 2006, C. ed altro, *ivi*, 2008, 323.

[35] Secondo il paradigma "classico" di accertamento del reato colposo di evento, v. in dottrina M. Gallo, *Colpa penale (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, Milano, VII, 1960, 637 ss.; Marinucci, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965; Castaldo, *L'imputazione oggettiva dell'evento nel delitto colposo d'evento*, Napoli, 1989; Forti, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, 359 ss.; Giunta, *Illiceità e colpevolezza*, cit., 194 ss.; Fornari, *Descrizione dell'evento e prevedibilità del decorso causale: «passi avanti» della giurisprudenza sul terreno dell'imputazione colposa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 725 ss.; Veneziani, *Regole cautelari "proprie" e "improprie" nella prospettiva delle fattispecie colpose casualmente orientate*, Padova, 2003, 49 ss.

[36] Piergallini, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza del tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 1687 ss., 1692.

[37] Cfr. le riflessioni, che ritengono integrata la prevedibilità dell'evento nella mera rappresentabilità di un evento generico di danno alla vita o alla salute, sviluppate da App. Venezia, sez. II, 15 dicembre 2004, p.m. in proc. Cefis ed altri, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 1679 s., per cui «nell'ordinamento penale e nello specifico nei reati con evento di danno alla persona, quali l'omicidio colposo o le lesioni personali colpose, la prevedibilità di evento dannoso che spinge il legislatore a dettare la condotta da tenere o l'agente ad uniformarsi ad un comportamento da agente modello, non può essere ritenuta prevedibilità di un evento tipico conosciuto o conoscibile in forza di specifica e conosciuta o conoscibile norma scientifica di copertura generalmente accettata nella comunità scientifica»: «dunque non può ritenersi ai fini della sussistenza del requisito della prevedibilità, la necessità, né nella colpa generica né tantomeno nella colpa specifica, della conoscenza da parte dell'agente dei meccanismi causali della sostanza in oggetto spiegati da una legge scientifica di copertura. In ambito di colpa il parametro è il rischio». Analogamente, Cass., sez.

A parziale conclusione: sebbene possano occasionalmente trovarsi a coincidere rispetto ad un fatto singolare, tanto rende chiaro come le une regole – di *accertamento* della causalità – siano giuridicamente irriducibili rispetto alle altre – *costitutive* della colpa.

Alla fine dei conti, non va quindi negletta la partitura che l'ortodossia giuridica pone alle spalle del distinguo corrente tra causalità materiale e c.d. causalità come nesso di imputazione interno alla colpa. Del resto, proprio in questa direzione si protendeva la sentenza d'appello col sillabare la struttura bifasica (oggettiva e soggettiva) della tipicità penale, e col disegnare un percorso (in parte discutibile) dell'esame della qualifica colposa del fatto che in primo esige la verifica di un comportamento connotato dalla violazione di regole cautelari; quindi il computo della portata condizionalistica della condotta rispetto al risultato penalmente rilevante; di seguito, l'accertamento della prevedibilità del rischio che ha trovato concretizzazione nell'evento e l'evitabilità dello stesso[38].

IV, 22 novembre 2007, B. e altro, in *CED on line*, n. 238777: «Per l'accertamento della causalità *ex* art. 40 c.p., come è noto, il criterio per ricollegare l'evento alla condotta è fondato, a seguito della sentenza delle Sezioni Unite, 10 luglio 2002, Franzese, sull'alto o elevato grado di credibilità razionale o probabilità logica. Ai fini della imputazione soggettiva dell'evento al soggetto agente, ai sensi dell'art. 43 c.p., la prevedibilità dell'evento dannoso, ossia la rappresentazione in capo all'agente della potenzialità dannosa del proprio agire, può riconnettersi, invece, anche alla probabilità o anche solo alla possibilità (purchè fondata su elementi concreti e non solo congetturali) che queste conseguenze dannose si producano, non potendosi limitare tale rappresentazione alle solo situazioni in cui sussista in tal senso una certezza scientifica. Tale conclusione è fondata sul condivisibile rilievo che le regole che disciplinano l'elemento soggettivo hanno funzione precauzionale e la precauzione richiede che si adottino certe cautele per evitare il verificarsi di eventi dannosi, anche se scientificamente non certi ed anche se non preventivamente e specificamente individuati. Tale possibilità deve possedere il requisito della concretezza, nel senso che è richiesta la concretezza del rischio. E, in tema di ambiente e di tutela della vita e della salute dei consociati, il rischio diviene concreto anche solo laddove la mancata adozione delle cautele preventive possa indurre il dubbio concreto della verificazione dell'evento dannoso. In questi casi, anzi, l'obbligo di prevenzione a carico dell'agente non può limitarsi solo ai rischi riconosciuti come sussistenti dal consenso generalizzato della comunità scientifica - costituente, a seguito della interpretazione giurisprudenziale solo uno dei criteri utilizzabili dal giudice per avere la conferma della validità della prova scientifica - e alla adozione delle sole misure preventive generalmente praticate»; Cass., sez. IV, 11 aprile 2008, M. e altro, in *CED on line*, n. 240517, affermando come «la prevedibilità dell'evento non significa rappresentazione precisa di quello che si è verificato in tutta la sua gravità, ma conoscenza della potenziale idoneità della condotta antidoverosa di dare vita ad effetti dannosi per la salute».

[38] Così App. Perugia, 26 gennaio 2005, cit., 2709, che in altro passaggio scriveva: « … in quanto l'azione tipica del delitto colposo è quella che, nella serie degli atti condizionanti l'evento, dà luogo ad una situazione di contrarietà con uno dei criteri

Segnatamente, la strutturale diversità tra illecito penale doloso e colposo non sorge sul terreno della causalità: il *quid pluris*, sentito come strutturante la fattispecie colposa, non partecipa affatto alla descrizione dell'eziologia penalmente rilevante. Ma alla sola costituzione della colpa.

5. Su questo piano, soggettivo, gioca la consapevolezza degli agenti, ovvero la prevedibilità che ad essi si imponeva, della criticità della situazione legata alla mancata predisposizione del salva-vita e di una accurata giuntura.

Varcata questa dimensione, e posta in discussione la configurabilità del concorso di persone nel reato colposo alla stregua del modello tagliato dall'art. 113 c.p., la decisione segue il percorso ormai assodato che coniuga alla "ordinaria" composizione del requisito psichico della colpa il dippiù (rispetto al concorso di cause colpose indipendenti) implicato nella coscienza dell'altrui partecipazione, che significa conoscenza dell'intersecazione tra il proprio e l'altrui comportamento nell'ambito della gestione organizzata di un dato canale di rischio[39].

La contingenza della contestuale esecuzione degli incriminati lavori di spostamento del contatore, fenomenicamente definita e pienamente condivisa a livello intellettivo da parte di ciascuno dei partecipi, sorregge quindi la conclusione circa l'integrazione dell'indagato paradigma concorsuale. Una volta riscontrata la violazione di regole cautelari in ciascuna delle condotte considerate, ed assunta la prevedibilità del rischio ingenerato dall'intersecazione sincronica delle condotte, si giunge così ad abbandonare le tesi della necessaria conoscenza delle specifiche condotte interagenti, come della colposità che le colori[40], e finanche dell'identità dei cooperanti[41].

---

di qualificazione richiamati dalla definizione legislativa della colpa. Per questo è frequente in giurisprudenza il richiamo all'esigenza di un rapporto di causalità fra la condotta colposa e l'evento. Ma ciò presuppone pur sempre, innanzitutto, la sussistenza del nesso di causalità materiale, definito ed accertato secondo le regole a ciò pertinenti. Il carattere colposo della condotta infatti è un presupposto della responsabilità penale che si aggiunge alla causalità, senza sostituirla e senza incidere sui criteri di accertamento della causalità per cui solo in relazione a condotte (attive od omissive), che siano causali rispetto all'evento, si pone il problema ulteriore della colpa», 2078.

[39] Da ultimo v. Cass., sez. IV, 5 giugno 2003, n. 1196, Foni, in *Studium iuris*, 2003, 1525 s. V. anche App. Perugia, 11 ottobre 2002, Capalbo e altro, in *questa Rivista*, 2002, 605 ss. In dottrina, tra gli altri, Antolisei, *Manuale di diritto penale*, cit., 589; F. Mantovani, *Diritto* penale, cit., 522 ss.

[40] Così Latagliata, *Cooperazione nel delitto colposo*, in *Enc. dir.*, Milano, X, 1962, 615.

[41] In termini Cass., sez. IV, 7 aprile 2004, S. e altro, in *Cass. pen.*, 2005, 2587.

Le rapide osservazioni con cui il giudice di legittimità inquadra tale porzione della vicenda, rinvigorendo l'intendimento che la prevedibilità strutturante la colpa significhi *riconoscibilità in concreto del pericolo attualizzatosi*, non nascondono la condivisione dell'idea che alla norma di cui all'art. 113 c.p. appartenga una funzione di disciplina, ponendosi così a distanza dall'interpretazione che le assegna una funzione incriminatrice, a seconda delle opinioni sul campo confinabile ai soli reati a forma vincolata[42] o piuttosto rinvenibile anche nello spettro dei reati a forma libera[43].

Vero è che l'impostazione predominante risolve il concorso colposo nel delitto colposo nel concorrere di condotte colpose causalmente efficienti nella produzione dell'evento, unificate dall'elemento psicologico della coscienza e volontà di cooperare nell'attività (o nell'omissione) da cui scaturirà l'evento non voluto da alcuno[44].

In pratica, si esige che il significato penale delle singole condotte *de quibus* già rimanga assicurato dalla fattispecie "monosoggettivamente" colposa, di per sé integrata da quanto posto in essere da ciascun soggetto, mentre al nesso psichico che lega la pluralità di comportamenti si riconosce una funzionalità disciplinare, peraltro consentendo l'applicazione di talune delle aggravanti speciali che insistono nella dimensione concorsuale (art. 113, comma 2, c.p.)[45].

Allo stato dell'arte, l'approdo rimarrebbe insuperabile proprio sul fronte dei reati causali puri di evento come l'omicidio colposo, che stante il carattere eccezionale e sussidiario dell'imputazione colposa nei delitti, si

---

[42] V. Albeggiani, *I reati di agevolazione colposa*, Milano, 1984, 180 ss.; Severino Di Benedetto, *La cooperazione nel delitto colposo*, Milano, 1988, 117 ss.

[43] V. Fiandaca-Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007, 567. Sulla funzione incriminatrice svolta dall'art. 113 c.p. App. Perugia, 26 gennaio 2005, cit., 2708, aveva preso esplicita posizione positiva, rinvenendo nella norma una clausola di estensione della punibilità: al pari di quanto apprezzabile per l'art. 110 c.p., in rapporto ai reati causali puri di evento essa si intende ampliare l'area di incriminazione «a quelle condotte che, rispetto all'evento finale, in sé e per sé considerate, sono dotate di un ancora generico grado di pericolosità, che si estrinseca poi compiutamente nella combinazione con condotte colpose altrui che, eventualmente, presentino un rischio più specifico o più prossimo rispetto all'evento stesso. Queste ultime, inserendosi in una situazione già pericolosa creata a monte, non sono idonee ad interrompere il nesso causale ergendosi … a causa di per sé sola sufficiente a cagionare l'evento».

[44] Contraria la conclusione cui perviene l'orientamento che, ribadendo la natura normativa della colpa, nega che al fenomeno della cooperazione colposa afferisca una componente strutturale psicologica, così tra gli altri Giunta, *Illiceità e colpevolezza*, cit., 452.

[45] In quest'ottica, dubbi sulla «autonomia dogmatica» e sulla «plausibilità politico-criminale» della disposizione sono formulati da Risicato, *Il concorso colposo tra vecchie e nuove incertezze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 162 ss.; Pighi, *La Cassazione e l'incerta autonomia della cooperazione colposa*, in *Cass., pen.*, 2005, 830.

scoprono stretti nell'alternativa tra la punibilità implicata dal contrasto ravvisabile con una specifica regola precauzionale e la lecita atipicità di un atteggiamento non violativo di alcuna norma di diligenza[46].

Nondimeno, la questione merita di essere riaffrontata dopo aver puntualmente scisso, entro la tipicità dell'indagata forma di manifestazione del reato, il versante oggettivo da quello soggettivo.

Sì da osservare l'esistenza, nello spazio della compartecipazione colposa come dolosa, di condotte solo *mediatamente* efficienti, che cioè diventano attualmente e specificamente pericolose all'incontro con l'altrui condotta[47].

Ne consegue come, in corrispondenza alla previsione del concorso doloso *ex* art. 110 c.p., anche a detta dell'art. 113 c.p. risulti ampliato il metro oggettivo dell'imputazione, per rinvenirsi la rilevanza "causale" di contributi cooperativi pur non assurgenti a condizioni necessarie della causa sufficiente ai sensi degli artt. 40 e 41 c.p.[48]; condotte quindi altrimenti atipiche, incomplete, di semplice partecipazione, che si compenetrano e si coniugano con altre condotte tipiche[49].

A conforto di questa esegesi, rivitalizzante l'operatività incriminatrice dell'art. 113 c.p.[50], sta la disposizione aggravante del capoverso, ove è contemplato il fatto di determinare altri a cooperare nel delitto[51]; e la dizione dell'art. 114 c.p., che acclude alla disciplina del concorso colposo la circostanza attenuante del contributo di partecipazione di minima importanza nella preparazione o nell'esecuzione del reato, dando spazio alla configurabilità

---

[46] Fiandaca-Musco, *Diritto penale*, cit., 568 ss.

[47] Pedrazzi, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952, 75; Cass., sez. IV, 2 dicembre 2008, Tomaccio ed altri, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 571 ss., con nota adesiva di Risicato, *Cooperazione in eccesso colposo: concorso "improprio" o compartecipazione in colpa "impropria"?*, *ibidem*, 578 ss.

[48] Per l'approfondimento del profilo problematico in richiamo, con specifico riguardo all'art. 110 c.p., si consenta il rinvio all'analisi di Falcinelli, *Sull'identità del contributo* causale*: dalla prospettiva condizionalistica alla dimensione tipica dell'illecito concorsuale*, in *questa Rivista*, 2005, 669 ss.

[49] V. Cass., sez. IV, 2 dicembre 2008, Tomaccio ed altri, cit., 576: «In tutte tali situazioni ciascun agente dovrà agire tenendo conto del ruolo e della condotta altrui. Si genera così un legame ed un'integrazione tra le condotte che opera non solo sul piano dell'azione, ma anche sul regime cautelare, richiedendo a ciascuno di rapportarsi, preoccupandosene, pure alla condotta degli altri soggetti coinvolti nel contesto. Tale pretesa d'interazione prudente individua, sembra a questa Corte, il canone per definire il fondamento ed i limiti della colpa di cooperazione. La stessa pretesa giustifica la deviazione rispetto al principio di affidamento e di autoresponsabilità, insita nell'idea di cooperazione colposa».

[50] Nel senso che «nulla esclude che l'art. 113 c.p. possa svolgere anche una funzione incriminatrice rispetto a condotte che non sarebbero di per sé rilevanti nel quadro della fattispecie monosoggettiva, Padovani, *Diritto penale*, cit., 295.

[51] V. Latagliata, *Cooperazione nel delitto colposo*, cit., 618.

di condotte colpose atipiche di mera agevolazione distinguibili logicamente e temporalmente da quelle dell'autore[52].

Tanto viene a descrivere l'insieme di quelle circostanze di fatto, inerenti alla condotta ed al contesto in cui si svolge l'azione, che costituisce il substrato materiale della qualifica di negligenza, imprudenza o imperizia, ove si rinvengono sommati in unità l'*obbligo primario*, del rispetto delle regole cautelari proprie del tipo di attività da ciascuno svolta; e l'*obbligo secondario* di adottare le misure necessarie per ovviare ai rischi degli altrui scorretti comportamenti.

Rimane dunque costante la validità del modello di imputazione soggettiva colposa descritto dall'art. 43 c.p.: ancorato alla violazione di una regola precauzionale – diversa dalla norma penale che incrimina il reato base – ed a coefficienti di evitabilità e di prevedibilità in concreto del rischio dell'evento, esso pretende che un siffatto requisito intellettivo (di prevedibilità) venga vagliato dal punto di vista di un razionale agente modello che si trovi nella concreta situazione dell'agente reale ed alla stregua di tutte le circostanze del caso concreto conosciute o conoscibili dall'agente reale[53].

Proprio in virtù di questo schema la misura della diligenza esigibile dal singolo dovrà qui essere scritta in rapporto all'intreccio comportamentale storicamente determinatosi, acquistando un ruolo fondante la rappresentazione dell'interagire con altri - non sufficiente la generica prevedibilità[54] -, che, sola, rende attuale la (percezione o) percepibilità della specifica situazione di rischio insorta, per fronteggiare la quale si impone l'adottarsi di determinate misure modali. D'altronde, il concetto di *affidamento nell'altrui operato* non fa che evocare questo meccanismo definitorio della *regola cautelare del caso concreto*, accrescendo le cautele efficienti ovvero estendendole - come è nell'accadimento in decisione - a quei soggetti che nell'ambito di un determinato contesto (e di una determinata organizzazione) pur si trovino a svolgere un ruolo prettamente "esecutivo", ovvero subalterno e meno qualificato[55].

L'invocato principio di affidamento si radica difatti in situazioni di rischio che implicano la convergenza di attività rischiose giuridicamente autorizzate, esplicate da più soggetti con obblighi di diligenza "divisi" (perché di diverso contenuto), scritti o non scritti, propri delle attività rispettiva-

---

[52] ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, cit., 181.

[53] Si veda il fondamentale *dictum* di Cass., sez. un., 22 gennaio 2009, Ronci, in *CED on line*, n. 243381.

[54] In argomento si rinvia anche alle distinte considerazioni di RISICATO, *Il concorso colposo*, cit., 160, secondo la quale ravvisare l'elemento soggettivo della cooperazione colposa nella rappresentabilità del concorrere dell'altrui condotta significherebbe negare l'autonomia del modello della cooperazione colposa nel campo dei reati casualmente orientati, dovendosi sempre contare condotte di per sé colpose.

[55] Individua la portata incriminatrice dell'art. 113 c.p. tramite l'emersione di regole cautelari "di secondo grado", aventi ad oggetto l'impedimento del fatto illecito altrui, COGNETTA, *La cooperazione nel delitto colposo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, 74.

mente svolte ed aventi la funzione preventiva di escluderne o contenerne la pericolosità. Si definisce quindi come potere/dovere, spettante a ciascuno di tali soggetti, di reciprocamente confidare sul rispetto di simili regole cautelari[56]: insomma, una "legittima fiducia" perimetrata dalla evitabilità e dalla previsione o prevedibilità, in rapporto alla situazione concreta, del comportamento scorretto altrui, inosservante le direttive precauzionali[57].

La condotta cooperativa punibile, colposamente incauta, finisce quindi per essere fotografata nella disattenzione prestata da chi, consapevole dell'intersecarsi sincronico o diacronico (orizzontale e/o verticale)[58] della pluralità di comportamenti[59], non solo non abbia operato in guisa appropriata rispetto alla condotta che gli si imponeva individualmente, ma non abbia realizzato una accorta congiunzione con l'altrui condotta, se del caso intervenendo per moderarla, regolarla, modificarla: essendo egli *autorizzato* a svolgere quella attività solo in presenza di un siffatto *presupposto*[60].

Ecco, allora, come la diligenza collettiva filtra la colpa di concorso dichiarando inadeguata la condotta degli agenti che non abbiano opportunamente considerato la situazione concreta col filtro delle proprie specifiche capacità culturali, sebbene ne risultasse agevolmente riconoscibile quella *pericolosità complessiva* infine singolarmente rimproverabile per fatto proprio a ciascun compartecipe[61].

DANIELA FALCINELLI

---

[56] In proposito, si rinvia all'efficace definizione formulata da F. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 536.

[57] Sembra plausibile ricondurre entro questo limite del principio di affidamento l'altro, ordinariamente enucleato dalla tradizione esegetica (in ultimo F. MANTOVANI, *Il principio di affidamento*, cit., 544 ss.), consistente nell'obbligo del soggetto, per la sua particolare posizione gerarchica, di sorvegliare, controllare e coordinare le attività altrui per prevenire e correggere l'altrui scorretto agire: l'autonomia concettuale di questo "limite", difatti, pare piuttosto valere sul terreno dell'individuazione di una condotta omissiva "tipica". Sull'elasticità dei limiti che l'ordinamento riconosce alla validità del principio di affidamento, FIANDACA–MUSCO, *Diritto penale*, cit., 548 ss.

[58] Cfr. F. MANTOVANI, *Il principio di affidamento*, cit., 539.

[59] Per il costante orientamento in tema di attività chirurgica di équipe, Cass., sez. IV, 5 gennaio 1982, Fenza, in *Cass. pen.*, 1983, 1543 ss.; Cass., sez. IV, 6 ottobre 1999, Tretti, *ivi*, 2000, 1978 ss.; Cass., sez. IV, 20 gennaio 2004, Marandola e altro, *ivi*, 2005, 2990 ss.

[60] Sul contenuto delle norme cautelari "speciali", cfr. F. MANTOVANI, *Il principio di affidamento*, cit., 537.

[61] V. Cass., sez. IV, 30 ottobre 1998, Capelli, in *Cass. pen.*, 1999, 3449.

CORTE D'APPELLO DI PERUGIA – 28 aprile 2009 – *Pres.* MEDORO – *Est.* BORSINI – S.

Reati contro la persona – Delitti contro la libertà individuale – Violenza sessuale – Procedibilità a querela – Deroghe – Connessione con delitto procedibile d'ufficio – Ambito di riferibilità – Connessione "tecnica" – Necessità – Conseguenze – Improcedibilità – Fattispecie (c.p., art. 609 *septies*).

In tema di reati sessuali, ai fini della procedibilità d'ufficio nel caso, previsto dall'art. 609 septies*, comma 4, n. 4, cod. pen., di connessione con delitto perseguibile d'ufficio, è necessario un vincolo connettivo "in senso tecnico", in difetto del quale – in caso di difetto di querela o di intempestività della stessa – va dichiarata l'improcedibilità dell'azione penale. (Fattispecie in cui la Corte d'Appello ha affermato la totale autonomia, rispetto al reato sessuale, delle condotte estorsive e minatorie perpetrate dall'imputato ai danni della persona offesa, in quanto commesse con modalità di tempo e di luogo diverse e quindi non poste in essere allo scopo di ottenere denaro, bensì esclusivamente per fini di libidine)* (1).

(*Omissis)*. Con sentenza in data 19 novembre 2007, il Tribunale di Perugia, in composizione collegiale, riconosceva S.A. colpevole dei delitti di estorsione continuata, violenza sessuale continuata e minacce gravi nei confronti di M.V., fatti commessi in Perugia, dal marzo 2000 e fino al 9 ottobre 2001 e, uniti tutti i reati sotto il vincolo della continuazione, lo condannava alla pena di anni 8 di reclusione ed euro 1.500,00 di multa, pena condonata nella misura di anni 3 ed di euro 1.110,00 di multa; lo dichiarava interdetto in perpetuo dai pubblici uffici e in stato di interdizione legale durante l'espiazione della pena, nonché interdetto in perpetuo da ogni ufficio attinente la tutela e la curatela; lo condannava al risarcimento dei danni in favore della parte civile, da liquidarsi in separata sede e a rifondere le spese di costituzione e difesa da questa sostenuta, assegnandole una provvisionale immediatamente esecutiva, pari ad euro 50.000,00.

I primi giudici premettevano che i reati contestati avevano per presupposto un rapporto sentimentale tra la ragazza, allora diciannovenne ed il S., rapporto che non era ben visto dai familiari della ragazza stessa; che dopo i primi mesi tale rapporto subì un peggioramento, a decorrere dal febbraio 2000, dopo che la M. era rimasta incinta e che, cominciando a nutrire i primi dubbi sulla affidabilità del compagno, aveva deciso di abortire, cosa che fece all'insaputa dello stesso, riferendogli, poi, di aver subito un aborto spontaneo ma senza convincerlo, tanto che, a seguito

di ripetute pressioni, fu costretta a confessargli la verità; che seguì una reazione violentissima dell'uomo, che le intimò, per pagare ciò che aveva fatto, di portargli la somma di lire 2.500.000 e, in seguito, altre somme, con la minaccia di rivelare al padre di lei ciò che aveva fatto, costringendola a chiedere prestiti, e sottoponendola a continue minacce di violenza, cui dava anche seguito, tanto da aver dovuto ricorrere al Pronto soccorso, senza, peraltro, denunciarlo e nascondendo i segni delle violenze ai prossimi congiunti; che nell'ottobre del 2000 il S. si portò in casa una prostituta rumena e cercò di coinvolgere la fidanzata nei rapporti sessuali con costei, tanto che nel dicembre 2000 la costrinse, contro la sua volontà, ad un rapporto a tre, colpendola con pugni e schiaffi e la stessa cosa si ripeté il giorno successivo; che in altre due occasioni, nel febbraio e nell'aprile 2001, la ragazza fu violentata da S.; che dopo l'ultimo episodio erano cessate le violenze sessuali, ma non le richieste di consegna di denaro, interrottesi il 22 agosto 2001, quando, a seguito di intervento della madre, peraltro tuttora ignara dell'identità del ricattatore, la M. si decise a rivelare alla p.g. il nome del ricattatore stesso e, durante la verbalizzazione delle dichiarazioni, intervenne una telefonata del S., il cui numero apparve sul display del cellulare della donna, con la richiesta di portargli lire 20.000.000, accontentandosi poi della somma di lire 1.000.000, unica somma nella disponibilità della donna, ciò che consentì al m.llo I. di fotocopiare le banconote, fornite dalla madre della ragazza e, quindi, di partecipare, in incognito, all'incontro dei due in una palestra, procedendo, quindi, al suo arresto, dopo aver assistito ad un'aggressione dell'imputato nei confronti della ragazza e aver recuperato le banconote fotocopiate, all'interno del marsupio dello stesso; che la ragazza, già fatta oggetto di minacce a mezzo sms, continuò a subire minacce anche dopo la scarcerazione.

La responsabilità penale del S. veniva fondata, oltre che sulle testimonianze degli agenti di p.g., sulle dichiarazioni della persona offesa, (sulla cui complessa personalità e la situazione che la indusse a sopportare a lungo il suo stato di soggezione i primi giudici si soffermano lungamente), dichiarazioni ritenute attendibili, al di là della costituzione di parte civile e, quindi, dell'aspettativa creditoria, in quanto riscontrate dall'intervento dei CC nella flagranza del'ultima estorsione, tenuto conto che a sollecitare tale intervento fu la madre e non la ragazza, dalla telefonata intervenuta in corso di verbalizzazione, dagli sms rimasti in memoria; dalle dichiarazioni della madre e della sorella di costei, sull'interruzione della gravidanza, sulle continue richieste di denaro, giustificate con debiti di gioco e prelievi, di nascosto, di denaro, anche da un conto in comune con la sorella, da parte della congiunta, prelievi provati anche documentalmente; dalla testimonianza dei titolari di una officina meccanica in merito al pagamento, da parte della M., delle riparazioni

dell'auto dell'imputato e su un episodio, riferito dal P., di aggressione fisica della ragazza da parte di quest'ultimo; dalla testimonianza del titolare del locale "K.P.", frequentato dalla coppia, sui continui litigi, sui maltrattamenti subiti dalla donna e, *de relato*, sulle continue richieste di denaro da parte del S. e, per testimonianza diretta, sulla consegna a quest'ultimo, da parte della ragazza, di un rotolo di banconote; dalle testimonianze del cameriere del bar "L'O. S.", sull'aggressività dell'imputato verso la ragazza e sui pagamenti delle consumazioni da parte di quest'ultima; dalla testimonianza dell'amica M.G., in merito a litigi e percosse, al timore nutrito dalla M. nei confronti del S. ed alle ecchimosi che ebbe a notare sulla ragazza; dalla testimonianza della dott.ssa S., ginecologa, sulla gravidanza e sulle ecchimosi riscontrate sul corpo, in particolare sulle cosce, della ragazza; infine, dalla documentazione medica acquisita.

La somma liquidata a titolo di provvisionale veniva giustificata sia in relazione agli esborsi patiti, sia in relazione alla gravità delle condotte di reato e della durata delle stesse.

Avverso la sentenza proponeva appello, a mezzo del difensore, l'imputato, chiedendo, in via preliminare, la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale per il suo esame e l'eventuale confronto con la persona offesa, basandosi le accuse per taluni fatti esclusivamente sulla versione fornita dalla parte civile, ma anche per gli altri fatti essendo gli asseriti riscontri fondati su testimonianza *de relato*; in via principale, chiedeva l'assoluzione, stante la contraddittorietà della motivazione dell'impugnata sentenza, la quale non ha dato sufficiente atto dei motivi per i quali la situazione vessatoria si protrasse per anni, anche durante la convivenza con la rumena e, peraltro, senza aver preso in considerazione ipotesi alternative, in particolare il fatto che la ragazza aveva accettato e condiviso lo stile di vita istauratosi nel rapporto con esso imputato, non certo condivisibile dai suoi familiari e senza aver tenuto in debito conto quanto riferito dai testi M. e A. circa un episodio avvenuto nel bagno del bar "L'O. S.", tra la M. e la cittadina rumena; deduceva che la sentenza aveva dato atto dei prelievi, ma che non risultata provata la destinazione ad esso imputato delle somme, che peraltro e non nella misura indicata dalla denunciante, altro non erano che contributi al mantenimento del tenore di vita della coppia; deduceva, inoltre, l'insussistenza del reato di violenza sessuale per tardività della querela, non essendovi connessione oggettiva con il reato di estorsione, risultato del tutto autonomo, in subordine, chiedeva la concessione delle attenuanti generiche, immotivatamente negate; in ogni caso, chiedeva la riduzione della pena, essendo stato il *quantum* calcolato senza fornire adeguata motivazione.

All'udienza odierna, rigettata la richiesta di parte civile di procedere

a porte chiuse, effettuate e lette le dichiarazioni spontanee da parte dell'imputato, sulle conclusioni delle parti, questa Corte ha deciso come in dispositivo.

Motivi della decisione

La difesa dell'imputato ha contestato la credibilità della persona offesa, alla luce anche delle dichiarazioni oggi rese dal S., tendenti a dimostrare che nessuna violenza, sia fisica che morale, fu esercitata sulla M., caduta preda di una "attrazione fatale" nei confronti di costui e procurandogli, perciò, di sua libera iniziativa, i mezzi di sostentamento ed assecondandone, se non provocandone, gli appetiti sessuali.

Ritiene, al contrario, il collegio di dover condividere le considerazioni dei primi giudici sulla credibilità della teste.

Non è in discussione il fatto che la donna, per un lungo periodo, rimase emotivamente coinvolta in un intenso rapporto erotico-sentimentale intrattenuto con l'imputato, né sulla dipendenza di costei nei confronti dell'uomo, del resto documentata dalle produzioni della difesa.

Da ciò, tuttavia, non può evincersi che non siano vere le accuse di violenza, minaccia ed estorsione dalla stessa patite.

Ed invero, l'odierno appellante disponeva di un argomento più che convincente per piegare la ragazza ai suoi voleri e alle sempre più pressanti richieste di denaro: la minaccia di lasciarla, procurandole, per tale solo fatto, angoscia e disperazione e, una volta soggiogata, metodi più sbrigativi (percosse e minacce) per indurla ad esaudire le sue richieste, specialmente dopo la decisione di interrompere il rapporto, finalmente maturata da parte della donna.

Né risultano prospettive di chiarimento da un confronto tra la M. ed il S., confronto a cui l'imputato si è colpevolmente sottratto nel giudizio di primo grado.

La credibilità della vittima ha avuto, intanto, un positivo riscontro in occasione dell'arresto del S.

Proposta, in data 24 agosto 2001, la denuncia querela ai Carabinieri della Compagnia di Perugia, dalla M. nei confronti del S., in cui si rappresentava la continua richiesta di somme di denaro da parte del denunciato, i militari potevano prendere cognizione, nel corso della redazione della detta denuncia, di una telefonata pervenuta alla M., con la quale il S. insisteva nella richiesta della somma di lire 20.000.000, fattale la sera precedente e del fatto che la donna avesse risposto che al momento avesse la disponibilità della sola somma di lire 1.000.000, nonché degli accordi per la consegna di tale somma; a quel punto, veniva organizzata dai militari "una trappola", consistita nel fotocopiare le dieci banconote da lire 100.000 ciascuna, che la ragazza avrebbe dovuto consegnare, alle 18.00 dello stesso giorno, presso la palestra di Ponte San Giovanni, frequentata dall'imputato di detta palestra, il quale, nell'occasione, oltre

alla consegna del denaro, poté constatare *de visu* che la ragazza venne attinta dall'imputato con un colpo alla testa e due calci alle gambe e costui, perquisito subito dopo, veniva trovato in possesso delle stesse dieci banconote fotocopiate.

A ciò venivano aggiunti i due sms, di tono indiscutibilmente minatorio, spediti al cellulare della ragazza la sera del 23 e la mattina del 24 agosto 2001 e dalla stessa mostrati agli operanti, attinenti alla richiesta di denaro.

Tale episodio avvalora anche la natura estorsiva, quantomeno, degli ultimi (per i primi, la stessa denunciante ha ammesso la dazione spontanea al suo compagno) dei numerosi prelevamenti effettuati dalla M. sul proprio conto e su quello dei congiunti.

Le continue vessazioni fisiche subite e denunciate trovavano, poi, riscontro nelle dichiarazioni dei testi S. (che in una occasione poté anche notare la consegna di denaro e in diverse occasioni ebbe anche a raccogliere le lamentele della ragazza in merito alle pressanti richieste di denaro e alla continuità dei maltrattamenti subiti) e C. (che una volta ebbe ad intervenire per difendere la donna); ulteriori riscontri vengono poi forniti dalle dichiarazioni della madre e della sorella della M., che, tra l'altro, ebbero più volte occasione di notare i lividi sul corpo della ragazza.

Certamente si può convincere con l'imputato, assiduo frequentatore di palestre e dal fisico visibilmente "palestrato", che se avesse voluto far del male alla ragazza, avrebbe potuto procurargli danni ben maggiori; ma questo non è un argomento idoneo a scagionarlo, essendo lo stesso ben consapevole della sua forza e delle conseguenze del suo esercizio, come ha tenuto a dichiarare in sede dibattimentale presso questa Corte e, comunque, non avendo alcun interesse a lasciare segni visibili e a danneggiare irreparabilmente la fonte del suo sostentamento.

Del resto, la natura violenta del personaggio si evince anche dalla condanna per tentato omicidio continuato.

Ulteriori riscontri si rinvengono nella certificazione medica in atti attestante un evento traumatico ad un dito della mano della M. nell'ottobre 2000.

Tutti tali elementi di riscontro rendono, perciò, credibile la persona offesa anche in merito alla violenza sessuale di cui al capo B) ed alle minacce di cui al capo C) dalla stessa denunciati.

A ben vedere, appare scarsamente significativo l'approccio omosessuale riferito dai testi indotti dalla difesa, tra quest'ultima e la prostituta di nome R.; anche dato ammesso, l'episodio non scalfisce la veridicità dei fatti denunciati, atteso che risulta dalle stesse dichiarazioni testimoniali che l'imputato amava vantarsi del *menage à trois* e non esitava ad esibirlo e ad ostentarlo pubblicamente, apparendo sempre come il

dominus che controllava la situazione; ed è possibile che le ragazze avessero anche voluto compiacerlo; ciò non significa che la M., che pativa tale situazione, come riferito dal teste S., avesse sempre consentito a tale tipo di rapporto e che non avesse detto la verità quando raccontò di aver subito violenza sessuale come rappresaglia e punizione per non aver ubbidito agli ordini impartiti dall'uomo.

Peraltro, in merito alla violenza sessuale di cui al capo B), deve essere accolto il motivo subordinato di appello in merito alla tardività della querela.

Non sussiste, infatti, alcuna connessione in senso tecnico, come preteso dall'art. 609 *septies*, comma 4, c.p. tra il detto reato e le estorsioni e minacce, peraltro commesse con modalità di tempo e di luogo diverse, condotte, pertanto, del tutto autonome dal reato sessuale.

Pertanto, la querela, peraltro non acquisita agli atti, era necessaria e risulta essere stata presentata oltre i termini stabiliti. Si impone, pertanto, il proscioglimento dell'imputato.

(*Omissis*). L'elisione del reato di cui al capo B) comporta la rideterminazione della pena. Partendo da una pena base, per il resto di estorsione, che, per la gravità dei plurimi episodi e per la personalità dell'imputato (specie per la protervia dimostrata, essendo tornato a minacciare la donna dopo la denuncia), si stima equo fissare in anni 5 di reclusione ed euro 800,00 di multa, si aumenta detta pena ad anni 5, mesi 6 di reclusione e ad euro 1.100,00 di multa per la continuazione interna ed esterna, fermo restando il già concesso condono (che con la rideterminazione della pena copre interamente la pena della multa).

L'elisione comporta anche il venir meno della pena accessoria della interdizione dai pubblici uffici attinenti la tutela e la curatela ed il ridimensionamento della concessa provvisionale nella più equa misura di euro 20.000,00, tenuto conto del fatto che almeno nei primi tempi le dazioni di denaro furono spontanee.

La sentenza va confermata nel resto e l'appellante deve essere condannato a rifondere le spese sostenute in questo grado dalla parte civile, che si liquidano come in dispositivo (*Omissis*).

(1) La decisione in esame sembra porsi in contrasto con la giurisprudenza di legittimità che, ai fini della perseguibilità d'ufficio dei reati di violenza sessuale, interpreta la «*connessione*» (cui già faceva riferimento il previgente art. 542, comma 3, n. 3, c.p. ed ora alla quale si riferisce l'art. 609 *septies*, comma 4, n. 4, c.p.), in senso molto ampio: cioè né in termini squisitamente processuali, né nella ristretta orbita dell'aggravante dell'art. 61, n. 2, c.p.

Difatti – secondo il costante e mai contraddetto indirizzo della Cassazione – il vincolo connettivo qui rilevante ai fini della procedibilità officiosa,

non è limitato alle ipotesi di connessione processuale di cui all'art. 12 c.p.p. – e cioè ai casi di: *a)* concorso di persone nel reato (art. 110 c.p.) od evento determinato da più persone con condotte indipendenti; *b)* concorso formale o continuazione (art. 81 c.p.); *c)* connessione teleologica (art. 61, n. 2, c.p.) – bensì si estende alla connessione *meramente investigativa* di cui all'art. 371, comma 2, c.p.p., nel senso che l'accertamento del fatto costituente delitto perseguibile d'ufficio comporta l'estensione dell'indagine anche al fatto di violenza sessuale perseguibile a querela, o perché i detti fatti sono stati commessi dalla medesima persona (così, in parte motiva: Cass., sez. III, 17 novembre 2005, p.m. in proc. Wicke, in *CED on line*, n. 233284; Cass., sez. III, 5 maggio 1998, De Filippis, *ivi*, n. 211211); oppure sono avvenuti in un unico arco temporale (cioè l'uno è stato commesso in occasione dell'altro o nell'atto di consumare l'altro: Cass., sez. III, 16 novembre 1995, Radi, in *CED on line*, n. 203280); oppure l'uno è stato commesso per eseguire od occultare l'altro, o al fine di conseguire l'impunità da questo, ovvero se la prova di un reato o di una circostanza influisce sulla prova di un altro reato o di un'altra circostanza (cfr. Cass., sez. III, 8 luglio 2005, Marino, in *CED on line*, n. 232185; Cass., sez. III, 7 ottobre 2003, Vegini, in *Cass. pen.*, 2005, 481: fattispecie in cui la S.C. ha ritenuto la connessione tra il delitto di maltrattamenti in famiglia ed un fatto di violenza sessuale in danno del coniuge commesso in costanza del matrimonio, sul presupposto che l'indagine sul primo coinvolgesse necessariamente tutti gli aspetti del rapporto di coniugio; v. altresì Cass., sez. IV, 25 ottobre 2000, Lauceri, in *CED on line*, n. 218475, che ha ritenuto perseguibile d'ufficio il reato di violenza sessuale quando si accerti che l'esistenza di una associazione di stampo mafioso ha agevolato la consumazione del reato sessuale nel senso che le vittime hanno accettato di soggiacere alle violenze esclusivamente per la forza intimidatoria del gruppo e per il timore di gravi conseguenze sui propri familiari, anche se il reato connesso non sia stato contestato all'autore della violenza oppure questi sia stato assolto ovvero non vi sia stata contestualità di indagini o procedimenti; Cass., sez. III, 23 febbraio 1998, Candura ed altro, *ivi*, n. 210695).

Alla base di tale *ratio* estensiva v'è la considerazione che, in forza della citata connessione investigativa tra due o più fatti costituenti reati, l'indagine concernente il reato perseguibile d'ufficio importa inevitabilmente la *pubblicità* di quello perseguibile a querela, con conseguente esclusione dell'esigenza di riservatezza riconosciuta all'offesa che è alla base del diritto di querela della persona offesa (oltre alle decisioni sopra citate, v. altresì: Cass., sez. III, 8 marzo 2001, p.m. in proc. Rogante, in *CED on line*, n. 219507; Cass., sez. III, 9 luglio 1999, Innocenti, in *Guida dir.*, 1999, n. 47, 88; Cass., sez. III, 5 maggio 1998, De Filippis ed altro, cit.; Cass., sez. III, 9 luglio 1996, Somma, in *Giust. pen.*, 1997, II, 546; in dottrina, sottolinea l'intento di proteggere la vittima dallo *strepitus fori*: Del Re, *Il regime di procedibilità nei delitti sessuali*, in Aa.Vv., *I reati sessuali. I reati di sfruttamento dei minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali*, Torino, 2007, 2709).

Il discostamento della sentenza in epigrafe dall'orientamento di legit-

timità bene si coglie se si considera che, in definitiva, secondo la Suprema Corte la connessione opera tutte le volte in cui – come nella specie, ove l'organo inquirente aveva in ogni caso svolto indagini sui reati di estorsione continuata e di minacce aggravate commessi dall'imputato, in un più ampio contesto temporale, ai danni della stessa persona offesa rimasta altresì vittima di violenza sessuale – il pubblico ministero, chiamato ad investigare comunque su altri fatti perseguibili d'ufficio anche quello sessuale procedibile a querela debba esaminare: così Cass., sez. III, 20 maggio 2008, Bonfondi, in *CED on line*, n. 240260. Sulla non occorrenza della contestazione del reato connesso all'autore della violenza sessuale ovvero della contestualità di indagini o di procedimenti, in ragione dell'obbligatorietà dell'azione penale, v. anche: Cass., sez. IV, 25 ottobre 2000, Lauceri, cit.; Cass., sez. III, 5 maggio 1998, De Filippis, cit., che reputa sufficiente l'espletamento dell'attività investigativa, essendo questa che fa venir meno la *ratio* della punibilità a querela, e non già la formale contestazione.

Peraltro, l'orientamento a favore di un ampio concetto di connessione ha trovato un'implicita conferma nella giurisprudenza costituzionale, allorché la Consulta ha ritenuto infondata la questione relativa alla procedibilità d'ufficio per connessione con altro reato procedibile d'ufficio estinto prima dell'esercizio dell'azione penale, in quanto l'estinzione non esclude la sopravvivenza del reato come fatto giuridico ai fini di qualsiasi altro effetto diverso dalla punibilità: v. Corte cost., 17 marzo 1998, n. 64 (in *Giur. it.*, 1998, 1895, con nota di Jurincich, *Delitti sessuali ed estinzione del reato connesso: una nuova pronuncia della Corte costituzionale*; nonché in *Cass. pen.*, 1998, 1887, ed in *Giust. pen.*, 1998, I, 166) ove, nella specie, aveva osservato che l'esigenza di indagini – e, dunque, il correlativo disvelarsi del connesso reato contro la sfera sessuale – ben poteva postularsi anche in ipotesi nelle quali ricorrano cause estintive, proprio al fine di individuare con esattezza il fatto storico nella sua integralità onde consentire una sua corretta qualificazione giuridica e permettere la conseguente delibazione in ordine alla sussistenza dei presupposti perché quel delitto – come accertato – potesse, in concreto, essere dichiarato estinto.

Su questo enunciato giurisprudenziale secondo cui, una volta verificatosi l'effetto attrattivo del reato perseguibile d'ufficio su quello perseguibile a querela, l'estinzione del reato attraente non fa venir meno l'estinzione del reato attratto, v. da ultimo Cass., sez. III, 19 marzo 2009, Carli, in *CED on line*, n. 243759: «in caso di perseguibilità d'ufficio dei delitti contro la libertà sessuale per effetto della connessione, ove il reato procedibile d'ufficio si estingua per prescrizione prima dell'inizio dell'azione penale, la perseguibilità d'ufficio del connesso reato sessuale non viene meno quando le indagini preliminari lo hanno comunque dovuto avere ad oggetto, valicando quella soglia di riservatezza posta a base della perseguibilità a querela dei reati sessuali»; Cass., sez. III, 4 dicembre 1997, Pasqualetti, *ivi*, n. 209792; in

dottrina v. già GABRIELI-DOLCE, *Moralità pubblica*, in *Noviss. dig. it.*, X, Torino, 1964, 915; MAGGIORE, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti e contravvenzioni*, II, t. I, Bologna, 1953, 608. Di recente, per una fattispecie in cui è stato ritenuto sussistente il delitto di violenza sessuale nonostante la declaratoria di estinzione del connesso reato di atti osceni in luogo pubblico: Cass. sez. III, 4 febbraio 2009, Cavallaro ed altro, in *CED on line*, n. 243479; nella giurisprudenza più risalente, v. già Cass., 28 gennaio 1956, Alfonsi, in *Giust. pen.*, 1957, II, 56; 10 novembre 1955, Mantucci, *ivi*, 1956, II, 322; *ibidem*, 592; Cass., 20 giugno 1955, Zappalà, *ivi*, 1955, II, 930. Per la contraria opinione dottrinaria v. però ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, I, Milano, 1991, 469; PANNAIN, *Delitti contro la moralità pubblica ed il buon costume*, Torino, 1952.

Nel senso che, ai fini della sussistenza della connessione, è sufficiente l'indicazione in denuncia di un fatto perseguibile d'ufficio il cui accertamento implichi l'esame anche del fatto sessuale, senza che ciò comporti il rischio di neutralizzare il principio della procedibilità a querela perché, a parte la responsabilità per calunnia, la connessione e la procedibilità d'ufficio vengono escluse a seguito dell'accertamento dell'insussistenza del delitto perseguibile d'ufficio v. in parte motiva Cass., sez. III, 20 maggio 2008, Bonfondi, cit.; cfr. però anche Cass., sez. III, 22 novembre 2005, Colaci, in *CED on line*, n. 234044, che ha affermato la necessità dell'esercizio dell'azione penale per il delitto procedibile d'ufficio. Peraltro il Supremo consesso ha altresì precisato che, affinché ricorra l'ipotesi *ex* art. 609 *septies*, comma 4, n. 4, c.p., non è sufficiente che la connessione tra i diversi fatti sia solo *prospettata*, ma è necessario che la stessa sia suffragata da elementi indiziari rilevanti, quantomeno sotto il profilo investigativo: Cass., sez. III, 17 novembre 2005, p.m. in proc. Wicke, cit., secondo cui tale rigorosa individuazione dei limiti di rilevanza processuale si impone al fine di evitare che la perseguibilità d'ufficio del reato di violenza sessuale venga a dipendere, non da un fatto obiettivo, ma da una valutazione meramente soggettiva e discrezionale dell'organo titolare dell'azione penale (cfr. al riguardo Corte cost., 24 ottobre 2003, n. 408, in *G.U.*, n. 45 del 9 dicembre 2005).

Resta pacifico in giurisprudenza che la mera contestazione di un delitto connesso non sia di per sé sufficiente a rendere procedibile d'ufficio il reato di violenza sessuale perseguibile a querela, dal momento che, qualora il giudice di merito accerti l'*insussistenza* del delitto connesso e, quindi, quanto meno, l'erroneità della sua contestazione, tale accertamento fa cadere *ab initio* la pretesa connessione e, perciò, la possibilità di procedere *ex officio* per il delitto sessuale procedibile a querela in mancanza di quest'ultima: in termini, Cass., sez. III, 6 giugno 2007, Riera ed altro, in *CED on line*, n. 237197. Nella prospettiva che il vincolo connettivo viene meno (solo) a seguito dell'accertamento dell'insussistenza del fatto di cui all'imputazione del reato connesso o che l'imputato non lo ha commesso, non bastando ad escludere la perseguibilità officiosa del reato sessuale ogni altra formula

proscioglitiva meno liberatoria (quale il fatto non costituisce reato e – come già detto *supra* – l'estinzione del reato a seguito di prescrizione), da ultimo: Cass., sez. III, 19 marzo 2009, Carli, in *CED on line*, n. 243760; Cass., sez. III, 29 gennaio 2008, Brasca, *ivi*, n. 238523; Cass., sez. III, 6 luglio 2007, Alberti ed altro, *ivi*, n. 237563, ove si precisa che solo nella connessione meramente "apparente" – quando, cioè non sussiste il fatto contestato col reato connesso – si riespande la regola generale della perseguibilità a querela. In passato, v. già Cass., sez. I, 30 maggio 1978, Bogazzi, in *CED on line*, n. 139994; Cass., sez. III, 7 dicembre 1993, Tabib, *ivi*, n. 196817; Cass., sez. III, 16 ottobre 1984, Catena, in *Cass. pen.*, 1986, 255; Cass., sez. III, 25 novembre 1983, Mancino, *ivi*, 1985, 871. In particolare nel senso che l'estensione del regime della procedibilità di ufficio ai delitti di violenza sessuale non viene meno in caso di assorbimento del reato officioso nel reato sessuale v. Cass., sez. III, 29 gennaio 2008, Brasca, in *CED on line*, n. 238523.

Sulla continuità normativa tra la vecchia disciplina di cui all'abrogato art. 542, comma 3, n. 2, c.p. e quella vigente, non solo con riferimento alle norme sostanziali, ma anche in relazione alla disposizione che stabilisce la procedibilità di ufficio di tali reati in caso di connessione con un reato procedibile d'ufficio v. Cass., sez. III, 6 luglio 2005, Fabbio, in *CED on line*, n. 238424 (fattispecie in cui la S. Corte ha ritenuto corretta la valutazione dei giudici di merito i quali, in presenza della contestazione del delitto di atti sessuali commessi su persona minore di sedici anni, perseguibile d'ufficio ai sensi dell'art. 609 *septies*, comma 4, nn. 1 e 2, c.p., avevano ritenuto perseguibili di ufficio anche gli episodi posti in essere nella vigenza della disciplina degli artt. 521 e 530 c.p., attualmente abrogati).

ALDO NATALINI

TRIBUNALE DI PERUGIA – 10 aprile 2009 – *Est.* GRIMACCIA – C. A.

Diffamazione – Istanza di ricusazione – Non punibilità (c.p., artt. 595, 598, comma 1).

Non sono punibili ai sensi dell'art. 598, comma 1, c.p. le affermazioni lesive dell'onore di un magistrato contenute in una istanza di ricusazione quando le stesse non sono state rivolte per mero intento spregiativo e risultano attinenti all'esercizio della funzione giurisdizionale ponendosi in stretto rapporto con la materia controversa (1).

(*Omissis*). Con ricorso del 10.09.2003 la S. s.r.l. in liquidazione, in persona del suo liquidatore C., aveva presentato ricorso *ex* art. 447 c.p.c. dinanzi al Tribunale Civile di Roma contro C. A. avente ad oggetto la domanda di rilascio di un immobile di proprietà della suddetta società, sito in Roma, Piazza Ugo da Como n. 9, conseguente alla cessazione del rapporto di comodato con il C. A.

Quest'ultimo, da parte sua, si era costituito in giudizio ed aveva opposto una serie di eccezioni tra le quali il riconoscimento del suo diritto di abitare il bene nelle more di acquisirne la proprietà *iure hereditaris*, cioè in virtù di una disposizione testamentaria del defunto padre C. G. che aveva posto a carico di tutti i suoi eredi ed allo stesso tempo soci della medesima S. s.r.l. – i figli C. G., C. F., C. A., C. D., soci al 12,5 % ciascuno, e la vedova T. I., socia al 50% – l'obbligo di trasferire le quote sociali al socio C. A. così da farlo diventare proprietario esclusivo del detto immobile.

La causa, iscritta al numero 71493/03 di Ruolo Generale, con provvedimento presidenziale del 6.02.2004 veniva assegnata al giudice Dr. M. B.

Già nella sua comparsa di costituzione il C. A. aveva rappresentato che tra le parti pendevano altri due giudizi, il primo dinanzi al Tribunale di Perugia, avente ad oggetto la successione ereditaria tra i coeredi (causa n. 753/90 R.G.), il secondo, promosso dallo stesso C. A. dinanzi ad altra sezione del Tribunale di Roma contro la S. s.r.l. e contro gli altri soci della Società, avente ad oggetto il riconoscimento della qualità del C. A. di proprietario dell'appartamento di Piazza Ugo da Como da lui abitato ed avente ad oggetto l'adempimento degli oneri relativi al trasferimento (causa n. 62607/00 R.G.).

Nell'ambito della causa assegnata al Dr. B., quindi, il C. A. aveva avanzato istanza di riunione con il giudizio pendente dinanzi al Tribunale di Perugia oppure aveva chiesto la sospensione ex art. 295 c.p.c..

Nel frattempo il Tribunale di Roma (giudizio n. 62607/00) con senten-

za n. 34421/03 del 7.07.2003 (pubblicata il 23.10.2003) aveva declinato la propria competenza a favore del Tribunale di Perugia assumendo in dispositivo che la questione controversa avesse natura successoria e pertanto dovesse essere assoggettata alla competenza territoriale di cui al codice di rito, cioè presso il luogo ove si era aperta la successione ereditaria.

Quanto all'istanza di riunione o sospensione avanzata dal C. A., pertanto, il Dr. B. aveva provveduto con due successive ordinanze: la prima, datata 20.02.2004, emessa a seguito della lettura del solo dispositivo della sentenza di Roma depositato dalla difesa del C. A. Con detta ordinanza il Dr. B. aveva ravvisato un'ipotesi di connessione con il giudizio rimesso dal Tribunale di Roma alla competenza territoriale del Tribunale di Perugia e aveva disposto quindi che la parte più diligente si assumesse l'onere della riassunzione.

La seconda ordinanza, invece, era stata emessa successivamente, in data 9.07.2004, ed aveva ad oggetto, in sostanza, la revoca dell'ordinanza precedente poiché all'udienza del 21.05.2004 l'Avv. Federico Monni, difensore della S. s.r.l., aveva prodotto la sentenza integrale emessa dal Tribunale di Roma e, pertanto, il Giudice aveva potuto appurare che, in realtà, la parte motiva del provvedimento portava necessariamente ad altra conclusione rispetto a quella adottata in data 20.02.2004, cioè portava ad escludere la connessione tra i due giudizi e, in ogni caso, portava ad escludere la richiesta di sospensione del giudizio (*Omissis*).

In conclusione quindi il Dr. B. con l'ordinanza del 9.07.2004 aveva stabilito che la causa successoria rimessa alla competenza del Tribunale di Perugia non interferiva in alcun modo nel giudizio di sua competenza anche perché, comunque, l'eventuale accoglimento della domanda di rilascio dell'immobile proposta dalla S. s.r.l. non avrebbe pregiudicato il diritto testamentario del C. A. atteso che la restituzione dell'appartamento al proprietario sarebbe comunque valsa a ripristinare una situazione del tutto compatibile con le volontà testamentarie del *de cuius.*

Successivamente, nelle more del giudizio assegnato al Dr. B. era intervenuta anche la sentenza n. 933/2004 emessa dal Tribunale di Perugia in data 22.09.2004 nell'ambito del procedimento 753/90 R.G. riguardante la divisione ereditaria del patrimonio del defunto C. G. ed entrambe le difese, sia quella del C. A. che quella della S. s.r.l., avevano attribuito una particolare importanza a tale sentenza partendo, tuttavia, da due interpretazioni del provvedimento totalmente discordanti tra loro.

In occasione dell'udienza del 17.02.2005 fissata dinanzi al Dr. B., quindi, le due parti contrapposte si erano entrambe munite della copia di detta sentenza, depositata dal Tribunale di Perugia in data 4.10.2004, ed erano pronte a mostrarla al Giudice per far valere le loro pretese proprio sulla base delle due diverse interpretazioni.

In particolare l'Avv. Monni aveva fatto presente a verbale che detta sentenza, proprio come quella emessa precedentemente dal Tribunale di Roma che aveva declinato la sua competenza, aveva accertato la proprietà dell'immobile in capo alla S. s.r.l. ed aveva accertato la natura della disposizione testamentaria in favore del C. A. come legato di cosa di terzo, tanto che aveva quindi insistito per l'accoglimento immediato della domanda di rilascio dell'immobile abitato dal C. A.

Viceversa l'Avv. Giuseppe Maria Masullo, che patrocinava il C. A. nella causa in oggetto, aveva fatto presente a verbale come la sentenza del Tribunale di Perugia avesse riconosciuto in capo ai soci della S. s.r.l. la proprietà dell'immobile abitato dal C. A. e avesse imposto a questi ultimi l'obbligo di trasferire la proprietà del bene medesimo al C. A. *iure hereditaris.*

Il punto in questione è contenuto nella sentenza 933/2004, nella seconda parte del dispositivo, a pagina 16, laddove è indicato: "*il Tribunale impone a carico degli eredi quali soci della S. s.r.l. l'onere di dare esecuzione al legato e pertanto di trasferire a C. A. la proprietà dell'immobile sito in Roma, Via Ugo da Como n. 20*".

L'udienza dinanzi al Dr. B. era fissata alle nove, tanto che le parti si erano portate presso l'aula di udienza pronte a prendere il fascicolo e a predisporre il verbale di udienza. Erano presenti l'Avv. Monni per la S. s.r.l. e gli Avv.ti Masullo e Andrea Barbuto per il C. A., presente anche lui. Il fascicolo però non si trovava nella stanza poiché era stato trattenuto dal Giudice tanto che quando il Dr. B. aveva fatto ingresso nell'aula di udienza, stringeva vistosamente sotto braccio il fascicolo che ormai era notevolmente cresciuto a causa del confluire di tutti gli atti di causa relativi agli altri procedimenti in corso tra le parti.

Avuta la disponibilità del fascicolo, le parti avevano verbalizzato le loro richieste (v. sopra) e intorno alle undici era iniziata la trattazione della causa. Il primo ad interloquire era stato l'Avv. Monni, successivamente era intervenuto l'Avv. Masullo il quale, appunto, a sostegno delle sue ragioni aveva esibito al B. la sentenza 933/2004, ma quest'ultimo si era immediatamente mostrato contrario a quanto sostenuto dall'Avv. Masullo, tanto che, a dire di quest'ultimo nel corso della sua deposizione testimoniale, il Giudice aveva preso in mano la sentenza, l'aveva aperta nella parte finale del dispositivo ed aveva indicato al difensore il punto nel quale (v. sopra in corsivo), al contrario di quanto sosteneva l'Avv. Masullo, doveva essere data una interpretazione diversa rispetto a quella paventata dalla difesa del C. A. In sostanza quella sostenuta, invece, dalla difesa della parte avversa, secondo la quale tale sentenza non assumeva alcuna attribuzione di proprietà dell'immobile, ma si limitava ad accertare la natura del rapporto successorio attribuendo al C. A. un diritto

nei confronti degli altri soci della S. s.r.l., nella loro qualità di eredi obbligati a dare esecuzione al legato.

Dinanzi a tale interpretazione manifestata dal Giudice, l'Avv. Masullo aveva pensato che le cose, per il suo assistito, si stavano mettendo male ed aveva temuto che l'ordine di rilascio sarebbe stato ormai prossimo, tanto che aveva chiesto un termine per note che, tuttavia, gli era stato negato dal Dr. B. Nel frattempo durante la discussione il C. A. più volte aveva cercato di interloquire parlando con il suo difensore tanto che il Giudice l'aveva richiamato dicendogli che lo avrebbe allontanato dall'aula.

Alla fine della trattazione il Dr. B. si era riservato la decisione e le parti erano uscite dall'aula manifestando una certa sorpresa dinanzi al fatto che il Giudice avesse mostrato di conoscere perfettamente la sentenza 933/2004 poiché in pochi attimi aveva aperto i 17 fogli e aveva individuato le tre righe in oggetto contenute in un dispositivo di quasi due pagine. Tale sorpresa era stata manifestata sia dal C. A. che dai suoi difensori secondo i quali anche l'Avv. Monni si sarebbe espresso in questi termini ma quest'ultimo in sede di deposizione testimoniale ha negato tale circostanza e ha riferito che, al contrario di quanto sostenuto dalle altre parti, lui si era espresso in termini molto favorevoli circa l'andamento dell'udienza e circa il fatto che il Giudice aveva mostrato di conoscere molto bene gli atti di causa, anche tenuto conto della circostanza che, a prescindere dalla detta sentenza 933/2004, tutti gli atti del relativo procedimento erano già confluiti nel processo in carico al Dr. B. Ha riferito inoltre che nel corso dell'udienza il comportamento del giudice non aveva evidenziato nulla di anomalo se non una profonda conoscenza, da parte dello stesso Dr. B., di tutti gli atti di causa e ha riferito che per un tecnico del diritto come un magistrato ben preparato è del tutto normale individuare in poco tempo i punti salienti di un provvedimento giurisdizionale come quelli di una sentenza.

Dopo l'udienza, quindi, l'Avv. Masullo aveva manifestato al C. A. le sue preoccupazioni circa l'esito del giudizio, tanto che il C. A., a sua volta, aveva manifestato al difensore la sua volontà di predisporre e depositare una ricusazione nei confronti del Dr. B. L'Avv. Masullo aveva riferito al C. A. che secondo lui non sussistevano gli estremi previsti dal codice di procedura civile per presentare una ricusazione ma il C. A. non aveva sentito ragioni e aveva predisposto di suo pugno la ricusazione datata 17.02.2005 per poi depositarla presso la Cancelleria accompagnato dall'Avv. Barbuto.

Per comodità di lettura se ne riporta il contenuto integrale con l'utilizzo delle stesse caratteristiche grafiche utilizzate dall'imputato:

"*Il sottoscritto A. C.*

RAPPRESENTA

- che all'udienza del 17 febbraio 2005 si presentava con il proprio difensore e, essendo intervenuta la sentenza n. 933/A2004, in data 4 ottobre 2004 tra l'odierna udienza e la precedente, produceva tale sentenza;

- che alla stessa udienza anche la controparte Avv. Federico Monni decideva di depositare la stessa sentenza;

- che l'udienza iniziava alle ore 11,00 circa e PRIMA che gli atti fossero depositati e PRIMA che fosse esposto alcunché dagli Avv. delle parti, IL GIUDICE disquisiva sulla sentenza n. 933/A2004, DIMOSTRANDONE una perfetta conoscenza;

- che già alle 9,00 NON vi era in aula di udienza il fascicolo 71493/03, che il giudice aveva con sé e portava lui stesso in udienza (perché SOLO QUEL fascicolo?);

- che il giudice, all'esito dell'udienza (ore 11,20 circa) si riservava una decisione;

- che, per quanto accaduto, è pacifico che il giudice CONOSCEVA prima del deposito GLI ATTI che sarebbero stati depositati dalle parti;

- che la stessa cosa è stata notata con stupore anche dall'Avv. di controparte, che esternava tale irritualità anche al sottoscritto, in presenza di altre due persone;

- che, pertanto, il giudice, ha conosciuto del processo, riteniamo, in altre procedure, o ha dato consiglio, o prestato patrocinio, o COMUNQUE ne ha conosciuto al di fuori della sua funzione;

- che, tale comportamento lascia ipotizzare qualunque possibilità, ma da quanto affermato dallo stesso in udienza, IN DANNO DELLO SCRIVENTE;

- che, pertanto, il giudice per quanto disposto dall'art. 51 comma 4 ovvero per gravi ragioni di convenienza, avrebbe dovuto astenersi;

- che, pertanto, il sottoscritto intender proporre ricusazione del Dr. B. ex art. 52 e

CHIEDE

A codesto Ill.mo Collegio di Voler designare altro Giudice alla trattazione della causa, accogliendo la presente ricusazione e, nelle more, sospendendo il processo dal momento della presentazione di questa istanza.

In via istruttoria, chiede, che vengano sentiti tutti coloro che erano presenti all'udienza, compreso l'Avv. Andrea Barbuto che ha assistito all'udienza ed ha rilevato il fatto, come gli altri.

Roma, 17 febbraio 2005 ore 12".

A seguito di tale ricusazione, in data 18.02.2005 il Dr. B. aveva dichiarato sospeso il giudizio e aveva trasmesso gli atti al Presidente del Tribunale per quanto di sua competenza. Successivamente, con atto del 14.03.2005, ratificato presso la Questura di Roma in data 24.03.2005, lo stesso B. aveva presentato denuncia-querela contro il C. A. per i

reati di calunnia e diffamazione e in data 14.03.2005 aveva trasmesso al Collegio competente a decidere sulla ricusazione le sue deduzioni e la contestuale istanza di astensione collegata alla presentazione della querela. Il Collegio in data 14.04.2005 aveva rigettato l'istanza di ricusazione presentata dal C. A. e al contempo aveva autorizzato il B. ad astenersi dalla trattazione del procedimento che veniva assegnato ad altro magistrato, la Dr.ssa D. R., anche lei successivamente ricusata dal C. A. (cfr. documentazione agli atti).

Dall'odierna istruttoria è emerso altresì che, qualche giorno dopo aver presentato la ricusazione in oggetto, il C. A. si era portato nuovamente presso la Cancelleria e, avuta la presenza del cancelliere Sig.ra V., le aveva chiesto se il Dr. B. "*si era arrabbiato*".

Spiegava i motivi a seguito dei quali si era determinato a presentare l'istanza di ricusazione e presentava le sue scuse al magistrato. (*Omissis*). A parere del giudicante le affermazioni contenute nell'atto di ricusazione in oggetto, per il tenore letterale ed anche per le caratteristiche grafiche utilizzate, appaiono pesantemente lesive della onorabilità del magistrato Dr. B. poiché lo tacciano di malevole parzialità, di scorrettezza e di collusione, integrando così la peggiore offesa che si possa arrecare ad un giudice di qualsiasi giurisdizione.

Non solo, si tratta di accuse del tutto infondate, basate su semplici deduzioni, impressioni e fantasticherie che si sono insinuate nell'animo dell'imputato il quale, dinanzi alla manifestazione da parte del Dr. B. di una opinione interpretativa ritenuta a lui svantaggiosa, ha deciso di utilizzare la ricusazione poiché non reputava più quel giudice di suo gradimento, temendo che lo stesso avrebbe di lì a poco adottato un provvedimento sfavorevole per la sua posizione.

Né si può attribuire alcun peso sostanziale al fatto che il Giudice abbia portato in aula di udienza il fascicolo di causa separatamente rispetto agli altri, ovvero al fatto che abbia mostrato di saper individuare immediatamente il punto saliente di una sentenza di cui conosceva perfettamente gli atti propedeutici, né tantomeno al fatto che abbia revocato una propria precedente ordinanza sulla base del contenuto di una sentenza a lui prima sconosciuto, ovvero, infine, al fatto che abbia richiamato il C. A. a mantenere un comportamento corretto durante l'udienza.

È così che, come purtroppo spesso avviene in ambito processuale, per l'ennesima volta è stato utilizzato l'istituto della ricusazione, pur legittimamente previsto dall'ordinamento, come mero mezzo ostruzionistico idoneo ad azionare il procedimento teso all'eventuale sostituzione del magistrato sgradito o, quanto meno, idoneo a paralizzare la trattazione della causa.

Ed infatti il Collegio competente a decidere sulla ricusazione pre-

sentata dal C. A. ha rigettato il ricorso proposto sul presupposto che si trattasse di atto avente "*rilievi del tutto generici, che attengono a profili meramente organizzativi dell'attività di udienza ed alla gestione del proprio lavoro da parte del giudice ricusato, non assumendo pertanto alcuna significativa valenza ai fini richiesti dalla norma invocata …. ed il fatto che il Dr. B. abbia personalmente portato in udienza il fascicolo processuale ed abbia inoltre in tale sede dimostrato di avere ben noti i dettagli della controversia e di avere avuto altresì nozione, tramite i riferimenti forniti in precedenza dalle stesse parti, del contenuto della sentenza prodotta, dimostra soltanto l'attento e approfondito studio eseguito dal giudice sugli atti di causa …*".

In questa sede tuttavia non occorre valutare la legittimità o meno della ricusazione presentata dal C. A. ma occorre valutare l'effettiva sussistenza in capo all'imputato del reato allo stesso contestato.

In tal senso è d'obbligo rilevare come non si possa prescindere da quella che è l'impostazione assolutamente costante della Corte di Cassazione che più volte ha avuto modo di osservare che in tema di diffamazione la scriminante di cui all'art. 598 comma 1 c.p. *è applicabile anche alle offese contenute in una istanza di ricusazione, proposta nell'ambito del procedimento principale, trattandosi di atto funzionale all'esercizio del diritto di difesa, anche se non connesso direttamente al merito della causa* (Cass. Sez. 6, sent. N. 5396 del 2006; Cass. Sez. 5, sent. N. 5384 del 2003).

Nel caso di specie, pur trattandosi di accuse del tutto infondate, occorre sottolineare che le stesse non erano state fatte per mero intento spregiativo e risultano attinenti all'esercizio della funzione giurisdizionale del B.. Si pongono altresì in stretto rapporto con la materia controversa, tanto che la causazione dell'evento non appare direttamente riferibile al dolo sotto il profilo della intenzionalità di offendere il magistrato, atteso che, come sopra visto, le intenzioni del C. A., per quanto del tutto pretestuose, erano solo quelle di estromettere dalla causa il giudice sgradito o, quantomeno, quelle di ritardare una decisione presumibilmente a lui sfavorevole.

Risulta quindi applicabile l'esimente di cui all'art. 598 comma 1 c.p. sia perché si tratta di offese provenienti dalla parte di un giudizio, sia perché dal tenore letterale e logico della norma di cui all'art. 598 c.p. non è dato ricavare limiti particolari all'operatività della esimente, sia avuto riguardo alla *ratio legis* della norma stessa che è appunto quella di consentire la massima libertà nella esplicazione del diritto di difesa, senza le remore che possono derivare dal rischio di incriminazione per espressioni, seppure offensive, che comunque concernono l'oggetto della causa (cfr. Cass. Sez. 5 sent. N. 10097 del 2000 e v. anche Corte Cost. sent. N. 128 del 1979 in ordine alla non punibilità delle offese prevista dall'art. 598 c.p.).

Invero, quindi, anche la ricusazione deve rientrare nella esimente di cui all'art. 598 c.p. comma 1 che, in definitiva, non è altro che espressione del più generale principio posto dall'art. 51 c.p. (Cfr. Cass. Sez. 6, sent. 15525 del 2009) secondo il quale in tema di diffamazione l'esercizio di un diritto scrimina a patto che venga rispettato il requisito della continenza sotto il duplice profilo soggettivo ed oggettivo, formale e sostanziale, in quanto desumibile dai due elementi essenziali sintomatici di serenità, misura e proporzione di cui:

- alle espressioni usate che non devono essere oggettivamente denigratorie e rappresentative di un *dolus malus* di gratuita denigrazione.

È vero infatti che la configurabilità del delitto prescinde *dall'animus diffamandi* essendo il reato punibile a titolo di dolo generico, ma è anche vero che il *dolus bonus*, quale *l'animus defendendi*, può essere sintomatico di una posizione psicologica, sicuramente come quella del C. A., inconciliabile con la coscienza di ledere e mettere in pericolo il bene protetto. Pertanto siffatto *animus*, quale intenzione di tutelare i propri diritti e interessi, se reso esplicito attraverso espressioni misurate è penalmente apprezzabile per l'esclusione dell'antigiuridicità del fatto se collegato al diritto di difesa;

- alla sfera di tutela riconosciuta dall'ordinamento giuridico, in quanto la propalazione offensiva è giustificata se mantenuta in termini strettamente necessari per esercitare il diritto nel cui ambito rientra lo *ius defendendi* del momento processuale, purché la forma e le modalità di esercizio non siano volutamente offensive e oggettivamente eccessive rispetto allo scopo lecito perseguito (Cfr. Cass. Sez. 5, sent. N. 10147 del 2007).

Non si può negare che, in conclusione, le espressioni utilizzate dal C. A. rientrino nei parametri sopra indicati sia dal punto di vista oggettivo che dal punto di vista soggettivo, tanto che l'imputato, a parere di chi scrive, deve essere assolto perché non punibile ai sensi dell'art. 598, comma 1, c.p. (*Omissis*).

(1) Osservazioni in tema di non punibilità delle offese contenute in scritti e discorsi pronunciati dinanzi alle autorità giudiziarie o amministrative.

Il Tribunale di Perugia, nel pronunciare sentenza di assoluzione perché il fatto non è punibile ai sensi del primo comma dell'art. 598 c.p., si conforma ad un indirizzo giurisprudenziale in tema di diffamazione ed esercizio del diritto di difesa già tracciato dalla Corte di cassazione.

I giudici di legittimità hanno in passato avuto occasione di affermare che la scriminante di cui all'art. 598, comma 1, c.p. trova applicazione anche

con riguardo alle offese contenute in una istanza di ricusazione proposta nell'ambito del procedimento principale (Cass., sez. V, 26 novembre 2002, P., in *Riv. pen.*, 2004, 117). Non si tratta tuttavia di una indicazione di carattere formale poiché l'art. 598 c.p. non offre una elencazione nominativa degli scritti il cui contenuto diffamatorio goda di sostanziale immunità. Piuttosto l'art. 598 c.p. individua una serie di condizioni alle quali può talora, e dunque non in via assoluta, rispondere l'istanza di ricusazione (in tema: Musco, *Diffamazione non punibile ai sensi dell'art. 598 c.p. e formula di proscioglimento,* in *Riv. it. dir. pen.,* 1970, 208; Maiani, *Fondamento e valore dell'esimente prevista dall'art. 598 c.p.*, Milano, 1970).

Quanto premesso spiega l'incedere del Tribunale perugino che non si limita ad accertare la presenza delle espressioni diffamatorie in una istanza di ricusazione, ma verifica la sussistenza dei requisiti ai quali la norma subordina la non punibilità. *In primis* riscontra che il soggetto agente rivestiva la qualifica di parte e che le offese erano contenute in uno scritto presentato in un procedimento innanzi all'autorità giudiziaria; caratteristiche queste comuni a qualsiasi istanza di ricusazione proveniente da una persona convenuto in giudizio. Quindi verifica che le accuse rivolte al giudice del quale si chiedeva la ricusazione risultassero "in stretto rapporto con la materia controversa", ovvero come recita l'art. 598 c.p. concernessero l'oggetto della causa (nel senso che le espressioni offensive devono riguardare in modo diretto ed immediato l'oggetto della causa rilevando agli effetti delle argomentazioni poste a sostegno delle tesi prospettate, Cass., sez. VI, 6 febbraio 2009, D.F., in *CED on line,* n. 243832; ed ancora nel senso che le offese debbano essere direttamente connesse all'oggetto della causa quant'anche non necessarie e non relative a passaggi decisivi dell'argomentazione, non sussistendo questa connessione quando si risolvano in giudizi apodittici senza che sia possibile rilevare interferenze argomentative nella controversia in discussione innanzi all'autorità giudiziaria, Cass., sez. V, 28 gennaio 2005, Bonazzi, in *Riv. pen.,* 2006, 580).

Tuttavia la ricognizione del Tribunale di Perugia in ordine ai requisiti di non punibilità sembrerebbe andare oltre le indicazioni espresse dall'art. 598 c.p. Benché il giudice perugino ritenga che dalla *littera legis* non siano ricavabili limiti particolari all'operatività dell'esimente di cui all'art. 598, comma 1, c.p., lo stesso sostiene che tale norma risulti espressione del più generale principio enunciato all'art. 51 c.p. «secondo il quale in tema di diffamazione l'esercizio di un diritto scrimina a patto che venga rispettato il requisito della continenza sotto il duplice profilo soggettivo ed oggettivo, formale e sostanziale», quest'ultimo ricavabile da indici sintomatici di serenità, misura e proporzione (nel senso che l'art. 598 c.p. costituisce applicazione estensiva del principio posto dall'art. 51 c.p.: Cass., sez. V, 8 febbraio 2006, M.M., in *CED on line*, n. 234008; Cass., sez. V, 21 settembre 2004, Ummarino, *ivi*, n. 230063; Cass., sez. V, 3 dicembre 2001, Luongo, in *Cass. pen*., 2003, 903).

L'aggancio con la scriminante dell'esercizio di un diritto implica, dun-

que, ad avviso del giudicante una indagine in ordine all'osservanza del parametro della continenza. Quest'ultima viene colta sul piano soggettivo nella presenza in capo all'agente di un *animus defendendi*, mentre sul piano oggettivo nell'impiego nell'esercizio del diritto di difesa di forme e di modalità non eccessive rispetto allo scopo lecito perseguito. In particolare con riguardo al momento soggettivo si rileva come, benché la struttura a dolo generico del delitto di diffamazione non esiga un *animus diffamandi*, un siffatto atteggiamento psichico risulterebbe incompatibile con *l'animus defendendi* che deve sorreggere la condotta.

La tesi della natura scriminante della previsione dell'art. 598, comma 1, c.p. va tuttavia incontro a plurime obiezioni (sostiene la natura di causa di giustificazione, MAGGIORE, *Diritto penale. Parte speciale*, II, Bologna, 1950, 854 s.; nel senso che la previsione dell'art. 598 c.p. farebbe venir meno soltanto l'antigiuridicità del fatto, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, I, Milano, 1996, 201; *contra*, sostengono che si tratti di una causa di non punibilità in senso stretto: SPASARI, *Diffamazione e ingiuria (dir. pen.)*, in *Enc. dir*., XII, Milano, 1964, 493 s.; SIRACUSANO, *Ingiuria e diffamazione*, in *Dig. disc pen*., VII, Torino, 1993, 46; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, I, Padova, 2005, 216 s.; FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, II, *I delitti contro la persona*, Bologna, 2007, 95 s.).

Le prime perplessità nascono sul rilievo che qualora alla luce del vigente assetto costituzionale e dei rinnovati valori della libertà di manifestazione del pensiero e del diritto di difesa, l'art. 598 c.p. venisse letto alla stregua di una espressione del diritto di difesa stesso, con la conseguenza di assoggettarlo ai relativi limiti, si dovrebbe concludere nel senso di una sostanziale inutilità della norma. Inoltre, al di là di questa obiezione rispondente all'esigenza di una interpretazione conservativa e dunque utile, la tesi della natura scriminante incontra un insormontabile ostacolo nella stessa lettera dell'art. 598 c.p. che al secondo comma consente al giudice, qualora rilevi la non punibilità delle esternazioni offensive, di adottare provvedimenti disciplinari, di ordinare la soppressione o la cancellazione, in tutto o in parte, delle scritture offensive e di assegnare alla persona offesa una somma a titolo di risarcimento del danno non patrimoniale.

La previsione di conseguenze di varia natura che residuino, pur nel venir meno della punibilità, testimonia come l'antigiuridicità del fatto rimanga immutata. Viene di talché tradita la vera natura della causa di non punibilità, avulsa dalla logica delle scriminanti le quali, come è noto, escludono la illiceità del fatto alla stregua di una valutazione che investe l'intero ordinamento (nel senso che si tratta di una causa di non punibilità in senso stretto: Cass., sez. VI, 30 settembre 2005, Ferrari, in *Cass. pen*., 2006, 1379).

C'è allora da chiedersi quale funzione sia chiamato a svolgere l'art. 598 c.p. all'interno di un sistema che già scrimina le manifestazioni del diritto di difesa offensive dell'altrui reputazione. In altri termini occorrerà verificare

quali offese all'altrui reputazione, diverse da quelle costituenti manifestazione del diritto di difesa, rientrino nello spettro della norma.

È noto come la scriminante dell'esercizio del diritto di difesa, in assenza di indicazioni circa i suoi confini, sia stata ricostruita evocando quei parametri che delimitano altre forme legittime di manifestazione di pensiero, quali il diritto di critica e di cronaca. Si allude ai tre requisiti della veridicità, della continenza e della pertinenza, quest'ultima da intendersi con riguardo al diritto di difesa quale utilità difensiva. Ecco allora che al di là di questi limiti vi potrebbero essere condotte offensive dell'altrui onore, pur sempre ascrivibili ad esigenze difensive poiché concernenti l'oggetto del procedimento come esige l'art. 598 c.p., che tuttavia la scriminante dell'esercizio di un diritto non sarebbe in grado di coprire.

Ovviamente il superamento dei confini della scriminante potrebbe rientrare nella previsione dell'art. 55 c.p. che concerne proprio l'ipotesi in cui si eccedano i limiti stabiliti dalla legge; tuttavia la portata di questo istituto risulta limitata inquadrando - come è noto - soltanto quegli "eccessi" realizzati colposamente. Rimarrebbero dunque degli spazi all'interno dei quali è possibile recuperare la funzione di esclusione della punibilità dell'art. 598 c.p.

Come è stato autorevolmente rilevato la c.d. immunità giudiziale verrebbe, allora, a rivestire un ruolo sussidiario e dunque complementare rispetto a quello svolto dalla scriminante dell'esercizio di un diritto (MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 217, il quale ritiene che si versi nell'ambito dell'art. 598, sempre che siano soddisfatti i relativi limiti oggettivi e soggettivi, «quando, per esclusione, l'offesa consiste nella attribuzione di fatti offensivi utili alla difesa, ma non veri, o di fatti offensivi veri, ma non utili alla difesa e pur sempre aventi un nesso logico col procedimento; oppure nell'uso di un linguaggio di per sé offensivo o incontinente»; nel senso che non è necessario agli effetti dell'applicazione dell'art. 598 che le offese abbiano una base di veridicità, ne una particolare continenza espressiva: Cass., sez. V, 8 febbraio 2006, M.M., cit.; Cass., sez. V, 21 settembre 2004, Ummarino, cit.; n. 230063). Pertanto, ricorrendo ad una formula sintetica e semplificatrice adottata dalla Corte di cassazione si potrebbe affermare che «l'art. 51 c.p. ha ad oggetto la diretta esplicazione del diritto di difesa, mentre l'art. 598 c.p. riguarda le modalità e i limiti di esplicazione del medesimo diritto» (Cass., sez. VI, 30 settembre 2005, Ferrari, cit., 1379).

Tornando alla sentenza del Tribunale di Perugia occorre allora chiedersi se l'evocato limite della continenza, che nel caso di specie è risultato rispettato, debba trovare riscontro in sede di applicazione della causa di non punibilità di cui all'art. 598 c.p.

Quanto rilevato in ordine alla natura della previsione di quest'ultima norma conduce a concludere nel senso della negazione di un accertamento che vada oltre i requisiti indicati dalla norma stessa, se non a costo di una inaccettabile interpretazione analogica in *mala partem*. Tuttavia si può rilevare come il requisito dell'attinenza delle offese all'oggetto del procedi-

mento già permetta di collocare al di fuori della portata della norma quelle manifestazioni offensive che si traducano in una mera contumelia avulsa da esigenze difensive, quelle che il giudice perugino, evocando il requisito della continenza, ritiene debbano essere punite in quanto «oggettivamente denigratorie e rappresentative di un *dolus malus* di gratuita denigrazione».

MARIA CHIARA BISACCI

TRIBUNALE DI ORVIETO – 9 gennaio 2008 – *Pres.* PANARIELLO – *Est.* BAGLIONI – G.

Concorso di persone – Lesioni aggravate dall'uso dell'arma – Commissione di più reati – Accettazione del rischio – Prevedibilità – Reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti (c.p., artt. 81, 110, 112, 116, 582, 585, 576, 340, 594, 61, nn. 2 e 5).

Concorso di persone – Lesioni aggravate dall'uso dell'arma – Commissione di più reati – Accettazione del rischio – Prevedibilità – Concorso di persone nel reato (c.p., artt. 81, 110, 112, 582, 585, 576, 340, 594, 61, nn. 2 e 5).

In tema di concorso di persone, risponde del delitto di lesioni aggravate (art. 585, comma 2, c.p.) anche il concorrente che non ha materialmente utilizzato l'arma per cagionare le ferite alla vittima, nel caso in cui abbia accettato il rischio che uno dei compartecipi potesse andare oltre la rappresentata e voluta colluttazione fisica (1).

*In tema di concorso di persone, il compartecipe risponde ai sensi dell'art. 110 c. p. per i reati che rappresentano una conseguenza "*prevedibile*" rispetto alla sua originaria condotta criminosa, avendone accettato il rischio* (2).

(*Omissis*). Su segnalazione del capo della stazione ferroviaria di Orvieto Scalo in data 24 gennaio 2005 i Carabinieri di Orvieto si portavano verso la stessa stazione perché era giunta notizia che a bordo di un treno proveniente da Firenze e diretto verso sud vi era stato uno contro tra

tifosi e tra essi uno era stato accoltellato. Sul posto, nel frattempo era pervenuto anche il personale del 118 che aveva prestato le prime cure ad un giovane tifoso napoletano (poi identificato come A.V.) ferito alla gamba sinistra con arma da taglio o da punta da alcuni tifosi romanisti. Alcuni occupanti delle ultime carrozze del convoglio ferroviario venivano accompagnati presso gli Uffici della Polizia ferroviaria per accertamenti (*Omissis*).

Il P.m. chiedeva il rinvio a giudizio di V.D.B. E P.G. In sede di udienza preliminare il data 26 settembre 2006 a V.D.B. veniva applicata una pena su richiesta delle parti ai sensi degli artt. 444 e ss. c.p.p, mentre P.G. veniva rinviato a giudizio dinnanzi a questo Tribunale per rispondere dei reati in epigrafe trascritti.

Dall'istruttoria dibattimentale è emersa la responsabilità dell'imputato in ordine a tutti i capi di reato contestati, ad eccezione di quelli rubricati ai capi 1 e 6.

L'ispettore capo S.L., in servizio presso il Commissariato di Orvieto ha effettuato in sede dibattimentale una dettagliata ed esauriente ricostruzione degli accertamenti eseguiti, nell'immediatezza dei fatti dalla Polizia Giudiziaria per individuare i responsabili con la collaborazione delle persone offese, dinnanzi alle quali vennero fatti sfilare i fermati dapprima per eseguire uno "*screaning*", diretto ad individuare coloro che erano nel gruppo degli aggressori, e poi, per verificare, per ciascuno di essi, sempre sulla scorta delle descrizioni degli aggrediti, le specifiche responsabilità personali. Il teste ha anche riferito: a) che l'imputato era stato riconosciuto in Commissariato da due ragazzi di Napoli come facente parte del gruppo degli aggressori, e precisamente da L. M. e da R.V.; b) che sul vagone del treno erano evidenti i segni di una battaglia perché c'erano i sedili divelti, le asce infrangivetro a terra, i coltelli, le cinture di pantaloni con fibbie molto pesanti rotte e sangue negli scompartimenti, oggetti sottoposti a sequestro; c) che il treno, pur non essendo prevista alcuna fermata, dovette essere bloccato a Orvieto, e ripartì soltanto nella mattinata.

Gli altri testi escussi, tutte persone rimaste coinvolte direttamente nei fatti, hanno acconsentito di ricostruire, con sufficiente grado di sicurezza, le attività criminose compiute sul treno durante il tragitto da Firenze a Orvieto.

Il teste L.M. persona offesa, ha riferito: a) che a Firenze salirono sul treno circa duecento tifosi romanisti; alcuni di questi, una decina, entrarono nello scompartimento dove erano i tifosi napoletani (che, presagendo un comportamento lesivo nei loro confronto, negarono, in vario modo, di essere tali) iniziando ad insultarli con frasi del tipo "*infami, napoletani, bastardi...*", poi uno di loro, aperti gli zaini e trovato un giornale sportivo delle tifoserie del Napoli, si innervosì e chiamò altre persone, le quali

incominciarono a picchiarli con bastoni, cinghie e col martello rosso infrangivetro, col quale egli venne colpito alla testa; b) che a seguito del fatto gli erano stati applicati due punti in testa e un gesso per un mese al polso destro fratturato; c) che dopo un po' erano ritornati altri tre di loro con le cinghie e li avevano picchiati ancora; d) che gli aggressori avevano sottratto cappelli e, a lui personalmente, un "giubbino" e un cappello; e) che la prognosi era stata superiore a trenta giorni; f) che A.V., addormentato come lui nello scompartimento, era stato accoltellato; g) che gli aggressori, uscendo dallo scompartimento, lasciarono sangue schizzato dappertutto e il proprio amico ferito per terra.

Lo stesso A.V. ha fornito, nel corso dell'udienza successiva, una ricostruzione coerente con quella dell'amico riferendo a) che si trovava nello scompartimento assieme a G., V., D.N., e M., quando entrarono una ventina o una trentina di tifosi con sciarpe romaniste che li picchiarono con le cinte, le mazze e con l'"ascia del treno", e, infine, lo accoltellarono infliggendogli due colpi nella gamba sinistra; b) che la carrozza ferroviaria era stata notevolmente danneggiata essendo stati rotti vetri, luce, tende, porte e bagni; c) che l'imputato, riconosciuto con decisione in udienza, era fra coloro che erano entrati nello scompartimento, li avevano picchiati e avevano danneggiato la carrozza; c) che il treno si era fermato ad Orvieto, dove non si doveva fermare e non era ripartito perché la "Polizia aveva sequestrato tutto"; d) che era stato minacciato al momento del fatto (anche dall'imputato) affinché non parlasse, sicché durante l'incidente probatorio non aveva riconosciuto l'imputato perché preso dalla paura di ritorsioni;

Sulla stessa linea si pone la deposizione di R. V., persona offesa, il quale ha riferito: a) che lui, P. G., A. V. e L. M. furono aggrediti mentre si trovavano dentro uno scompartimento a luci spente, da un gruppo di dieci – quindici tifosi romanisti (riconoscibili dalle sciarpe) con coltelli e bastoni; b) che il suo amico G. fu colpito da una bastonata in testa perché tento di ripararlo dall'aggressione; c) che egli fu colpito dietro la schiena con prognosi di cinque giorni; d) che il suo amico ebbe punti di sutura sulle labbra e sulla coscia; e) che dopo l'aggressione il volto era pieno di sangue; f) che gli fu rubato il cappello; g) che l'imputato andò nello scompartimento insieme ad altri suoi amici; h) che furono colpiti anche con l'ascia infrangivetro; i) che furono minacciati dopo il fatto da un ragazzo con una felpa gialla con pantalone di *jeans* e che l'imputato li aveva minacciati prima dell'udienza con la frase "*vi vengo a prendere fino a Napoli*".

Anche il teste G. D. N., benché palesemente reticente durante l'esame dibattimentale, probabilmente per la paura, di fronte alla formale contestazione del P.M. sulla base delle dichiarazioni da lui rese a sommarie informazioni in data 24 gennaio 2005 (poi acquisite a giudizio ai sensi

dell'art. 500, V comma, c.p.p.), ha confermato l'aggressione da parte di una decina di tifosi romanisti e la successiva fermata d'emergenza alla stazione di Orvieto.

Infine, la testimonianza di P. G., persona offesa, è stata di una lampante chiarezza e sulla stessa linea delle altre. Ha, infatti, riferito: a) che l'imputato (che ha riconosciuto in udienza indicandolo decisamente) unitamente ad altri due dei suoi amici, entrò nello scompartimento del treno ove egli si trovava con A. V., G. D. N., R. V e L. M; b) che in quell'occasione, un amico dell'imputato, in presenza dello stesso gli aveva dato un pungo in faccia; c) che poi l'imputato aveva chiamato i suoi amici, e tutti insieme li avevano picchiati con le cinte e gli estintori lasciandolo con l'occhio tumefatto (ha precisato che G. aveva usato solo cinta e mani), e, sia lui, sia A. V., con il sangue al naso; d) che erano tornati in un secondo momento "rompendogli la testa" con l'ascia (sette giorni di prognosi) e accoltellando A. V., e) che il treno era stato tutto rotto; f) che erano stati minacciati prima di scendere dal treno con la frase "*vi dobbiamo ammazzare*"; g) che l'imputato aveva minacciato A. V. Prima dell'udienza dibattimentale.

La coordinata lettura delle accennate emergenze processuali alla luce dei paradigmi normativi che delineano la fattispecie dei reati contestati non lascia margini di dubbio se non per quelli di cui ai capi 1 e 6 e per l'aggravante di cui all'art. 61, n. 2 c.p. contestata nei reati di lesione personale, ricollegata al reato di cui al capo 1.

(*Omissis*). La circostanza, poi, che tutti i testi abbiano negato che P. G. sia stato l'autore materiale dell'accoltellamento di A. V. non consente di escludere il concorso morale del medesimo anche nella commissione di tale reato, avendo indubbiamente rafforzato con il suo apporto la volontà criminosa dell'autore (o degli autori) materiale del fatto e dato con consapevolezza un contributo causale decisivo alla sua commissione, ciò che è tanto più vero ove si consideri che l'accoltellatore sembra essere stato un minore, che si sarà giovato sicuramente, quanto meno sotto il profilo psicologico, della presenza di una persona più adulta. Inoltre, avendo l'imputato partecipato fin dall'inizio ad un'azione così violenta, qual è stata l'immotivata aggressione ai tifosi della squadra avversaria – com'è dimostrato dal fatto che fu tra i primi ad entrare all'interno dello scompartimento ove i tifosi napoletani dormivano, che fu colui che chiamò gli altri, e fu tra i primi a ritornarvi successivamente, dopo la prima aggressione. con altri amici -, non può che avere accettato il rischio (dolo eventuale) che nel corso della stessa alcuno dei compartecipi (la cui indole conosceva benissimo, facendo parte dello stesso gruppo) potesse eccedere, andando oltre la prevista colluttazione fisica fino a giungere anche ad usare un'arma.

Lo stesso dicasi per il reato di danneggiamento della carrozza del

treno, ex, art. 635 cpv. c.p., integrato dalla pluralità di atti vandalici sopra descritti, che hanno comportato le necessarie attività di pulizia e ripristino, documentate durante il dibattimento, per renderla di nuovo utilizzabile, nonché per quello di interruzione di un pubblico servizio o servizio di pubblica necessità ex art. 340 c.p., integrato dal fatto che il treno si è dovuto fermare, in via straordinaria, ad Orvieto, fermata non prevista nel suo ordinario percorso, per procedere all'eliminazione della situazione di pericolo che si era creata nella carrozza interessata dalle attività criminose e non ha potuto ripartire fino al mattino seguente con conseguente alterazione del normale svolgimento del servizio.

Trattasi infatti di conseguenza del tutto prevedibili e da mettere in conto rispetto ad un'azione sorta con spiccati connotati di violenza e articolatasi, poi, quasi immediatamente, nei termini brutali, devastanti e vandalici già descritti. (*Omissis*).

In conclusione P. G. va dichiarato responsabile di tutti i reati a lui ascritti con esclusione di quella di cui al capo n. 1 e n. 6, e con la precisazione che i reati di cui ai capi 2, 3, 4, 5 devono intendersi integrati così come contestati, ma con l'esclusione delle aggravanti di cui all'art. 61, n. 2, c.p.

Il reato più grave va individuato in quello di lesioni personali aggravate di cui ai capi 2 e 4 di imputazione, che si riferiscono a ferite guaribili oltre il ventesimo giorno. I reati vanno uniti sotto il vincolo della continuazione *ex* art. 81, cpv. c.p., essendo evidente l'unicità del disegno criminoso e, concesse le attenuanti generiche, da ritenersi equivalenti alle riconosciute aggravanti fra quelle contestate, l'imputato va condannato alla pena di anni 1 e mesi 8 di reclusione (pena base 1 anno e mesi 2 più mesi 6 per la continuazione), oltre al pagamento delle spese processuali. (*Omissis*).

(1-2) Concorso di persone tipico e anomalo: incertezze applicative, tra casistica e dottrina.

1. Nella pronuncia in commento, il Tribunale di Orvieto, pur non entrando nel merito della questione, ha implicitamente preso posizione sul delicato problema - oggetto d'attenzione della miglior dottrina e di copiosa giurisprudenza - connesso all'applicazione della disciplina del concorso di persone ordinario, piuttosto che di quella dettata dall'art. 116 c.p.

Sinteticamente, la fattispecie concreta oggetto della sentenza: durante il ritorno da una trasferta, alcuni facinorosi sostenitori romanisti, incontratisi sul treno con dei tifosi della "rivale" squadra del Napoli, li aggredivano, provocando danni a cose e a persone, con l'ausilio, fra l'altro, di un coltello e di un'ascia infrangivetro.

Nel corso dell'accertamento istruttorio emergeva che l'imputato non aveva fatto direttamente uso degli strumenti da ultimo indicati.

Ciò nonostante il Tribunale ha ritenuto sussistente, rispetto alle contestate lesioni, la responsabilità di costui a titolo di "concorrente morale", per avere "rafforza[to] con il suo apporto […] la volontà criminosa dell'autore materiale del fatto […], avendo lui dato con consapevolezza un contributo causale decisivo alla sua commissione".

Il Collegio, pur nell'ambiguità delle risultanze istruttorie, ha individuato l'oggetto dell'accordo iniziale nell' "aggressione fisica" in danno alle vittime, ritenendo, pertanto, pienamente sussistente il dolo delle lesioni, seppure in forma eventuale [1].

In relazione a ciò, la circostanza che taluno dei compartecipi avesse poi deciso, autonomamente, di utilizzare mezzi d'esecuzione non previsti nell'accordo iniziale (come il coltello o l'ascia), non rende il reato posto in essere, per ciò solo, "diverso" da quello oggetto del patto criminoso [2], ma soltanto "aggravato" ai sensi dell'art. 585, comma II, c.p.

Ciò posto, la questione da risolvere, e che il Tribunale non ha reputato di dover affrontare esplicitamente, è quella connessa alla comunicabilità o meno agli altri concorrenti della circostanza aggravante *de qua*, ai sensi degli artt. 59, II comma e 118 c.p.

Nel merito, il giudice, posto che trattasi di circostanza non indicata fra quelle incluse nell'articolo da ultimo richiamato, la cui comunicabilità agli altri compartecipi segue, pertanto, la regola generale dettata all'art. 59, II comma, c.p., ha reputato che l'imputato avesse accettato il rischio che un compartecipe potesse utilizzare un'arma e consequenzialmente stabilito che l'aggravante contestata dovesse essere estesa anche a costui.

2. Per quanto concerne gli altri reati oggetto del capo d'imputazione, il Tribunale, con riguardo alle valutazioni espresse in riferimento all'elemento soggettivo caratterizzante il delitto di lesioni aggravate, indica come "lo stesso deve dirsi" (ritenendo anche in questo caso, pertanto, acclarata la presenza del dolo eventuale) per alcune delle altre fattispecie contestate, trattandosi di "conseguenze del tutto prevedibili da mettere in conto rispetto ad un'azione sorta con spiccati connotati di violenza".

---

[1] Sul rapporto fra concorso morale e dolo eventuale, v. Cass., sez. I, 12 giugno 1991, Ventura, in *CED on line.*, n. 187758 e in *Giust. pen.*, 1990, 328 ss.

[2] Sul punto, v. La Greca, *sub* art. 116, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, a cura di Lattanzi – Lupo, Milano, 2005, 142. Secondo l'Autore: "è diverso il reato corrispondente ad un diverso titolo criminoso, quindi ad un evento diverso; il reato diverso può essere più o meno grave di quello inizialmente voluto; in ogni caso, il reato diverso posto in atto deve essere necessariamente voluto da uno dei concorrenti, con la conseguenza che deve essere esclusa l'ipotesi dell'art. 116 quando il reato diverso sia colposo o preterintenzionale".

Invero, risulta singolare che il giudice abbia ritenuto di dover motivare sulla presenza del dolo eventuale in capo all'imputato con riguardo alla circostanza aggravante dell'uso delle armi, per poi reputare sufficiente la mera "prevedibilità" per addebitare a costui reati diversi da quello oggetto dell'accordo criminoso.

Tale considerazione, e i risultati cui conduce in sentenza, forniscono l'occasione per una sintetica ricostruzione, senza alcuna pretesa di esaustività, del rapporto che lega il concorso di persone tipico a quello anomalo.

La disposizione di cui all'art. 116 c.p. come già accennato, pone, a tutt'oggi, numerose questioni insolute, sia con riguardo alla delineazione dei suoi esatti confini applicativi, sia in riferimento alla sua corretta classificazione sistematica [3].

Per quanto attiene a quest'ultimo profilo, è noto come la fattispecie in parola rappresenti il punto di incontro, e di scontro, di due distinte esigenze[4]: l'unitarietà del concorso di persone [5], da un lato, il principio di colpevolezza [6], dell'altro.

Sul punto, la dottrina ha cercato, sin dai primi anni successivi all'entrata in vigore del Codice Rocco, di mitigare la rigidità punitiva [7] di detta disposizione [8], che, con riguardo al dettato testuale, prevede un'ipotesi di

---

[3] Per un approfondimento sull'istituto del concorso anomalo, v. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952; GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persona nel reato*, Milano, 1957; LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, Pompei, 1964; PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, Milano, 1966; INSOLERA, *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, Milano, 1986.

[4] PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, *cit.,* 2; secondo l'Autore "l'art. 116 prevede una particolare ipotesi di concorso di persone, tuttavia non si può certo dire che la disciplina ivi contenuta sia ineluttabilmente connessa alla logica interna del concorso medesimo".

[5] Al fine di qualificare correttamente la fattispecie in analisi, non è mancato chi si è spinto finanche a negare che il concorso anomalo rappresenti una vera e propria ipotesi concorsuale, v. GRIECO, *La responsabilità secondo l'articolo 116 c.p.*, in *Giur. compl. Cass. pen.*, 1947, II, 95.

[6] V. Corte cost., 23 marzo 1988, n. 364, in *Giur. cost.*, I, 1504, in merito al dibattito sulla portata di tale principio, v. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2007, 275 ss.

[7] SEMINARA, *Sul concorso di persone nel reato*, in *Dir. pen. proc*, 2007, 1401 ss., secondo l'Autore il concorso di persone nel reato si presta, più di qualunque altro istituto del diritto penale, "a manifestare il suo volto "terribile" […] [nel momento in cui consente] l'applicabilità della sanzione per il reato diverso e più grave di quello voluto".

[8] Il dettato testuale dell'art. 116 c.p. non prevede come elemento strutturale della fattispecie il "*nesso psichico*" che leghi l'autore al fatto di reato diverso da quello originariamente voluto; ciò ha sempre indotto la dottrina prevalente a ritenere che la norma in questione contenga un'ipotesi di responsabilità oggettiva c.d. "pura". Ciò nonostante, vi sono stati, anche prima dell'intervento della sentenza della Corte cost. n. 42 del 1965, da parte di alcuni Autori, diversi tentativi per cercare di mitigare le conseguenze sanzionatorie cui tale interpretazione avrebbe condot-

responsabilità oggettiva c.d. pura [9]. Ciò nonostante, è stato necessario un percorso ermeneutico piuttosto lungo e complesso per giungere all'interpretazione adeguatrice che di tale norma si dà oggi [10].

La pietra miliare della suddetta esegesi evolutiva è rappresentata da una nota sentenza [11] in cui la Consulta è stata chiamata a pronunciarsi sulla costituzionalità dell'art. 116 c.p.: il giudice delle leggi, pur concludendo per la conformità alla Carta costituzionale della norma in questione, ha affermato come la corretta interpretazione della stessa comporti che il reato diverso debba rappresentare uno "sviluppo logicamente prevedibile" di quello oggetto dell'accordo criminoso. Tale regola applicativa è stata accettata quasi universalmente [12] dalla giurisprudenza e dalla

---

to. V. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 1955, 452; *contra*, SANDULLI, *L'art. 116 c.p. del codice penale*, in *Giust. pen*., 1935, 1186.

[9] Invero, dalla lettura dei lavori preparatori al codice penale, sembra proprio che questa fosse la volontà dei compilatori: "[...] la questione va esaminata in rapporto ai principi accolti in relazione al nesso di causalità e al concorso di cause. Invero, anche nell'ipotesi che il reato commesso sia diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti, resta a vedere se esso sia conseguenza dell'azione di chi non l'ha voluto, perché, ove tale rapporto di causalità sussista, è evidente che l'evento debba egualmente essere posto a carico di quel partecipe, salvo a stabilire il titolo, per cui costui è chiamato a rispondere", *Lav. prep*, V, I, 41; ed ancora, "se [il compartecipe] non ha voluto quel reato, ha peraltro voluto un reato, e la legge è già abbastanza indulgente quando gli si diminuisce la pena se il reato commesso è più grave di quello voluto", *Lav. prep*., VII, 68.

[10] Inizialmente, si riteneva che la norma da utilizzare per temperare il rigore della norma in questione, fosse l'art. 41, comma 2, c.p. In questo senso, v. ANTOLISEI, *Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, 583, secondo cui la responsabilità del compartecipe deve essere esclusa in presenza di eventi che possano definirsi "eccezionali".

[11] Corte cost., 31 maggio 1965, n. 42, in *Giust. pen.* 1965, I, 289 e in *Riv. pen.*, 1965, II, 598. La Corte Costituzionale emise una sentenza interpretativa di rigetto, dichiarando infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 116 c.p. in riferimento all'art. 27, comma I c.p. escludendo che si versasse in un'ipotesi di responsabilità oggettiva, fornendo l'interpretazione ormai nota secondo la corretta interpretazione della norma in questione esige "la sussistenza non soltanto del rapporto di causalità materiale, ma anche di un rapporto di causalità psichica, concepito nel senso che il reato diverso o più grave commesso dal concorrente debba potere rappresentarsi alla psiche dell'agente, nell'ordinario svolgersi e concatenarsi dei fatti umani, come uno sviluppo logicamente prevedibile di quello voluto, affermandosi in tal modo la necessaria presenza anche di un coefficiente di colpevolezza".

[12] ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 581 ss., che ribadisce il carattere oggettivo della responsabilità per il reato diverso non voluto, unica soluzione compatibile con il dato letterale della norma e, peraltro, affatto in contrasto con la sentenza n. 42 del 1965 della Corte costituzionale, posto che le sentenze interpretative di rigetto non forniscono una interpretazione autenticante, e non essendo, pertanto, vincolanti *erga omnes*; v. anche PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2003, 580.

dottrina [13]; tuttavia, si è sottolineato su più fronti come il requisito della "prevedibilità", di per sé, non sia in grado di garantire il rispetto dell'art. 27 Cost. [14] specialmente [15] ove lo si valuti in astratto [16].

Più recentemente, infatti, si è consolidato [17] l'orientamento secondo cui l'indagine circa la prevedibilità dell'evento "diverso" debba avvenire in concreto [18], ossia con un'analisi *ex post* che tenga conto delle modalità esecutive, nonché di tutte le circostanze di fatto rilevanti e che utilizzi come parametro di riferimento l'*homo eiusdem professionis et condicionis* [19].

Altra questione problematica, che maggiormente interessa in riferimento della sentenza in commento, attiene al rapporto che lega l'art. 110 c.p all'art. 116 c.p. Parere oggi generalmente condiviso dalla giurisprudenza [20] è quello

---

[13] Per tutti: Musco, *Art. 116*, in C*ommentario breve al codice penale*, a cura di Crespi - Stella - Zuccalà, Padova, 1992, 360; Romano - Grasso, *Commentario sistematico al codice penale*, II, Milano, 1990, 220. In giurisprudenza. Cass, sez. I, 10 aprile 1996, Angeloni ed altro, in *Riv. Pen*. 1996, 1264, Cass., sez. I, 14 marzo 1996, Caccavo ed altri, in *Riv. pen.* 1996, 1264, Cass., sez. I, 16 novembre 1984, Pollizzotto, in *Cass. pen*., 1986, 723; Cass. sez. I, 5 febbraio 1980, De Caro, in *Riv. pen.* 1980, 973.

[14] In questo senso, Romano - Grasso, *Commentario sistematico del Codice Penale*, cit., 204.

[15] È stato affermato come il requisito della "prevedibilità" sia sufficiente a riconciliare la normativa in esame con il canone costituzionale della colpevolezza, poiché, comunque, si tratta di un'ipotesi di responsabilità dolosa per una condotta la cui natura rimane essenzialmente colposa v. Pagliaro, *Diversi titoli di responsabilità per uno stesso fatto concorsuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994.

[16] In tempi immediatamente successivi all'emanazione della sentenza della Corte costituzionale n. 42 del 1965 diverse sentenze della Corte di cassazione accoglievano tale impostazione, seguita anche in tempi recenti: Cass., sez. I, 28 giugno 1994, Bilargo, in *Giust. pen*., 1996, II, 757; Cass., sez. VI, 7 aprile 1990, Siviero, in *Riv. pen*., 1991, 658; Cass., sez. I, 2 ottobre 1989, Loddo, in *Cass. pen*., 1992, 621, con nota di Goldoni e in *Riv. pen*., 1990, 774; Cass., sez. I, 22 maggio 1986, Castiglione, in *Cass. pen.*, 2114.

[17] Per la distinzione tra "prevedibilità in concreto" e "prevedibilità in astratto", v., per tutti, Pagliaro, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, cit., 95.

[18] In dottrina, v.: Fiandaca- Musco, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2007, 479; Mantovani, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Padova, 2007, 207 ss.; Musco, *Art. 116*, in *Commentario breve al codice penale*, cit., 662; Romano - Grasso, *Commentario sistematico al codice penale*, Milano, 1990, 221. In giurisprudenza: Cass., sez. VI, 13 gennaio 2005, Lauro, in *Cass. pen*., 2006, 2147; Cass., sez. I, 30 giugno 1988, Pacileo, in *Cass. pen*., 1990, 231 e in *Giust. pen,* 1989, II, 489; Cass., sez. I, 11 febbraio 1987, Palare, in *Riv. pen*., 1988, 1200. *Contra,* Cass., sez. III, 13 novembre 1970, Covello, in *Giust. pen.* 1971, II, c. 719; Cass., sez. V, 14 aprile 1983, Angelino, in *Cass. pen.* 1984, 1630.

[19] V. Cass., 11 ottobre 1985, La Rosa ed altri, in *Riv. pen.,* 1986, 421; Cass., sez. I, 27 febbraio 1988*,* Toscano, in *Riv. pen.,* 1988, 1200.

[20] V. Cass., sez. I, 22 giugno 1993, Rho ed altri, in *CED on line, n.* 194786; Cass., sez. I, 11 maggio 1987, Puccio, *in CED on line*, n. 176708; Cass., sez. I, 20 dicembre 1996, Savi e altri, in *CED on line*, n. 207474; Cass., sez. I, 10 gennaio 2006, Nika ed altri, in

secondo cui la fattispecie prevista all'art. 116 c.p. è applicabile alle ipotesi concorsuali racchiuse fra due limiti negativi specifici: da un lato, l'evento diverso non deve essere voluto nemmeno nella forma del dolo eventuale [21], poiché in detta ipotesi l'agente sarebbe responsabile ai sensi dell'art 110 c.p. [22]; dall'altro, non deve neppure essere frutto di circostanze eccezionali, imprevedibili o non ricollegabili all'attività criminosa dell'agente, nel rispetto del principio di colpevolezza. Ciò che è compreso nella "terra di mezzo" fra i due confini sopraindicati, è (o quantomeno, dovrebbe essere) appannaggio esclusivo dell'art. 116 c.p. [23].

La scelta in favore di una norma piuttosto che dell'altra non è scevra da conseguenze pratiche, posto il diverso regime sanzionatorio previsto nelle due disposizioni. In ragione di ciò, l'individuazione di un criterio certo che consenta di distinguere le fattispecie risulta quanto più necessario.

La giurisprudenza della Corte di cassazione indica quali presupposti applicativi dell'art. 116 c.p. [24]: l'adesione psichica del soggetto all'esecuzione di un fatto di reato meno grave rispetto a quello posto effettivamente in essere; la realizzazione da parte di uno dei correi di un reato diverso [25]; e, infine, il nesso psichico tra il correo che voleva un reato meno grave e il reato commesso, espresso in termini di "prevedibilità" [26].

CED on line, n. 233580; Cass., sez. I, 20 novembre 2000, Riso ed altri, in *Cass. pen*., 2003, 122, con nota di Di Salvo, *Dolo eventuale e concorso anomalo*, in *Cass. pen*., 2003, 122 ss.

[21] Per la distinzione tra colpa cosciente e dolo eventuale, v. De Francesco, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 12 ss.; Romano, *Commentario sistematico al codice penale*, I, Milano, 2004, 441 ss.; Grosso, *Dolo (dir. pen),* in *Enc. giur. Treccani*, XII, Roma, 1989, 7 ss.; Gallo, *Dolo (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 792; Canestrari, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, Milano, 1999.

[22] *Contra*, Cass., sez. I, 6 giugno 1985, Cardile, in *CED on line*, n. 164692, secondo la quale "in tema di concorso nel reato la mera previsione e accettazione del rischio di verificazione di un evento diverso da quello dell'azione concordata non è riconducibile allo schema del concorso di cui all'art. 110 cod. pen. bensì a quello di cui all'art. 116 cod. pen"; Cass., sez. I, 30 giugno 1988, Ballarin, in *CED on line*, n. 178761, che stabilisce come "la mera previsione ed accettazione del rischio di verificazione di un evento diverso, sostituito o aggiuntivo rispetto a quello proprio dell'azione concordata è riconducibile allo schema del concorso atipico di cui all'art. 116 c.p, e non a quello tipico previsto dall'art. 110 dello stesso codice".

[23] Sulle implicazioni fra dolo eventuale e concorso anomalo, v. Prosdocimi*, Dolus eventualis*, Milano, 1993, 218 ss.

[24] Cass., sez. I, 19 maggio 1986, Massa, in *Giust. pen*., 1987, II, c. 681; Cass., sez. I, 12 luglio 1982, Sentinella, in *Giust. pen.*, 1983, II, c. 488; Cass., sez. I, 28 gennaio 1982, Rossetto, *ivi*, 1983, II, c. 425; Cass., sez. I, 19 gennaio 1999, Zumbo, *cit*.; Cass., sez. II, 10 novembre 2006, Tarami, in *CED on line*, n. 235449.

[25] Il reato diverso, peraltro, non deve essere commesso in ragione di un errore in fase esecutiva, ma di un'iniziativa assunta personalmente da uno dei partecipanti al concorso. Sul punto, v., Padovani, *Le ipotesi speciali di concorso nel reato*, Milano, 1973; Gallo, *Lineamenti di una teoria del concorso di persone nel reato*, Milano, 1957.

[26] V. Cass., sez. I, 19 gennaio 1999, Zumbo, in *CED on line*, n. 212870.

La sentenza emessa dal giudice orvietano sembra, invero, prendere parzialmente le distanze da tale interpretazione, nel momento in cui ravvisa la presenza del dolo eventuale in relazione a fatti che esso stesso indica come meramente "prevedibili", ovvero "da mettere in conto" rispetto all'azione inizialmente posta in essere. Tale atteggiamento appare criticabile, posto che, portato alle estreme conseguenze, non potrebbe che condurre ad una disapplicazione "*de facto*" della disposizione sul concorso anomalo.

Il ragionamento seguito dal Tribunale sembra frutto di un sillogismo imperfetto: mentre, infatti, risulta priva di vizi la valutazione secondo la quale l'accertamento del dolo eventuale in capo all'agente implica il ricorso all'art. 110 c.p. [(27)], non può ritenersi altrettanto esente da critiche il primo termine del ragionamento, che ne costituisce il presupposto: infatti, non risulta corretto ravvisare la sussistenza del predetto elemento soggettivo qualora il reato più grave si ponga soltanto come prevedibile alla stregua dell'*homo eiusdem professionis et condicionis.*

Peraltro, da un'attenta lettura della motivazione sembra emergere come nella sentenza in parola il Tribunale abbia utilizzato il termine "prevedibile" pur ritenendo che l'imputato avesse effettivamente "previsto" la verificazione dei reati per cui poi è stato condannato; quindi, nel caso di specie, la critica suesposta sembra risolversi in un problema avente natura prettamente "semantica".

3. Si consentano, infine, alcune ulteriori valutazioni di ordine generale che traggono spunto dalla pronuncia in commento.

Dall'analisi della giurisprudenza, tanto di legittimità, quanto di merito, è dato evincere una certa tendenza a far coincidere [(28)], invero in maniera piuttosto semplicistica ed assiomatica, in ipotesi analoghe a quella oggetto

---

[(27)] Non mancano pronunce della Suprema Corte che, in un'ottica particolarmente garantistica, ritengono che ai fini dell'applicazione dell'art. 116 c.p. l'evento ulteriore debba essere effettivamente "previsto"; v. Cass., sez. I, 1 giugno 1987, Atzeni, in *Cass. pen*., 1989, 197, n. 171; Cass., sez. I, 28 gennaio 1985, Di Leva, in *Cass. pen*., 1986, 723, con nota di Nicolosi, *Tendenze evolutive per la responsabilità ex art. 116 c.p*.; Cass., sez. I, 22 ottobre 1990, Balsamo, in *Cass. pen.,*1992, 631.

[(28)] Sul punto, v. Brunelli, *Il sequestro di persone a scopo d'estorsione,* Padova, 1995, 370. Scrive l'Autore: "la situazione ipotizzata (morte del sequestrato come conseguenza non voluta di taluno dei concorrenti, n.d.r.) è estremamente favorevole a scorciatoie processuali che, tagliando la testa al toro, rinvengono comunque una volontà, sia pure affievolita, in colui che si è affidato ad altri nell'esecuzione del sequestro: stante la "normale prevedibilità dell'evento" morte come esito del sequestro, il concorrente che aderisca al programma ricattatorio "non potrebbe non mettere in conto" la possibilità di tale esito, ne "accetta il rischio" e quindi nemmeno un suo espresso "ripudio" che non si traduca in attività utili ai fini di scongiurare lo stesso, potrebbe far venir meno la sua volontà anche dell'evento più grave. Tale conclusione, che rappresenta la pratica "liquidazione" della questione che ci siamo posti, si legge talvolta in giurisprudenza".

della sentenza in commento "prevedibilità in concreto" con "effettiva previsione" [29].

È evidente come, accertata l'effettiva previsione da parte dell'agente del reato diverso, la norma di cui all'art. 116 c.p. potrà trovare spazio applicativo solo ove il giudice valuti che il concorrente abbia agito con colpa, seppur cosciente.

In realtà, tale ipotesi si pone come assolutamente residuale, posto il sostanziale automatismo che porta la giurisprudenza a ritenere, una volta accertata la previsione dell'evento, anche accettato il rischio di verificazione del medesimo, con la consequenziale applicazione della norma sul concorso ordinario e la speculare negazione al compartecipe dell'attenuante di cui all'art. 116 c.p.

Si consideri, infatti, come il giudice, nell'accertare l'elemento soggettivo, non possa prescindere dall'analisi dell' "attività" di base in cui la singola condotta (che ha dato origine al reato) si inserisce [30]: se si tratti, cioè, di un contesto "lecito" o "illecito" [31].

Qualora ricorra questa seconda ipotesi (come nel caso della fattispecie oggetto della sentenza), il problema maggiore sarà dato dall'individuazione della regola cautelare violata. Sul punto, infatti, è nota la critica secondo la quale l'ordinamento può esigere il rispetto di regole precauzionali nell'esecuzione di attività lecite, non anche illecite, onde evitare di cadere in contraddizione con se stesso [32]. E, comunque, anche ove si dovesse ritenere superata questa prima obiezione, rimarrebbe il problema di stabilire quale sia l'agente modello da utilizzare come parametro per valutare il rispetto, o meno, della regola cautelare di riferimento [33].

---

[29] Sul rischio di sovrapporre in fase di accertamento "prevedibilità in concreto" ed "effettiva previsione", v. Di Salvo, *Dolo eventuale e concorso anomalo*, cit., 122.

[30] Non manca, peraltro, chi ha ritenuto che il dolo eventuale sia configurabile solo nell'ipotesi in cui si causi un evento ulteriore nell'ambito di attività diretta ad un fine illecito: Tagliarini, *I delitti aggravati dall'evento*, Padova, 1979, 193. In giurisprudenza, Cass., 22 maggio 1984, in *Mass. Cass. pen*., 1985, 2017. Per una critica alle suddette impostazioni, v. Prosdocimi, *Dolus eventualis*, cit., 79 ss.
A tale tesi si contrappone quella secondo la quale sarebbe necessario il carattere non criminoso dello scopo intenzionalmente perseguito, Vannini, *Le definizione del dolo*, in *Giust. pen.*, 1947, II, 247.

[31] Sul punto, v. Canestrari, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., 122 ss.

[32] Sul punto, v. Giunta, *Illiceità e colpevolezza della responsabilità colposa,* Padova, 1993, 195 ss. *Contra,* Pulitanò, *Diritto penale*, Torino, 2007, 351 ss; secondo l'Autore "chi compie attività illecite, violando il divieto relativo a quelle attività, non è affatto esonerato dall'osservanza di regole cautelari volte a prevenire la realizzazione di altri fatti vietati dal diritto penale".

[33] Sulla necessità di rispettare determinate regole cautelari, anche nello svolgimento di attività illecite, in dottrina non si ravvisa un'uniformità di vedute. Una prima tesi sostiene come non sia corretto parlare in tali settori di "regole cautelari": Padovani, *Diritto penale*, cit., 271; Castaldo, *L'imputazione oggettiva nei delitti col-*

A conferma di quanto indicato, si consideri come nella giurisprudenza di legittimità è riscontrabile una generale e marcata tendenza a ritenere accertata la colpa dinnanzi a violazioni, anche gravi, di regole di diligenza relative allo svolgimento di attività in sé lecite, e ad ascrivere a dolo eventuale i casi in cui l'attività sottesa è di tipo illecito [34].

Ed ancora, recentemente, soprattutto nella dottrina di matrice tedesca[35], si è affermato il principio secondo cui la colpa presuppone che l'agente abbia non solo non accettato, ma anche *schermato*, il rischio di verificazione dell'evento. Ove tale criterio dovesse essere accolto nella nostra giurisprudenza, - che, ad onor del vero, oggi appare piuttosto restia -, l'accertamento di tale elemento soggettivo sarebbe limitato ai casi in cui il compartecipe dimostri di avere, nell'esecuzione dell'accordo criminoso, adottato tutte le cautele necessarie a schermare il rischio di verificazione di altri reati [36] sia dipendenti dal proprio agire, sia da quello dei compartecipi [37].

---

posi d'evento, Napoli, 1989, 177; Donini, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991, 1035 ss.; altra tesi, invece, prospetta la possibilità di verificare anche in ambito delittuoso la trasgressione di regole comportamentali d'attenzione: Mantovani, *Diritto penale*, cit., 331; Canestrari, *L'illecito penale preterintezionale*, Padova, 1989; Fiore, *Diritto penale*, *Parte generale*, Torino, 1993, 378. Sul punto, v. anche, Brunelli, *Il sequestro di persone a scopo d'estorsione*, cit., 358, nota n. 71, secondo il quale «emblematico delle difficoltà di scorgere un'autonoma violazione di regola cautelare nella commissione del delitto di base è l'esempio, molto conosciuto, in cui la vittima del sequestro muore mentre viene trasportata in macchina e solo perché essa ha tentato la fuga gettandosi dalla portiera che aveva potuto aprire perché "incautamente" non bloccata dal guidatore: qui si rimprovererebbe al guidatore di aver malamente eseguito il reato nel senso di aver offerto per negligenza nella custodia una opportunità di fuga, risultata poi pericolosa, alla vittima!».

[34] In tal senso, fra molte, v. Cass., sez. I, 30 maggio 1980, Milan, in *Mass. Cass. pen.*, 1981, 2010; Cass., sez. I, 25 maggio 1981, Andraus, in *Cass. pen.*, 1982, 1535; Cass., sez. I, 24 maggio 1984, Albergo, in *Cass. pen.,* 1986, 467; Cass., sez. I, 3 luglio 1996, Garlin ed altri, in *Guida dir.*, 1996, n. 41, 75 ss.

[35] In dottrina tedesca, per tutti, v. Herzberg, *Die abregenzung von Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit – ein Problem des objektiven Tatbestades*, in *Juristenzeitung*, 1987, 249. Per una critica a tale tesi nella dottrina italiana, v. Canestrari, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., 62 ss.

[36] Sul punto, v. Tassi, *Il dolo*, Padova, 1992, 7 ss.

[37] Non appare condivisibile la tesi estrema, seppur sostenuta da autorevole dottrina, v. Pagliaro, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, cit., 39, secondo il quale "in soggetti disposti a violare la legge per una determinata ipotesi particolare si può supporre, infatti, una generica attitudine a violare la legge, per lo meno in casi simili a quello intorno al quale si è formato il concorso di persone" ed ancora "la responsabilità di cui all'art. 116 appare collegata a un comportamento che, mentre non viola necessariamente la norma relativa al reato concordato, viola sempre una regola di prudenza. La realizzazione di un proposito criminale attraverso la cooperazione di più soggetti non è vietata solo dalle norme penali sul concorso di persone nel reato, ma anche da una regola sociale di prudenza, che fa capo al pericolo particolarmente elevato che i soggetti chiamati a realizzare

In ultimo, si consideri che, mentre nelle attività di base "lecite" il processo causale che potrebbe dar vita all'evento non voluto è, dal punto di vista dell'agente, del tutto ipotetico (pertanto costui può fondatamente "affidarsi" al fatto che non si avvii, o che venga, comunque, fermato dall'interazione di altre circostanze), quando il contesto di riferimento è "illecito" il decorso causale è stato già, almeno parzialmente, avviato dall'agente medesimo; coerentemente ne discende che, sul piano soggettivo, ciò dovrebbe quantomeno tradursi in uno stato di dubbio sul possibile verificarsi dell'evento ulteriore, incompatibile, per ciò solo, con la colpa cosciente [38].

Ciò a significare come, nonostante - rifacendosi alle parole di un illustre Autore [39] - "una corretta applicazione del favor rei dovrebbe portare [...] a far "confluire" nei casi dubbi le ipotesi "sospette" di dolo eventuale nell'ambito della colpa cosciente", l'atteggiamento odierno della giurisprudenza si pone su un piano diametralmente opposto [40]; ed ecco che i confini applicativi dell'art. 110 si estendono a dismisura [41], con il consequenziale restringimento dell'ambito operativo dell'art. 116 [42] e, soprattutto, dell'attenuante ivi prevista.

---

insieme un illecito determinino, con il loro attivarsi finalistico, la lesione di altri beni socialmente rilevanti". Tale interpretazione, peraltro, consentirebbe di affermare sempre e comunque la responsabilità ai sensi dell'art. 116 c.p. sussistendo in tutte le ipotesi concorsuali la violazione di una siffatta regola di prudenza, v. Stocco, *Alla ricerca di una dimensione costituzionale dell'art. 116 c.p.*, in *Cass. pen.,* 1996, 36. In giurisprudenza, v. Cass., 12 gennaio 1985, Ciracì, in *Giust. pen*., II, 714.

[38] V. De Francesco, *Opus illicitum. Tensioni innovatrici e pregiudizi dommatici in materia di delitti qualificati dall'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1993, 1012; Gallo, *Dolo (dir. pen.)*, cit., 792.

[39] Mazzacuva, *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, Milano, 1986, 286.

[40] Sul punto, v. Canestrari, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., 142: secondo l'Autore "la colpa con previsione […] conserva la propria funzione nei riguardi di particolari condotte dolose di base, che si differenziano dalle altre poiché condensano una situazione di rischio, nella quale è ancora ravvisabile una sorta di bilanciamento di interessi tra lo svolgimento dell'attività […] e la prevenzione delle possibili offese ulteriori".

[41] Tale conseguenza sembrerebbe addirittura inevitabile qualora si adotti l'altro criterio (invero oggi scarsamente sostenuto) prospettato in tempi relativamente recenti dalla giurisprudenza di legittimità per scindere le ipotesi di dolo eventuale e di colpa cosciente; in tal senso v., fra molte, Cass., sez. I, 8 novembre 1995, Piccolo, in *CED on line*, n. 203484, secondo cui "il dato differenziale tra dolo eventuale e colpa cosciente va rinvenuto nella previsione dell'evento. Questa, nel dolo eventuale, si propone non come incerta, ma come concretamente possibile e l'agente nella volizione dell'azione ne accetta il rischio, così che la volontà investe anche l'evento rappresentato. Nella colpa cosciente la verificabilità dell'evento rimane un'ipotesi astratta che nella coscienza dell'autore non viene concepita come concretamente realizzabile e, pertanto, non è in alcun modo voluta".

[42] Per una critica all'eccessiva estensione del dolo eventuale, v. Prosdocimi, *Dolus eventualis*, cit., 224 ss.

In un'ottica di rivalutazione di tale norma si pone l'impostazione secondo la quale non può riscontrarsi dolo eventuale qualora l'agente abbia previsto la verificazione del reato più grave soltanto in termini di scarsissima possibilità [43]: la giurisprudenza dominante, però, non avalla tale ricostruzione [44], facendo, al contrario, coincidere talvolta il giudizio di prevedibilità con quello di eccezionalità [45]. Sembra, quindi, che il rischio precedentemente esposto possa essere, se non evitato, quantomeno limitato, soltanto quanto più l'effettiva previsione, o la mera prevedibilità, dell'evento vengano valutate sulla base delle circostanze proprie del fatto tipico e sulla conoscenza "attuale" che ne aveva l'agente, evitando di ricorrere a generalizzazioni ed astrazioni di vario genere [46].

Le valutazioni precedentemente esposte, non possono che far concludere con un auspicio, da molti e più illustri autori già in precedenza avanzato, per il quale si rinvia alle parole della Consulta [47], la quale, oltre 40 anni fa, sottolineava "l'opportunità di un intervento del legislatore al fine di stabilire se la norma [di cui all'art. 116 c.p.] debba rimanere nel nostro ordinamento e, in caso positivo, quali esattamente debbano esserne il fondamento e i limiti, e in quali termini, inoltre, debba realizzarsi una logica coordinazione della norma stessa con tutto il sistema e con norme analoghe" [48].

CHIARA PEPARELLO

---

[43] *Contra*, Cass., sez. VI, 13 gennaio 2005, Lauro, in *CED on line*, n. 231460.

[44] Cass., sez. VI, 11 ottobre 2000, Morgana, in *Cass. pen.*, 2001, 1937, 2350 ss., con nota di PIRAS, *L'elemento soggettivo del concorso anomalo;* Cass., sez. VI, 13 gennaio 2005, Lauro, in *CED on line*, n. 231460*,* secondo la quale "la componente psichica del c.d. "concorso anomalo" si colloca in un'area compresa tra la mancata previsione di uno sviluppo in effetti imprevedibile e l'intervenuta rappresentazione dell'eventualità che il diverso evento potesse verificarsi, anche in termini di mera possibilità o scarsa probabilità".

[45] Sul punto, v. Cass., sez. VI, 11 ottobre 2000, *cit.;* Cass., sez. I, 9 novembre 1995, Fortebraccio ed altro, *in Cass. pen.*, 1996, 3642, con nota di CIANI*, Brevi considerazioni sulla responsabilità del concorrente per il reato diverso da quello voluto.*

[46] V. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., 135 ss.

[47] Corte cost., 31 maggio 1965, n. 42, cit.

[48] Nei recenti progetti di modifica al codice penale si è cercato di dettare una nuova disciplina per tale istituto: nel progetto Pagliaro (art. 29, comma I) si è ipotizzata una responsabilità per agevolazione colposa dell'agente che non voleva il reato più grave quando costui, con la propria condotta, abbia agevolato "per colpa" la commissione del reato diverso; il progetto Grosso (art. 44) prevedeva espressamente che il correo sarebbe stato chiamato a rispondere del reato diverso solo se questo fosse "a lui imputabile a titolo di colpa, sempre che il fatto sia preveduto dalla legge come reato colposo"; diversamente, nessuna norma in tal senso è rinvenibile nel progetto Nordio (in tale progetto all'art. 44, comma IV, si stabiliva che "al concorrente che non ha voluto il reato complesso realizzato da altro concorrente si applica la pena prevista per il reato voluto che sia elemento costitutivo del reato complesso") e in quello Pisapia.

GIUDICE DI PACE DI PERUGIA – 5 febbraio 2009 – *Est.* FLAGELLO – E. T.

Reato – Colpa – Regola cautelare – Inosservanza delle prescrizioni contenute nel permesso di costruire in sanatoria (c.p., art. 43).

Risponde di lesioni personali colpose l'amministratore di una impresa di costruzioni che, non adottando tutte le precauzioni richiamate dalle prescrizioni comunali contenute nel permesso di costruire in sanatoria, determini l'allagamento di un locale garage e la conseguente caduta al suolo di una donna (1).

(*Omissis*). Con atto di citazione ritualmente e tempestivamente notificato il signor E. T. veniva tratto in giudizio per il reato di cui in epigrafe. (*Omissis*).

Dall'istruttoria dibattimentale articolata attraverso l'audizione di una serie di testi è stato possibile ricostruire i fatti per cui si procede. In data 6.6.06 nel primo pomeriggio in occasione di una forte precipitazione la copiosa quantità di acqua caduta determinava il formarsi di un grosso ammasso di detriti terra rena e fango che invadevano la strada e la proprietà dei signori G. e R.

In particolare questo materiale ostruiva prima le griglie di scalo situate all'esterno del cancello di ingresso e dell'entrata del garage per poi penetrare all'interno e danneggiare i locali siti a piano terra. La signora R. attraverso la scala interna scendeva nel garage per verificare la situazione e notava che lo stesso era allagato da acqua e fanghiglia. A causa del materiale melmoso presente sul suolo cadeva rovinosamente procurandosi una frattura del collo femorale di sinistra per la quale veniva sottoposta ad intervento di osteosintesi con vite cannullate. (*Omissis*).

Si ritiene validamente provata dalle risultanze dibattimentali la responsabilità dell'imputato in ordine al reato di lesioni colpose ex art. 590 c.p. così come contestato dal decreto di citazione a giudizio.

Il signor E. T. infatti nella sua qualità di amministratore unico e legale rappresentante pro tempore della T. Costruzioni srl ha omesso l'adozione di tutte le precauzioni richiamate dalle prescrizioni comunali contenute nel permesso di costruire in sanatoria n. 1576 del 23.8.2006. I detriti infatti dovevano confluire negli appositi scavelli e non invadere il manto stradale ed ostruire le griglie poste a lato del cancello d'ingresso e quindi allagare la cantina dei signori Giudici.

Il M.llo M. nel corso del sopralluogo del 30.10.2006 su delega della Procura della Repubblica notò che il muro di contenimento a valle degli

immobili costruiti dal T. presentava dei condotti di scolo delle acque meteoriche direttamente sulla strada mentre in fede alla concessione edilizia avrebbero dovuto essere convogliate in un fosso che si trovava più a valle ed i reflui andavano smaltiti con fossi drenanti.

Anche il teste S. G. ha confermato che "il cantiere non era perfezione, c'erano cumuli di rena e breccia ecc e con il temporale verificatosi quel giorno i detriti sono finiti nella casa del signor G. Aggiunge poi che tuttora la strada è in condizioni disastrose.

Appare quindi chiara la colpa dell'imputato consistita in imprudenza, imperizia e negligenza per non aver osservato scrupolosamente le precauzioni previste dal permesso di costruire in sanatoria.

Pertanto visti gli articoli 533 e 535 c.p.p. si dichiara il signor E. T. responsabile del reato ascritto e lo condanna alla pena di euro 1000,00 di multa oltre al pagamento delle spese processuali. (*Omissis*).

(1) Nell'accertamento della tipicità di un illecito colposo l'individuazione della regola cautelare positivizzata sembra facilitare l'opera di qualificazione del fatto, sollevando l'interprete da complesse verifiche in ordine alla prevedibilità ed evitabilità dell'evento, nonché dall'individuazione del cosiddetto agente modello da assumere quale parametro onde verificare il discostarsi del comportamento del soggetto realmente esistente dal *modus operandi* di questa sorta di immaginaria figura dall'agire ordinario e dunque ineccepibile.

Questa semplificazione si accompagna ad una sensazione di maggior sicurezza nell'incedere interpretativo, state l'esistenza di appigli normativi cui ancorare la ricostruzione del fatto. Vengono di talché anche soddisfatte le istanze ad una definizione dell'illecito colposo maggiormente rispondente ai canoni della legalità (sulla compatibilità con il principio di legalità degli ordine e delle discipline: MARINI, *Colpa,* in *Enc. giur. Treccani,* VI, Roma, 1988, 6; VASSALLI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, Torino, 1994, 313). Si tratta della medesima aspirazione che sembrerebbe aver guidato il legislatore nell'intraprendere quell'opera di positivizzazione delle regole cautelari che, seppur nella consapevolezza della irraggiungibilità dell'obiettivo, ha caratterizzato l'elaborazione normativa della disciplina di diversi settori dell'agire umano a partire da quello dello svolgimento di attività lavorative. Anche se – occorre aggiungere - tale processo di codificazione è talora risultato soltanto apparente tenuto conto di come si sia sovente fatto ricorso a clausole esprimenti regole di condotta c.d. elastiche le quali, a fronte della loro formulazione, impongono comunque una indagine in concreto circa l'atteggiarsi della regola cautelare stessa (MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, 236; FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale,* Milano, 1990, 484).

Nondimeno, malgrado gli evidenti vantaggi della cristallizzazione delle

regole cautelari in norme giuridiche, anche l'accertamento della c.d. colpa specifica pone all'interprete la soluzione di una serie di quesiti. Occorre innanzitutto indagare il contenuto cautelare della disposizione violata. Quest'ultimo – come è noto – è rintracciabile non soltanto nelle prescrizioni dal preminente scopo preventivo, ma più in generale in tutte quelle regole che impongano comportamenti astenendosi dai quali, o realizzando i quali risulti prevedibile il verificarsi di un evento dannoso quale conseguenza della propria azione od omissione (MARINUCCI, *op. cit.*, 231; GALLO, *Colpa penale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 642).

Quindi, una volta verificata la rispondenza della disposizione violata a tali finalità, si presenteranno tutte quelle problematiche interpretative che l'analisi di un precetto, da qualunque fonte promani, solleva. Ciò in quanto il carattere normativo della colpa fa si che la singola norma incriminatrice nel precisare l'imputazione del fatto a titolo colposo individui un elemento normativo della fattispecie implicante per sua natura il rinvio ad altre fonti siano esse giuridiche che extragiuridiche. Occorre allora chiedersi quale comportamento prescriva la norma richiamata e quale sia l'ambito soggettivo e temporale di applicazione della stessa.

Ma come noto l'accertamento della tipicità nella colpa specifica non si esaurisce qui. La presenza di una regola cautelare positivizzata che si attagli al caso concreto sebbene agevoli l'accertamento della colpa non solleva completamente l'interprete da un giudizio in ordine alla prevedibilità e all'evitabilità dell'evento. Quest'ultimo rileva sotto un triplice profilo. *In primis* qualora la regola cautelare sia stata osservata, occorrerà escludere la possibilità di muovere all'agente un rimprovero a titolo di colpa generica, ovvero si dovrà verificare che la regola scritta esaurisca la diligenza richiesta all'agente in quella determinata situazione (per tutti: FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna, 1995, 494; Cass., sez. IV, 5 dicembre 2002, Giannini, in *CED on line*, n. 223648); quindi, nell'ipotesi di violazione della stessa, si dovrà verificare la c.d. concretizzazione del rischio, ovvero che l'evento realizzatosi rientri nel novero di quelli che la regola cautelare mirava a prevenire. Infine l'indagine dovrà involgere il profilo della concreta evitabilità, ossia occorrerà riscontrare se l'osservanza della regola cautelare violata avrebbe o meno scongiurato il verificarsi dell'evento, andando ad accertare l'efficacia del c.d. comportamento alternativo lecito (Cass., sez. IV, 6 luglio 2007, R. G., in *Cass. pen. on line*; Cass., sez. IV, 1 marzo 1991, Bozzi, in *Riv. pen.* 1991, 909).

Queste fasi successive al riscontro della violazione della regola cautelare assicurano il superamento della logica del *versari in re illecita* nella quale altrimenti la c.d. colpa specifica rischia di far scivolare l'interprete tramutandosi in una sorta di colpa presunta (MARINUCCI, *op. cit.*, 2 e 5).

Venendo al caso sottoposto all'esame del giudice di pace, la regola cautelare violata è stata rinvenuta nel permesso a costruire, e segnatamente nella parte in cui lo stesso richiamava alcune prescrizioni comunali. Premesso che tale provvedimento assolve funzioni eterogenee e che pertanto,

pur non avendo un preminente contenuto cautelare, può contenere anche prescrizioni dalla natura precauzionale con riferimento ai beni della vita e dell'integrità fisica, occorreva verificare il contenuto precettivo dello stesso. A riguardo si consideri che le prescrizione richiamate in ordine al deflusso delle acque esigono la presenza nell'opera edilizia realizzata di determinate caratteristiche. Quanto rilevato induce a riflettere sul momento in cui la regola cautelare possa ritenersi violata. Perché ci sia inosservanza la regola deve già essere operativa. Pertanto, ad esempio, benché sul punto non emergano indicazioni dalla motivazione della sentenza, con riguardo al caso sottoposto all'attenzione del giudice di pace perugino ci si sarebbe potuti anche chiedere se quella regola esplicasse già la sua funzione, ovvero se la costruzione fosse stata completata, o se la stessa insistesse in un cantiere ancora attivo.

Ovviamente, anche ammessa la non operatività della regola cautelare positivizzata, ciò non avrebbe comunque escluso la possibilità di muovere un rimprovero a titolo di colpa generica nei confronti dei titolari del cantiere.

Allo stesso modo si sarebbe dovuto ricorrere ad una indagine che investisse i profili della c.d. colpa generica qualora, passando alla fase successiva al riscontro della violazione della regola cautelare positivizzata, si fosse accertato che la stessa avesse "in concreto" fallito; il che si verifica ogniqualvolta il giudizio sulla evitabilità dell'evento abbia esito negativo, in altri termini quando si accerti che il comportamento prescritto dalla regola cautelare non avrebbe scongiurato il verificarsi dell'evento (sul fallimento "in concreto" della regola cautelare, si veda: VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie"*, Padova, 2003, 61 ss.; sempre in tema di rilevanza del comportamento alternativo lecito: DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991, 435 ss.).

In ordine a quest'ultima indagine, concernente "l'evitabilità", nella vicenda in esame si sarebbe dovuto considerare se le precipitazioni fossero risultate particolarmente copiose e se gli strumenti di deflusso delle acque prescritti avrebbero potuto, o meno, funzionare in presenza di quei detriti che concorsero – come emerge dalla sentenza - a determinare l'allagamento e quindi l'evento.

La evidenziazione di questi ulteriori elementi avrebbe aperto nuovi spazi di indagine, rilevando ancora una volta come l'accertamento della colpa c.d. specifica risulti soltanto all'apparenza di più agevole svolgimento.

MARIA CHIARA BISACCI

DIRITTO PUBBLICO

T.A.R. UMBRIA – 31 ottobre 2008, n. 691 – *Pres*. LIGNANI – *Est*. CARDONI – C.I.R. Soc. Coop., Il Borgo Servizi Soc. coop. Sociale e All Food S.r.l. (avv. Marcucci) c. Comune di Perugia (avv.ti Cartasegna e Zetti) e nei confronti di Copra Ristorazione e Servizi Coop. a r.l. (avv.ti Balestreri e Canonico).

Contratti della p.a. – Stipula del contratto – In assenza di aggiudicazione definitiva – Illegittimità della gara – Insussistenza (artt. 11 e 12 d.lgs. 12 aprile 2006, n.163).

Contratti della p.a. – Stipula del contratto – Violazione del termine dilatorio tra aggiudicazione e contratto – Illegittimità dell'aggiudicazione – Insussistenza (art. 11, comma 10, d.lgs. 163/2006; art. 21 *octies* l. 7 agosto 1990, n. 241; cons. 18, art. 2 *sexies* dir. 2007/66/CE).

Il fatto che una procedura di gara non si concluda con un formale provvedimento di aggiudicazione definitiva non determina di per sé l'illegittimità della gara medesima. Se risultano espletate le dovute operazioni di verifica e controllo, si deve infatti ritenere che l'aggiudicazione provvisoria assuma a posteriori *anche la valenza di aggiudicazione definitiva* (1).

Il mancato rispetto del termine dilatorio previsto tra l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto non configura un vizio del procedimento di aggiudicazione, il quale deve in ogni caso ritenersi concluso con l'emanazione del relativo provvedimento (2).

(*Omissis*). Viene impugnata l'aggiudicazione della gara in epigrafe effettuata con delibera di aggiudicazione provvisoria seguita dalla stipula del contratto, omettendo il provvedimento di aggiudicazione definitiva.

Ambedue i ricorsi si articolano sui motivi di seguito riassunti:

a- omessa comunicazione dell'aggiudicazione definitiva (artt. 11 e 79 d.lgs. n. 163/2006);

b- omissione dell'aggiudicazione definitiva e violazione del termine

dilatorio di trenta giorni dalla suddetta comunicazione, per la stipula del contratto *ex* art. 11, 10°, d.lgs. n.163/2006;

c- carenza in capo all'aggiudicataria del requisito del pregresso svolgimento del servizio (rientrante nell'appalto) di fornitura dei pasti ai cittadini in condizioni di disagio;

d- illegittimità della modifica, dopo l'apertura delle offerte, della formula matematica per l'attribuzione del punteggio al prezzo per il pasto in formato monoporzione;

e- fissazione, da parte della Commissione, di fattori di valutazione delle offerte tecniche ulteriori rispetto a quelli indicati dal bando e non di criteri motivazionali (violazione art. 83, 2°, d.lgs. n. 163/2006);

f- mancata fissazione dei suddetti criteri motivazionali (violazione art. 83, 4°, d.lgs. n.163/2006);

g- Violazione del principio dell'immutabilità soggettiva dei concorrenti. Nel ricorso n. 319/2008 si articola anche un'azione di accesso agli atti della gara *ex* art. 25 l. n. 241/1990.

2- L'Amministrazione e l'aggiudicataria si sono costituite controdeducendo articolatamente.

È stata anche eccepita la tardività della riassunzione del primo gravame (inizialmente proposto come ricorso straordinario al Capo dello Stato) e la conseguente inammissibilità del secondo giacché avverso al medesimo atto (Delib. del Dirigente dell'U.O. Contratti e Archivio N. 73/2007) e articolato sugli stessi motivi.

3- Il Collegio, in primo luogo, riunisce i ricorsi per evidenti ragioni di connessione oggettiva e soggettiva.

4- In secondo luogo, giudica ritualmente proposto il secondo ricorso (n. 319/2008).

Difatti, è vero che con questo si osteggia il medesimo atto oggetto del primo (del. n. 73/2007 cit.), ma è anche vero che ciò avviene in quanto tale atto viene ora avversato in quanto avente valenza non solo di aggiudicazione provvisoria, come sembrava in un primo tempo, ma anche di aggiudicazione definitiva.

Invero, in questa singolare fattispecie, è stata omessa l'adozione di un provvedimento di aggiudicazione definitiva e si è direttamente stipulato il contratto d'appalto, il 12 maggio 2008, dopo la notifica al Comune (7 maggio 2008) della riassunzione del primo ricorso.

Tale evenienza ha fatto emergere la duplice valenza, almeno sul piano sostanziale, del provvedimento avversato (valenza evidenziata anche a pag. 15 della memoria comunale del 9 settembre 2008) e, quindi, la ritualità, se non addirittura la necessità, della sua seconda impugnazione.

Da qui deriva altresì l'assorbimento dell'esame della ricevibilità del primo gravame giacché rivolto contro l'aggiudicazione provvisoria,

superata dalla definitiva (implicita nella stipula del contratto), il che lo rende comunque improcedibile per sopravvenuto difetto d'interesse.

Il tutto *a fortiori* ove si tenga conto del fatto che il primo ricorso poteva anche essere omesso, giacché riferito all'aggiudicazione provvisoria, rispetto alla quale non sussiste l'onere d'autonoma impugnazione.

5- Ciò posto, il Tribunale dichiara il difetto di giurisdizione sull'impugnazione del contratto, pure articolata nel secondo gravame (motivo sub b) insieme a quella dei provvedimenti. Infatti, è ormai stabilita la Giurisdizione Ordinaria sulle questioni contrattuali (Cons. St., A.P., 30 luglio 2008, n. 9).

6- Inoltre, sempre sul piano pregiudiziale e preliminare, viene dichiarata improcedibile la domanda d'accesso agli atti della gara giacché soddisfatta dall'Amministrazione (cfr. memoria comunale del 30 luglio 2008, non contestata).

7- Tanto premesso, il Collegio esamina il merito del ricorso.

Il primo motivo (sub a), non è fondato.

La comunicazione dell'aggiudicazione provvisoria risponde infatti all'esigenza d'informare i concorrenti ed è quindi essenzialmente tesa a facilitare l'eventuale loro tutela giudiziaria.

Ne consegue che si connota come un atto successivo ed esterno rispetto al procedimento d'aggiudicazione che, dunque, non può essere viziato dalla sua omissione (in termini: TAR Calabria, Reggio Cal., 4 settembre 2007, n. 883; TAR Emilia Romagna, Parma, 28 maggio 2007, n. 385; TAR Piemonte, Sez. II, 16 aprile 2007, n. 1719).

Essa, pertanto, può rilevare ai fini della rimessione in termini del ricorrente tardivo, ma non è una questione che qui si pone, vista la già rilevata ritualità dell'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva.

8- Anche il secondo motivo (sub b) non è fondato là dove sembra connotare la violazione del termine dilatorio per la stipula del contratto come vizio del procedimento.

Difatti anche per il termine si ripropongono le considerazioni appena sopra svolte. Esso è teso a consentire e facilitare eventuali osservazioni ed azioni giudiziarie, ma non afferisce alla legittimità del procedimento d'aggiudicazione, ormai concluso.

Se la violazione del termine stesso possa poi atteggiarsi come vizio del contratto è invece questione sottratta alla giurisdizione di questo Tribunale come sopra osservato.

9- Il motivo in rassegna è poi inammissibile per difetto d'interesse nella parte in cui prospetta l'omissione dell'atto d'aggiudicazione provvisoria come vizio procedimentale in sé.

Infatti, l'ipotetico accoglimento della censura avrebbe il solo effetto di obbligare l'Amministrazione ad emettere un provvedimento formale d'aggiudicazione definitiva ora per allora, il che non influirebbe minimamente sul-

l'esito dell'aggiudicazione e quindi sulle sorti del raggruppamento ricorrente. Interessato a pretendere che all'aggiudicazione provvisoria faccia seguito quella definitiva è solo l'aggiudicatario provvisorio, nella misura in cui l'omissione gli impedisca di conseguire il "bene della vita" che è la stipulazione del contratto (ma non è questo il caso, perché il contratto è stato comunque stipulato).

Si potrebbe prospettare, semmai, che il secondo classificato abbia titolo ed interesse a pretendere che l'appaltante proceda, non tanto all'aggiudicazione definitiva intesa come atto formale, quanto a quelle verifiche e a quei controlli che per definizione sono preordinati al passaggio dall'aggiudicazione provvisoria a quella definitiva. Ciò in quanto il secondo classificato ha l'aspettativa legittima di subentrare all'aggiudicatario provvisorio, ove quelle verifiche e quei controlli abbiano esito sfavorevole a quest'ultimo. Ma in questo caso il problema non si pone, perché l'appaltante non ha omesso le doverose verifiche, ma ha semplicemente ritenuto che la riserva insita, per definizione, nell'aggiudicazione provvisoria si potesse sciogliere direttamente con la stipulazione del contratto, senza bisogno di un atto formale di aggiudicazione definitiva. Convincimento, questo, che si potrà forse ritenere errato, ma che non ha inciso sui diritti e sugli interessi legittimi degli attuali ricorrenti (*Omissis*).

Per tutte le considerazioni sin qui espresse il ricorso n. 166/2008 dev'essere dichiarato improcedibile per sopravvenuto difetto d'interesse in seguito all'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva (implicita) con il gravame n. 319/2008.

Quest'ultimo, invece, in parte è estraneo alla giurisdizione di questo Tribunale, in parte improcedibile, in parte inammissibile e in parte infondato (*Omissis*).

(1-2) Violazioni senza sanzione: la mancata emanazione dell'aggiudicazione definitiva e l'inosservanza dei termini sospensivi. Profili problematici.

La vicenda sottoposta all'attenzione dei Giudici umbri presenta notevoli tratti di peculiarità. La fattispecie concerne una gara per l'affidamento del servizio mensa, aggiudicato in via provvisoria alla ditta risultata vincitrice. All'aggiudicazione provvisoria non ha poi fatto seguito alcun atto di aggiudicazione definitiva: dopo l'espletamento delle verifiche e dei controlli imposti per legge e (per l'appunto) preordinati all'emanazione dell'aggiudicazione definitiva, la p.a. ha infatti direttamente provveduto alla stipulazione del contratto. Quest'ultima, peraltro, si pone in violazione del termine dilatorio imposto dall'art. 11 del c.d. codice dei contratti, che prescrive una distanza temporale minima di 30 gg. tra l'aggiudicazione e la stipulazione, al fine di

scongiurare ipotesi di caducazione del contratto quale conseguenza della vittoriosa impugnazione dell'atto appena menzionato.

Le censure formulate dalla ricorrente ruotano intorno al mancato rispetto della disciplina relativa alla procedura di aggiudicazione, per come essa risulta dalla riforma del 2006. Tra le caratteristiche principali della nuova disciplina figurano, come noto, sia la duplicazione dell'atto di aggiudicazione, sia la netta separazione («logica e cronologica») tra la fase pubblicistica di aggiudicazione e quella negoziale di stipulazione del contratto.

Nella vicenda in esame entrambi questi profili sembrano essere stati, di fatto, disattesi dalla stazione appaltante, che, non solo non ha rispettato la duplicità dell'atto di aggiudicazione, ma, come si avrà modo di esporre, neppure ha osservato l'intervallo temporale minimo imposto tra l'aggiudicazione e la stipulazione.

Ciascuna delle violazioni appena evidenziate merita di essere analizzata separatamente.

Quanto alla distinzione tra aggiudicazione provvisoria e definitiva, giova ricordare che essa, benché già praticata in via di prassi, ha ottenuto una vera e propria consacrazione normativa solo per effetto del d.lgs. 12 aprile 2006, n.163, che è intervenuto sulla scarna procedura sino ad allora dettata dal r.d. 2240 del 1923. L'*iter* tracciato dal c.d. codice dei contratti prevede che la commissione di gara, a chiusura delle operazioni, pronunci l'aggiudicazione provvisoria. Contestualmente il presidente della Commissione dovrà trasmettere gli atti al dirigente competente. Quest'ultimo, dopo aver verificato la sussistenza in capo all'impresa dei requisiti richiesti dal bando, approverà gli esiti dell'aggiudicazione provvisoria mediante determinazione di aggiudicazione definitiva [(1)].

Nel caso in esame, come si è visto, non sono stati emanati due autonomi e distinti atti di aggiudicazione. I Giudici tuttavia non esitano a rintracciare nell'unico atto di aggiudicazione emesso una duplice valenza, ossia tanto quella di aggiudicazione provvisoria che quella di aggiudicazione definitiva. Ciò alla luce del fatto che nella vicenda *de qua* risultano comunque puntualmente espletate le operazioni di verifica e controllo che giustificano l'intervallo temporale tra le due aggiudicazioni. Questa circostanza, a detta del Tribunale, renderebbe irrilevante la mancata emanazione del secondo atto. Il tutto, evidentemente, sul presupposto che la distinzione materiale tra le due aggiudicazioni, siccome tratteggiata dal legislatore, non risponda ad alcuna esigenza imprescindibile: le aggiudicazioni di cui sopra non esprimerebbero, in altre parole, un differente contenuto decisionale [(2)].

[(1)] L'*iter* che conduce alla stipulazione è tracciato dagli artt. 11 e 12 del d.lgs. n.163/2006.

[(2)] Sul carattere meramente endoprocedimentale dell'aggiudicazione provvisoria cfr. Cons. St., sez. V, 7 maggio 2008, n. 2089, in *Giurisdiz. amm.*, 2008, I, 627 «in materia di gare d'appalto, nella disciplina stabilita dagli artt. 11 e 12 d.lgs. 12 aprile

La duplicità si spiegherebbe piuttosto in base alla semplice esigenza di garantire che la scelta del contraente, espressa in sede di aggiudicazione provvisoria, si consolidi in termini definitivi solo all'esito di una serie di verifiche e controlli. Questi ultimi, laddove scrupolosamente eseguiti e positivamente superati, comporterebbero l'implicita conversione dell'atto provvisorio in quello definitivo.

La distinguibilità tra i due atti si apprezza cioè solo sul fronte della stabilità degli effetti, subordinati al positivo superamento delle verifiche di cui si è detto. E' chiaro allora che, al verificarsi di questa condizione, si possa ritenere di fatto emanata, sia pure in via implicita, anche l'aggiudicazione definitiva.

A conferma di questa linea interpretativa, si può addurre anche un argomento di natura testuale, invero non menzionato dal Giudice Umbro. Il riferimento riguarda l'art. 12 del codice dei contratti, in base al quale, scaduto il termine prescritto dallo stesso articolo, l'aggiudicazione provvisoria deve intendersi approvata. Ciò equivale a dire, sia pure in termini non del tutto trasparenti, che lo spirare del termine attiva un meccanismo tacito, attraverso il quale si giunge all'emanazione di un implicito atto definitivo, o meglio al consolidamento degli effetti del provvisorio. Nel caso in esame, del resto, il termine per l'approvazione non è, invero, spirato del tutto infruttuosamente: le verifiche prescritte sono state infatti puntualmente effettuate e superate, il che, *a fortiori*, conferma la tacita conversione dell'atto provvisorio nel suo omologo definitivo.

Nè viene in rilievo, nella vicenda in esame, il problema sotteso alla ben nota sentenza *Alcatel* [3] ossia il tema della necessaria emanazione di un formale atto di aggiudicazione quale presupposto per la fruizione della tutela giurisdizionale da parte dell'impresa concorrente ma non aggiudicataria. Nel caso in trattazione la ricorrente non ha, infatti, incontrato difficoltà nell'adire il giudice amministrativo, potendo impugnare presso di lui l'ag-

---

2006, n. 163, l'aggiudicazione definitiva presuppone soltanto la verifica dell'effettivo possesso in capo all'aggiudicataria dei requisiti dichiarati al momento della partecipazione; tale verifica, priva di carattere discrezionale, ne esclude il carattere di nuova ed autonoma valutazione». Sul tema anche Cons. St., sez. VI, 4 aprile 2008, n. 1434, in *Foro amm.*, 2008, 1189; Cons. St., sez. VI, 3 ottobre 2007, n. 5107, in *Foro amm.*, 2007, 2846: «l'aggiudicazione provvisoria ha natura di atto endoprocedimentale, inserendosi nell'ambito della procedura di scelta del contraente come momento necessario, ma non decisivo, atteso che l'individuazione del concorrente al quale affidare l'appalto risulta consacrata soltanto con la aggiudicazione definitiva». In termini simili anche Cons. St., sez. V, 22 ottobre 2007, n. 5532, in *Foro amm.*, 2007, 2817. *Contra:* Cons. St., sez. V, 28 marzo 2008, n. 1331, in *Arch. giur. oo. pp.*, 2008, 355; Id., 21 novembre 2007, n. 5925, in *Foro amm.*, 2007, 3156; Id., 25 agosto 2008, n. 4053, in *Giur. it.*, 2008, 2860.

[3] Corte di Giust., 28 ottobre 1999, causa C-81/98, Alcatel, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 479.

giudicazione provvisoria, per lamentarne l'illegittimità anche «sostanziale» (ossia legata a profili diversi dalla mancata emanazione della successiva aggiudicazione definitiva). In altre parole, l'omissione della (sola) aggiudicazione definitiva di per sè non compromette la tutelabilità delle pretese facenti capo a soggetti estranei al vincolo contrattuale. Anzi, a dire il vero, il fatto che la ricorrente abbia impugnato l'atto provvisorio per far valere la spettanza della commessa implicitamente rafforza la tesi del Collegio, cioè l'idea per cui il successivo atto definitivo sia meramente riproduttivo di un contenuto decisionale già compiutamente espresso.

Questa ricostruzione, conforme ad elementari canoni di ragionevolezza, si intreccia con un problema ulteriore, oggetto di una specifica censura. Si tratta del rispetto del termine di 30 gg. che, ai sensi dell'art. 11, comma 10 del d.lgs. n. 163/2006, dovrebbe intercorrere tra l'aggiudicazione e la stipulazione. Come anticipato in apertura, tra i principali elementi innovativi ascrivibili al codice dei contratti figura la marcata distinzione tra la fase pubblicistica di scelta del contraente, che si conclude con l'aggiudicazione definitiva, e la successiva fase negoziale della stipulazione ed esecuzione del contratto. È in quest'ottica che il codice supera definitivamente la norma contabile (art. 16, r.d. 2240 del 1923) che attribuiva al verbale di aggiudicazione il valore della stipulazione: l'art. 11 del codice al comma 7 prescrive infatti che «l'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta». A suggello di questa separazione tra il procedimento di gara e il contratto viene poi imposto l'intervallo temporale di 30 gg., violato dalla stazione appaltante nella vicenda all'origine della pronuncia in epigrafe.

Tale termine ovviamente è stato formulato con riguardo all'ipotesi di una gara ritualmente condotta, ossia di una gara che veda l'emanazione di due distinti atti di aggiudicazione. In base al suddetto art. 11, i 30 gg., dovrebbero quindi decorrere dall'aggiudicazione definitiva. Ma nel caso in esame, come noto, quest'atto non è stato espressamente emanato. In questo contesto, il primo interrogativo che si profila è dunque quello relativo al *dies a quo* da considerare nel calcolo dei predetti 30 giorni.

Si tratta di un punto che sfugge ad una compiuta disamina da parte del Collegio, il quale si limita a registrare la violazione del termine, senza esplicitare il momento a partire dal quale deve essere intrapreso il computo dei giorni. La soluzione a tale interrogativo, ad ogni modo, non sembra particolarmente ardua. Stante l'assenza (quantomeno apparente) dell'aggiudicazione definitiva, il termine iniziale non potrà infatti che essere rintracciato con riferimento alla provvisoria. Con l'avvertenza però di prendere in considerazione non già il momento dell'emanazione dell'atto provvisorio, ma piuttosto il momento in cui questo ha assunto i connotati della definitività, per effetto del perfezionarsi delle verifiche e dei controlli di cui si è detto in precedenza.

Svolte queste precisazioni, non resta allora che interrogarsi sulle conseguenze giuridiche della violazione del termine di cui all'art. 11 del d. lgs. n. 163/2006. Il codice dei contratti, come noto, si disinteressa di questo profilo.

All'imposizione del termine dilatorio non si associa infatti la predisposizione di alcuna sanzione invalidante, né nei confronti dell'atto conclusivo della gara né tantomeno nei confronti del contratto stipulato in violazione della regola. Sull'interprete grava quindi il compito di ricostruire le ripercussioni di una violazione che si consuma in una ambigua «terra di mezzo», cioè nella zona di confine tra il procedimento e il successivo contratto.

Il Collegio su questo punto non assume una posizione risolutiva. I Giudici umbri innanzitutto respingono le argomentazioni tese a dimostrare l'illegittimità dell'aggiudicazione, quale conseguenza del mancato rispetto del termine in questione. Si tratta di una conclusione di tutta evidenza: nel sistema disegnato dal codice il procedimento di gara si esaurisce infatti in tutto e per tutto nell'atto di aggiudicazione. Ne deriva che debba escludersi l'ipotesi di un'invalidità del procedimento (e del suo esito ultimo, ossia dell'atto di aggiudicazione) per effetto di una violazione che si concretizzi in un momento successivo alla conclusione dell'*iter* volto ad individuare il contraente. È vero che il nostro ordinamento conosce fenomeni di invalidità sopravvenuta. Ma questi, come noto, riguardano ipotesi in cui *a posteriori* viene a mutare retroattivamente il paradigma di validità di un atto già emanato [(4)]. Niente a che vedere dunque con la fattispecie in esame, in cui si assiste semmai ad una condotta (pre)contrattuale illecita, in quanto non rispettosa del dettato normativo. Il che semmai evoca, come si vedrà, scenari risarcitori, non già profili di invalidità attribuibili all'atto o al successivo contratto.

Sul punto si avrà modo di tornare più diffusamente nel prosieguo. Volendo ripercorrere lo svolgimento argomentativo della pronuncia in epigrafe, occorre in questa sede dar conto del fatto che i Giudici umbri, dopo aver negato l'invalidità dell'aggiudicazione per le ragioni di cui sopra, declinano la giurisdizione per quanto concerne eventuali vizi del contratto, in ipotesi riconducibili alla violazione del termine di cui all'art. 11. Ciò alla luce del criterio di riparto formulato dall'art. 244 [(5)] del d.lgs. 163/2006 e

---

[(4)] Cfr. Cavallo, *Provvedimenti e atti*, in *Trattato di diritto amministrativo,* diretto da Santaniello, III, Padova, 1993, 310, in cui si legge che «l'invalidità non può che risultare originaria, in quanto la situazione viziante il provvedimento dovrebbe riscontrarsi come esistente al momento del suo venire in essere. Soltanto nel caso di leggi retroattive, che impongano, ora per allora, una nuova disciplina per l'esercizio del potere amministrativo, è possibile immaginare il fenomeno di una sopravvenienza che possa intaccare l'originaria validità di un provvedimento». Lo stesso effetto si produce peraltro anche in caso di declaratoria di incostituzionalità di norme che abbiano costituito il fondamento per l'emanazione di successivi atti: cfr. Corte Cost., 27 febbraio 1963, n. 115, in *www.giurcost.org*.

[(5)] L'art. 244 recita infatti: «Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie, ivi incluse quelle risarcitorie, relative a procedure di affidamento di lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque

circostanziato dalla giurisprudenza successiva [6], in base alla quale ciò che avviene dopo l'aggiudicazione sembrerebbe destinato a ricadere *in toto* nella giurisdizione del giudice ordinario. Sulla scia di questo insegnamento il Tar si sottrae ad una esplicita presa di posizione circa la sorte del contratto, lasciando forse intendere che, rivolgendosi al g.o., la ricorrente avrebbe potuto verosimilmente ottenere una pronuncia di invalidità dello stesso, in quanto stipulato prima dei fatidici 30 gg.

Ma il problema relativo alla violazione del termine potrebbe essere diversamente impostato: nel silenzio della legge, non vi sono infatti ragioni per ritenere che la violazione della predetta regola debba ripercuotersi sulla validità di uno dei due principali atti che scandiscono la vicenda contrattuale, ossia sull'aggiudicazione o sul contratto. Allo stato attuale questa soluzione non pare cioè inevitabile, e neppure del tutto convincente.

In proposito giova richiamare il contenuto della recente direttiva ricorsi, che, sebbene non ancora recepita nel suo contenuto propriamente precettivo, sin d'ora fornisce qualche utile indicazione di metodo per orientarsi nelle complesse vicende che interessano i confini tra il procedimento e il contratto.

Come noto, tale direttiva impone un termine minimo di 10 giorni tra l'invio della decisione di aggiudicazione e la stipulazione del contratto [7].

---

tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale. Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative ai provvedimenti sanzionatori emessi dall'Autorità. Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative al divieto di rinnovo tacito dei contratti, quelle relative alla clausola di revisione del prezzo e al relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, nell'ipotesi di cui all'articolo 115, nonché quelle relative ai provvedimenti applicativi dell'adeguamento dei prezzi ai sensi dell'articolo 133, commi 3 e 4».

[6] Sul riparto di giurisdizione, e in particolare sulla (implicita) devoluzione al giudice ordinario delle controversie inerenti la fase dell'esecuzione del contratto cfr. Cass., sez. un., 28 dicembre 2007, n. 27169, in *Urb. app*., 2008, 320; Cons. St., ad. plen., 30 luglio 2008, n. 9, in *Urb. app*., 2008, 1142; Cons. giust. amm. sic., sez. giurisd., 28 settembre 2007, n. 883, in *Foro amm*., 2007, 2604; Cons. St., sez. IV, 19 settembre 2006, n. 5318, in *Foro amm*., 2006, 2505; TAR Lazio, sez. I, 6 settembre 2006, n. 8019, in *Giur. mer*., 2007, 1150; Id., 31 ottobre 2005, in *Foro it*., 2006, I, 2172; Cass., sez. un., 1 giugno 2006, n. 13033, in *Urb. app*., 2006, 933; Cons. St, sez. VI, 5 giugno 2006, n. 3345, in *Foro amm*, 2006, 1864; TAR Lombardia, 19 maggio 2005, n. 1273, in *Merito*, 2005, 10, 105; Cons. St., sez. V, 14 maggio 2003, n. 2585, in *Giust. amm*., 2003, 701.

[7] Del resto, anche prima dell'entrata in vigore della recente direttiva ricorsi la giurisprudenza comunitaria imponeva il rispetto di un ragionevole lasso di tempo tra l'aggiudicazione e la stipulazione, Corte di Giust., 3 aprile 2008, *Commissione c. Regno di Spagna, C-444/06,* in *Foro amm.,* 2008, 969.

Si tratta, come si è detto, di un termine *minimo.* Il legislatore italiano del 2006 aveva del resto già provveduto ad imporre tra i due momenti appena richiamati il termine più ampio di 30 gg. [8]. Allo stesso modo, anche negli ordinamenti nazionali di altri stati europei l'introduzione dello *standstill* comunitario non ha costituito un grande fattore di novità. In Germania, come in Italia, tale obbligo era già stato puntualmente positivizzato: l'art. 23 VgV (*Vergabeverordnung*, regolamento di attuazione in materia di contratti) stabilisce infatti che dal momento di chiusura della gara alla conclusione del contratto debbano trascorrere almeno 14 giorni, pena la nullità del contratto. Sul fronte francese, è stata invece la giurisprudenza amministrativa precedente alla direttiva 66/2007 a prescrivere l'obbligo di lasciar trascorrere un sufficiente lasso di tempo tra aggiudicazione e stipulazione [9].

Al di là della differente estensione del termine previsto da ciascun ordinamento, lo spunto in questa sede rilevante concerne propriamente le conseguenze del mancato rispetto del termine dilatorio.

Dopo aver affermato la necessità di sanzioni effettive (cons. 18) volte a contrastare la predetta violazione, la direttiva chiarisce infatti che il mancato rispetto del termine dilatorio non necessariamente deve ripercuotersi

---

[8] Osserva acutamente Greco (*La direttiva 2007/66/CE*: *illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, pubblicato in *www.giustamm.it*) che l'introduzione della sospensione comunitaria non può ritenersi ininfluente in virtù della presenza, nel nostro ordinamento del più ampio termine di trenta giorni. Ciò alla luce del fatto che «mentre il nostro termine inizia a decorrere dalla mera comunicazione ai controinteressati del "provvedimento" di aggiudicazione, ben più complesso è l'onere previsto dalla Direttiva comunitaria. Infatti, ai sensi dell'art. 2 *bis*, par. 2, comma 4, la comunicazione della decisione di aggiudicazione ad ogni offerente e candidato interessato deve essere accompagnata non solo dalla precisa indicazione del termine sospensivo ai fini della stipulazione del contratto, ma anche da una "*relazione sintetica dei motivi pertinenti*", ai sensi dell'art. 41, par. 2, della Direttiva 04/18/CE. Dunque si deve trattare di una relazione in cui sia indicato per ogni candidato escluso i motivi del rigetto della sua candidatura o della sua offerta, nonché, per ogni offerente che abbia presentato un'offerta selezionabile, "*le caratteristiche e i vantaggi relativi dell'offerta selezionata*" e, in quanto tale, risultata aggiudicataria». Inoltre, lo stesso Autore evidenzia anche la diversità inerente il regime delle deroghe, che sul fronte nazionale interessano genericamente i casi «di particolare urgenza», mentre sul fronte comunitario riguardano solo le ipotesi in cui tale facoltà di deroga sia prevista normativamente dallo Stato membro e con riferimento ai casi di appalti per i quali non è imposta la previa pubblicazione del bando, ovvero di appalti aggiudicati in base ad un accordo quadro o ad un sistema dinamico di acquisizione.

[9] *Ex multis*: Cons. Et., 19 déc. 2007, *Syndicat Intercommunal en eau potable du Confolentais,* n° 291487, in *JCP,*2008, 6, 28 (con commento di F.Linditch: *Les beaux jours de l'acte détachable… sont devant lui!)*: in cui si impone alla stazione appaltante di «*respecter un délai raisonnable d'information des candidats évincés pour leur permettre de saisir le juge du référé précontractuel*».

sull'efficacia del contratto. Il legislatore nazionale dovrà prevedere l'inefficacia del contratto («frettolosamente» stipulato) solo per i casi in cui, oltre alla violazione dello *standstill*, si verifichino due ulteriori condizioni: che la violazione del termine abbia privato l'offerente della possibilità di avvalersi dei mezzi di ricorso prima della stipulazione e (soprattutto) che si sia verificata (oltre all'inosservanza del termine) anche una violazione delle regole di gara che abbia influito sulle possibilità di ottenere l'appalto [10].

Nelle altre ipotesi (che potremmo definire di *mera* violazione del termine) viene in rilievo l'art. 2 *sexies* della direttiva, che rimette agli Stati membri la *possibilità* di prevedere la perdita di efficacia del contratto ovvero l'irrogazione delle c.d. sanzioni alternative [11]. La direttiva, in altre parole distingue tra le varie possibili ipotesi di violazione del termine, escludendo, per il caso di violazione meramente formale (ossia che non incida sulla spettanza), la necessaria privazione di efficacia del contratto.

In Italia, come si è detto, le conseguenze delle violazioni che interessano le zone grigie tra la gara e il contratto a tutt'oggi non sono oggetto di alcuna specifica disciplina [12], né con riguardo alle ipotesi di *mera* violazione del termine, né con riguardo ai casi in cui alla predetta violazione si associ l'inosservanza di ulteriori regole di gara.

Questa lacuna indubbiamente genera notevoli problemi di certezza, ben espressi dalla vicenda in analisi. Stante il silenzio del legislatore, non sembra infatti plausibile, nella fattispecie *de qua*, prospettare l'inefficacia del contratto. Ciò alla luce di una duplice circostanza. In primo luogo in virtù del fatto che nessuna norma interna prevede espressamente tale inefficacia. Ma anche, e soprattutto, in virtù di una interpretazione estensiva e teleologicamente orientata dell'art. 21 *octies* della l. n. 7 agosto 1990, n. 241. La più recente dottrina [13] ha infatti acutamente messo a fuoco il fatto

---

[10] Cfr. l'art 2 *quinquies* lett. b) della direttiva, ai sensi del quale si ha perdita di efficacia «qualora tale violazione abbia privato l'offerente che presenta ricorso della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipula del contratto quando tale violazione si aggiunge ad una violazione della direttiva 2004/18/CE, se quest'ultima violazione ha influito sulle opportunità dell'offerente che presenta ricorso di ottenere l'appalto».

[11] In questi termini Bartolini - Fantini, *La nuova direttiva ricorsi*, in *Urb. app.*, 2008, 1100.

[12] Cfr., Bartolini - Fantini, *La nuova direttiva ricorsi,* cit., 1098, in cui si legge che «il termine di trenta giorni in esame è privo di sanzione, infatti secondo la prevalente giurisprudenza, la stipula del contratto avvenuta prima della scadenza del termine dilatorio non comporta alcuna comminatoria nei confronti dell'amministrazione o dell'ente aggiudicatore». Su questi temi recentemente anche Giusti, *Il "pregiudizio grave ed irreparabile" e la "corsa al contratto". Brevi note a margine di T.a.r. Umbria, ordinanza n. 74/2009 (e T.a.r. Umbria, ordinanza n. 149/2008),* in *www.giustamm.it.*

[13] Cfr. Bartolini - Fantini, *La nuova direttiva ricorsi,* cit., 1106, in cui per l'ap-

che la norma interna sui c.d. vizi formali del provvedimento (il riferimento ovviamente riguarda l'art. 21 *octies* della l.n. 241/90) non può non essere messa in relazione con il problema che ci occupa, ossia con quello della *mera* violazione dello *standstill*. In particolare dal principio di non annullabilità dell'atto viziato sotto il profilo esclusivamente formale dovrebbe discendere l'impossibilità di mettere in discussione, in caso di mera violazione dello *standstill*, la stabilità degli effetti dell'aggiudicazione e, conseguentemente, del relativo contratto. In termini più sintetici si potrebbe dunque dire che, alla luce del 21 *octies*, l'inefficacia del contratto in conseguenza della mera violazione del termine dilatorio non solo non è attualmente prevista, ma neppure potrebbe coerentemente essere introdotta sul fronte interno in sede di recepimento della direttiva. La trasposizione di questa dovrebbe piuttosto avvenire in modo da prevedere, in caso di inosservanza del termine non accompagnata da vizi sostanziali occorsi nella procedura di gara, l'irrogazione delle c.d. sanzioni alternative.

Ma queste ultime, come si è detto, allo stato attuale non sono rintracciabili nel diritto vivente. Il che lascia aperto il problema in analisi, ossia quello relativo alla attuale insanzionabilità dell'inosservanza del termine di *standstill*.

In questo contesto la sensazione più immediata è che, stante il vuoto normativo di cui si è detto, l'unica reazione predisposta dal sistema a fronte della violazione del termine di *standstill* possa essere rintracciata nell'area del risarcimento [(14)].

Questa conclusione deve tuttavia fare i conti con una duplice precisazione.

La prima riguarda il fatto che nell'ottica comunitaria la concessione del risarcimento di per sé non costituisce una risposta adeguata al mancato rispetto del termine di *standstill*. Lo afferma l'ultimo alinea del par. 2 dell'art.

---

punto si sostiene che il principio secondo cui la violazione meramente formale non deve dar luogo a privazione degli effetti dell'atto fa sì che, stante l'impossibilità di sanzionare la violazione con l'inefficacia del contratto «l'ordinamento dovrà necessariamente introdurre, per quest'ipotesi, il sistema delle sanzioni alternative».

(14) A sostegno di questa linea interpretativa può essere richiamata anche la teorica, ormai consacrata dal legislatore, dei cosiddetti vizi formali. In altre parole, la mancata sanzione invalidante relativa alla violazione del termine potrebbe agilmente essere interpretata come un vizio meramente formale, inidoneo a determinare l'invalidità dell'atto laddove il contenuto di questo non avrebbe in ogni caso potuto essere diverso da quello concretamente emesso. Nel caso di specie si potrebbe argomentare sul fatto che l'aggiudicazione, pur intrinsecamente discrezionale, non avrebbe avuto un contenuto diverso laddove, nel condurre la procedura la stazione appaltante avesse deciso di osservare scrupolosamente i termini di *standstill*. Tra i più recenti contribuiti in tema di vizi formali dell'atto si veda: Sorace, *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 385; Corletto, *Vizi formali e poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 33;

2 *sexies* della direttiva, in cui si legge che «la concessione del risarcimento danni non rappresenta una sanzione adeguata ai fini del presente paragrafo». Il risarcimento, che sul fronte nazionale a tutt'oggi sembra l'unica strada percorribile, non può dunque considerarsi un rimedio soddisfacente rispetto allo *standard* europeo risultante dalla direttiva ricorsi. Il legislatore italiano quindi, in sede di recepimento della predetta direttiva [15], non potrà limitarsi a prospettare la tutela risarcitoria, dovendo al contrario sanzionare l'inosservanza del termine con l'inefficacia del contratto, o in alternativa (in caso di *mera* violazione del termine) con l'irrogazione delle c.d. sanzioni alternative.

La seconda precisazione riguarda il fatto che il ricorso alla tutela risarcitoria, oltre a non soddisfare lo *standard* comunitario di cui si è appena detto, deve comunque fare i conti con un dato ineludibile, ossia con la dimostrazione della sussistenza del danno [16]. Per imporre alla p.a. l'obbligo di risarcire occorre cioè verificare che in capo ad una delle imprese coinvolte nella vicenda contrattuale si sia prodotto un danno riconducibile (in base

---

Cerulli Irelli, *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, in *Ragiusan*, 2004, 248, 22; Police, *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 735.

[15] Come noto, il recepimento della c.d. direttiva ricorsi dovrà avvenire entro e non oltre il 20 dicembre 2009.

[16] Il problema della rintracciabilità del danno è sicuramente preliminare rispetto ad un quesito ulteriore, ma non meno rilevante, ossia quello della qualificazione della responsabilità dell'amministrazione in termini contrattuali o, viceversa, extracontrattuali. Ciascuno dei due modelli, come noto, si lega ad una diversa fisionomia dei rapporti tra danneggiante e danneggiato. Nella logica aquiliana, questi non sono legati da alcun preesistente vincolo negoziale, vincolo che, invece, tradizionalmente si ritiene debba sussistere nelle fattispecie riconducibili al paradigma di cui all'art. 1218 c.c. Nel caso della violazione del termine di *standstill*, il danno arrecato alle concorrenti (ove sussistente e concretamente apprezzabile) risulta comunque difficilmente collocabile nell'alternativa appena evocata in tema di paradigmi di responsabilità. Ciò alla luce del fatto che la relazione giuridica che intercorre tra la stazione appaltante e le imprese che hanno partecipato alla gara (senza poi aggiudicarsi il contratto) è di dubbia qualificazione. Tra i due protagonisti della fattispecie dannosa non sussiste infatti né l'estraneità che contraddistingue le fattispecie aquiliane, né il vincolo negoziale che funge da presupposto al regime della responsabilità contrattuale. Ciò suggerisce allora di sfruttare le nozione, più sfumata, e forse più ambigua, della c.d. responsabilità da contatto, in cui per l'appunto si tenta di inquadrare le ipotesi in cui il danneggiante e il danneggiato, pur non legati da alcun contratto, sono comunque protagonisti di una relazione qualificata e differenziata, che, nel caso di specie, si dispiega lungo la procedura di evidenza pubblica. Su questi temi la bibliografia è sconfinata, ci si limita dunque a richiamare i più recenti contributi in tema di responsabilità da contatto: Rigo, *La tutela risarcitoria dell'interesse legittimo alla luce del riconoscimento del danno «da contatt*o», in *Contr. Stato enti pubbl.,* 2008, 7; Saito, *La responsabilità «da contatto» della pubblica amministrazione*, in *Giur. mer.*, 2005, 1263; Renna, *Responsabilità della pubblica amministrazione: la*

ad uno stringente nesso di causalità) alla prematura stipulazione. Ma tale dimostrazione non sembra particolarmente agevole, quantomeno nelle ipotesi di *mera* violazione.

Nella vicenda in esame, ad esempio, il danno non sussiste: si è visto infatti come, in base alle considerazioni svolte dai Giudici umbri, la ricorrente non possa in alcun modo vantare la spettanza dell'appalto, stante l'accertata legittimità dell'aggiudicazione in favore della impresa *medio tempore* divenuta contraente. Ne consegue che, anche se il termine dilatorio fosse stato rispettato, l'impugnazione dell'atto di aggiudicazione si sarebbe comunque rivelata infruttuosa: il giudice avrebbe infatti respinto il ricorso, e il contratto sarebbe poi stato stipulato. Tanto basta, evidentemente, per escludere in capo all'impresa non aggiudicataria la sussistenza di un effettivo pregiudizio derivante dal mancato rispetto dell'intervallo dei trenta giorni. Ciò equivale a dire, in termini più generali, che la *mera* violazione del termine non lede alcuna situazione giuridicamente rilevante facente capo alle imprese concorrenti.

È ammissibile dunque che tale violazione non dia luogo ad alcuna tutela di tipo costitutivo ovvero risarcitorio, ma sia piuttosto assistita da misure a carattere strettamente sanzionatorio (volte cioè soltanto a reprimere l'operato irregolare della amministrazione che ha condotto la procedura). Giova in proposito richiamare il fatto che le misure alternative prospettate dalla direttiva per contrastare le *mere* violazioni dello *standstill* consistano nell'irrogazione di sanzioni pecuniarie all'amministrazione aggiudicatrice, oppure (probabilmente per i casi in cui l'impresa contraente fosse edotta della violazione) nella riduzione della durata del contratto. Si tratta, evidentemente, di misure prive di ogni connotato rimediale: esse cioè non perseguono finalità di tutela, ma puniscono comportamenti che, pur non lesivi di alcuna situazione giuridicamente rilevante, risultano pur sempre contrari alle *practices* imposte dalla normativa comunitaria.

Le conclusioni appena raggiunte non valgono per le violazioni diverse da quelle che sinora sono state definite *mere* violazioni del termine. Si pensi all'ipotesi di una erronea applicazione dei criteri di valutazione delle offerte (quindi ad una aggiudicazione illegittima) seguita da una stipulazione perfezionatasi prima dei 30 gg. In questo caso potrebbe verificarsi che il g.a., presso cui sia stato impugnato l'atto di aggiudicazione e chiesto il risarcimento, si limiti ad accordare il risarcimento per equivalente,

---

Cassazione innova e il Consiglio di Stato conserva, in *Giorn. dir. amm*., 2008, 885; Passoni, *Nuovi sviluppi sul tema della responsabilità (para) contrattuale da contatto,* in *Urb. app.,* 2004, 455; Bartolini, *Il risarcimento da attività amministrativa tra inadempimento, responsabilità precontrattuale e danno da contatto,* in *Giorn. dir. amm.,* 2003, 948*;* Molaschi, *Responsabilità extracontrattuale, responsabilità precontrattuale e responsabilità da contatto: la disgregazione dei modelli di responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 2002, III, 4.

in modo da salvaguardare l'affidamento serbato dall'impresa che *medio tempore* avesse sottoscritto il contratto. La ricorrente (in ipotesi l'impresa non aggiudicataria) potrebbe allora allegare il fatto che, per effetto della precoce stipulazione, si è vista preclusa la strada del risarcimento in forma specifica, che le avrebbe consentito di acquisire il ruolo di contraente, ed in futuro, di poter vantare una maggiore esperienza nel settore in cui si collocava la commessa «perduta» [17]. Il risarcimento monetario dovrebbe allora comprendere una posta aggiuntiva, che corrisponda per l'appunto alla perdita connessa alla mancata assegnazione dell'appalto, con riferimento all'appena evocato danno curriculare [18].

Nella fattispecie in epigrafe, come si è visto, gli scenari sono differenti da quelli appena prospettati: a detta dei Giudici la ricorrente non poteva infatti vantare alcuna concreta possibilità di aggiudicazione del contratto. La mera violazione del termine si rivela dunque, al suo cospetto, sostanzialmente irrilevante, e pertanto, non risarcibile.

In questo quadro, per completare l'analisi sinora condotta, non resta che esaminare la situazione controversa dal punto di vista dell'impresa contraente. Si tratta cioè in conclusione verificare se proprio rispetto a quest'ultima la violazione del termine di cui all'art. 11 si possa rivelare dannosa e quindi risarcibile.

Come noto, la predisposizione del termine dilatorio tende a far in modo che le eventuali impugnazioni degli atti di gara siano proposte e coltivate prima della stipulazione del contratto: il tutto a tutela dell'aggiudicatario, che rischierebbe altrimenti di veder caducato il contratto già stipulato. È dunque rispetto all'impresa (illegittimamente) aggiudicataria che la stipulazione «frettolosa» può in concreto rivelarsi pregiudizievole, in quanto foriera di un legittimo affidamento. La mera violazione del termine dilatorio rischia cioè di innescare un obbligo risarcitorio destinato ad operare con più probabilità in favore dell'impresa contraente, la quale potrà allegare, tra le

---

[17] Il riferimento concerne il c.d. danno curriculare, definito dal Consiglio di Stato (sez. VI, 2 marzo 2009, n. 1180, in *www.appaltiecontratti.it*) come «la "*deminutio*" di peso imprenditoriale della società per omessa acquisizione dell'appalto che la medesima avrebbe avuto titolo a conseguire; tale "*deminutio*" può essere rapportata ad un inferiore radicamento nel mercato, anche come possibile concausa di crisi economica o imprenditoriale». Sul punto cfr. *infra* nota 18.

[18] Sulla risarcibilità del c.d. danno curriculare si veda Cons. St., sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2751, in *Urb. app*., 2008, 1285 in cui il Supremo Consesso chiarisce che «è risarcibile, in linea di principio, il c.d. danno curriculare, in quanto l'esecuzione di un appalto pubblico consente non solo di ottenere un vantaggio economico corrispondente al valore dell'opera, ma anche di accrescere la capacità dell'impresa di competere sul mercato e quindi nella *chance* di aggiudicarsi ulteriori e futuri appalti». Ancora più recentemente sul tema: Cons. St., sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3144, in *www.appaltiecontratti.it*.

circostanze generatrici dell'affidamento, proprio l'avvenuta stipulazione. Il tutto, ovviamente, a condizione che si dimostri l'estraneità dell'aggiudicataria/contraente alla condotta colposa dell'amministrazione stipulante.

Si tratta, ancora una volta, di una situazione che non coincide con la fattispecie controversa. Nel caso in esame infatti il Collegio si esprime nel senso della piena legittimità dell'atto di aggiudicazione: non si è pertanto prodotta alcuna caducazione che possa aver leso l'affidamento serbato dall'impresa aggiudicataria. È evidente, quindi, che lo scenario appena evocato travalica i confini della sentenza in epigrafe, e si colloca piuttosto sul piano della semplice ipotesi ricostruttiva. Ma ciò è in qualche misura inevitabile. I Giudici umbri, infatti, pur sollecitati a pronunciarsi su un tema di assoluto rilievo, si sono trovati nell'insuperabile impossibilità di esprimere una precisa linea ricostruttiva relativa alle conseguenze della violazione del menzionato art. 11.

Il Collegio fornisce cioè un insegnamento importante nella misura in cui nega la praticabilità del rimedio demolitorio, ossia l'automatico effetto invalidante della violazione del termine sull'atto di aggiudicazione. Per il resto, il Tribunale ha dovuto fare i conti con un assoluto vuoto normativo: quello relativo, come si è visto, alle sanzioni per la violazione dello *standstill*.

Anche gli scenari della responsabilità, non potevano essere adeguatamente sviluppati: né la ricorrente né la controinteressata hanno infatti formulato alcuna richiesta risarcitoria. E comunque, anche laddove tale pretesa fosse stata avanzata, il Tar avrebbe dovuto declinare la giurisdizione in favore della magistratura ordinaria. Né, come si è visto, hanno potuto essere vagliate le ipotesi di una eventuale invalidità del contratto «prematuro», anch'essa di competenza del giudice ordinario.

All'interprete non resta dunque che segnalare il rilievo delle problematiche intercettate dalla vicenda in analisi, che, ove correttamente inquadrate dalle parti, avrebbero forse potuto condurre ad una decisione più illuminante, probabilmente da parte del giudice ordinario.

ANNALAURA GIANNELLI

T.A.R. UMBRIA – 22 aprile 2009 n. 48 (Ord.) – *Pres.* LIGNANI – *Est*. UNGARI – B. e altri (avv.ti Bromuri e Calabrese) c. Comune di Perugia (avv.ti Tarantini, Zetti e Martinelli) c. Ministero dell'Interno (Avvocatura dello Stato).

Processo amministrativo – Domanda cautelare – Rinunzia – Dichiarata in sede di cc.dd. istanze preliminari – Mancata verbalizzazione della rinunzia – Trattazione dell'istanza secondo l'ordine del ruolo – Revoca della rinunzia alla trattazione della cautela – Ammissibilità (art. 21, comma 8, l. n. 1034/1971; art. 21, comma 13, l. n. 1034/1971; art. 46, r.d. n. 642/1907).

Poiché nella fase delle cc.dd. istanze preliminari le dichiarazioni delle parti e le eventuali decisioni del Presidente vengono verbalizzate solo qualora non sia prevista una nuova chiamata per la discussione propriamente detta, all'apertura della vera e propria discussione in camera di consiglio la difesa di parte ricorrente, che abbia inizialmente dichiarato l'intenzione di voler rinunciare all'istanza cautelare in sede di istanze preliminari, non incorre in alcuna preclusione ove, chiamato il ricorso, essa parte dichiari di voler insistere nella trattazione della cautela, anche perché, a differenza di quanto avviene con la rinuncia al ricorso, la rinuncia alla domanda cautelare non impedisce di riproporla, e tanto meno comporta l'estinzione del giudizio (1).

(Omissis). 1. Il Collegio ritiene anzitutto opportuno riunire i ricorsi, stante l'evidente connessione oggettiva, oltre che soggettiva, ed in particolare la stretta interdipendenza degli effetti concreti che potrebbero derivare dalla valutazione di ciascuno di essi. 2. Quanto all'esame della domanda cautelare relativa al ricorso n. 146/2009, viene anzitutto in esame l'eccezione sollevata dalla difesa del Comune in relazione agli effetti della rinuncia alla domanda cautelare, annuciata dai difensori della parte ricorrente nella fase delle c.d. istanze preliminari all'udienza odierna, e poi revocata al momento della trattazione in camera di consiglio con l'intervento delle parti. Il Collegio – prescindendo dal considerare gli orientamenti giurisprudenziali formatisi in materia di revocabilità della rinuncia al ricorso (peraltro, non univoci) – ricorda che le c.d. istanze preliminari (in apertura di udienza) hanno la funzione di individuare le controversie per le quali viene richiesta e/o appare necessaria la discussione (in pubblica udienza per i ricorsi di merito, in camera di consiglio con l'intervento delle parti per le sospensive), e che pertanto verranno richiamate una per una nel prosieguo della seduta, separandole da quelle per le quali, invece, viene chiesto rinvio o le cui parti si limitano a riportarsi alle difese scritte.

Questa prassi, da gran tempo consolidata davanti al Consiglio di Stato ed ai Tribunali amministrativi regionali, comporta che nella fase delle istanze preliminari le dichiarazioni delle parti e le eventuali decisioni del Presidente vengono verbalizzate solo qualora non sia prevista una nuova chiamata per la discussione propriamente detta. Nel caso del ricorso n. 146/2009, i difensori dei ricorrenti avevano annunciato, nella fase delle istanze preliminari, la volontà di rinunciare alla domanda cautelare, ma il Presidente non ha dichiarato chiusa la discussione, anzi ha invitato le parti ad attendere una nuova chiamata per trattare il ricorso in camera di consiglio, congiuntamente al ricorso connesso n. 156/2009, per il quale in effetti le parti avevano chiesto la discussione. Di conseguenza, quando, alla riapertura della discussione (o meglio all'apertura della vera e propria discussione in camera di consiglio), i difensori dei ricorrenti hanno dichiarato di voler insistere nella domanda cautelare, non si era determinata alcuna preclusione rispetto alle successive valutazioni in ordine alla condotta processuale, anche nel senso di non dare più corso a quella rinuncia alla domanda cautelare, che pure era stata annunciata. Va del resto considerato che – a differenza di quanto avviene con la rinuncia al ricorso – la rinuncia alla domanda cautelare (supposto che venga formalmente perfezionata, il che nel caso in esame non è accaduto) non impedisce di riproporla, e tanto meno comporta l'estinzione del giudizio.

3. Né può condividersi l'eccezione di inammissibilità del ricorso per difetto di legittimazione dei ricorrenti. Non si può disconoscere che essi siano legittimati sia come cittadini elettori degli organi rappresentativi delle circoscrizioni comunali, sia come cittadini contribuenti, potenzialmente onerati dall'aumento del numero delle circoscrizioni su cui si controverte, sia come cittadini utenti delle funzioni delle circoscrizioni sulla cui conformazione territoriale altresì si controverte.

4. Stessa sorte merita, ad avviso del Collegio, l'eccezione di inammissibilità per omessa instaurazione del contraddittorio nei confronti dei consiglieri comunali che hanno votato l'approvazione dei provvedimenti impugnati, posto che essi non rivestono la posizione di controinteressati in senso tecnico (del resto, l'accoglimento della tesi comporterebbe la sistematica necessità, nei giudizi impugnatori, di intimare i componenti dell'organo collegiale che hanno votato a favore dell'adozione del provvedimento impugnato).

5. Nel merito, il Collegio ritiene che il ricorso n. 146/2009 presenti adeguati profili di fondatezza.

L'articolo 6, comma 2, del T.U.E.L. di cui al d.lgs. 267/2000, prevede che lo statuto comunale "nell'ambito dei princìpi fissati dal presente testo unico, stabilisce le norme fondamentali dell'organizzazione dell'ente (…) i criteri generali in materia di organizzazione dell'ente, le forme di

collaborazione fra comuni e province, della partecipazione popolare, del decentramento (…)". L'articolo 37, comma 4, stabilisce che la popolazione (ai fini dell'individuazione del numero dei consiglieri comunali e provinciali) "è determinata in base ai risultati dell'ultimo censimento ufficiale". L'articolo 17, comma 2, prevede che "L'organizzazione e le funzioni delle circoscrizioni sono disciplinate dallo statuto comunale e da apposito regolamento". Quindi, la normativa statale non considera espressamente la "base demografica" di calcolo per l'individuazione del numero delle circoscrizioni. Il Comune di Perugia ha ritenuto che rientrasse nell'ambito della propria autonomia statutaria anche la fissazione della "base demografica" per il calcolo del numero delle circoscrizioni da istituire (la modifica statutaria presuppone l'utilizzazione dell'anagrafe dei residenti nel Comune alla fine del 2007), nel rispetto dei limiti stabiliti dall'articolo 17, comma 3, del T.U.E.L., come modificato dall'articolo 29, comma 2, della legge 244/2007, secondo il quale "La popolazione media delle circoscrizioni non può essere inferiore a 30.000 abitanti". Queste disposizioni legislative limitano l'autonomia statutaria degli enti locali; il legislatore, cioè, ha inteso sottrarre alla potestà dei Comuni la determinazione del numero delle circoscrizioni, e lo ha collegato tassativamente al dato della popolazione. Se questo è vero, ne consegue che sfugge all'autonomia comunale la scelta del criterio con il quale determinare il dato stesso. In altre parole, se la legge si riferisce alla popolazione, il dato rilevante è quello cui il legislatore stesso ha voluto fare riferimento. Qualora il riferimento possa sembrare dubbio, si pone una questione di interpretazione della legge, da risolvere con i criteri ermeneutici e non mediante un esercizio dell'autonomia statutaria. Ciò posto, il Collegio ritiene che una corretta interpretazione delle norme di legge conduca a dare rilevanza al dato della popolazione risultante dal censimento, piuttosto che ai dati rilevabili con altri metodi. E' vero che appaiono concettualmente opinabili sia la portata applicativa della delimitazione delle materie "legislazione elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane", demandate dall'articolo 117 Cost., comma secondo, lettera p), alla potestà legislativa esclusiva dello Stato; sia l'individuazione dei principi (espressamente o tacitamente) fissati dal T.U.E.L. e, correlativamente, dell'ambito di competenza degli statuti e dei regolamenti comunali. Tuttavia, non sembra in ogni caso dubitabile che un cittadino non possa essere computato, ai fini dell'individuazione del numero delle circoscrizioni istituibili e concretamente attivabili in un determinato periodo di tempo, nella "base demografica" utile di due diversi Comuni; e sembra altresì indubitabile che un simile risultato potrebbe invece determinarsi qualora ogni Comune potesse scegliere, mediante le previsioni statutarie, di fare riferimento ad una base demografica diversa da quella

legata alle risultanze del censimento ufficiale nazionale. Con evidente elusione di disposizioni, come quella dell'articolo 29, comma 2, dettate a fini di razionalizzazione dell'organizzazione dei pubblici poteri e di contenimento della spesa pubblica (la cui legittimità, non è stata messa in discussione nei procedimenti di modifica statuaria e regolamentare, né nella presente controversia), oltre che distorsione applicativa del principio della rappresentanza elettiva ai diversi livelli istituzionali. Questa *ratio* conduce a ritenere l'articolo 37, comma 4, espressione di un principio generale, non derogabile dagli statuti comunali. Il censimento ufficiale, in forza della sua unicità legata alla natura "nazionale" (più che della cadenza temporale o delle modalità con cui viene effettuato, e della conseguente sua intrinseca attendibilità – profili oggetto di contrapposte argomentazioni difensive) risulta in grado di ovviare agli inconvenienti suddetti. Appare perciò fondato, per quanto valutabile alla luce della sommaria cognizione propria della fase cautelare, il primo ordine di censure dedotte dai ricorrenti.

6. D'altro canto, l'attuazione, nella prospettiva elettorale, delle previsioni statutarie e regolamentari impugnate, è in grado di causare un danno grave ed irreparabile, in quanto determinerebbe una distorsione del confronto elettorale, oltre alla dispersione delle risorse pubbliche necessarie alla consultazione elettorale relativa alle cinque circoscrizioni ed al loro insediamento, che ricade sui ricorrenti, come detto, quali cittadini elettori e contribuenti.

7. La domanda cautelare relativa al ricorso n. 146/2009 merita dunque di essere accolta, sussistendone i presupposti.

8. Quanto al ricorso n. 156/2009, il Collegio ritiene che siano parimenti assistite da adeguati profili di fondatezza le censure incentrate sull'inesistenza nell'ordinamento di un potere in capo al Prefetto, competente all'indizione dei comizi elettorali per le circoscrizioni comunali, di rifiutare tale indizione in esito ad una valutazione di illegittimità delle previsioni statuarie e regolamentari riguardanti il numero delle circoscrizioni cui si riferiscono le elezioni. Infatti, tali atti, espressione dell'autonomia costituzionalmente riconosciuta ai Comuni, devono ritenersi efficaci, fino a che non ne venga eventualmente disposto l'annullamento, nelle forme previste dall'ordinamento, e non possono essere disapplicati.

9. Tuttavia, per effetto dell'accoglimento della domanda cautelare relativa al ricorso n. 146/2009, e stante la circostanza che il 23 aprile 2009 è – per concorde ammissione delle parti – l'ultimo giorno utile all'indizione dei comizi elettorali, non sembra che una misura cautelare possa essere idonea ad evitare il danno derivante dai provvedimenti impugnati (sostanzialmente qualificabili come espressione di un rifiuto di indire i comizi elettorali, fino a che non vengano modificate le previsioni

statutarie in ordine al numero delle circoscrizioni). Infatti, nel contesto indicato, l'impossibilità di procedere alle elezioni circoscrizionali deriva, in modo assorbente, dall'accoglimento della domanda cautelare di sospensione delle previsioni statutarie e regolamentari impugnate con il ricorso n. 146/2009 (*Omissis).*

(1) Rinuncia alla cautela e revoca della rinuncia.

Ordinanza di grande interesse, quella in commento, in primo luogo perché, con una motivazione che trascende di gran lunga gli abituali (e talora troppo angusti) limiti entro i quali si annida il discorso giustificativo della decisione cautelare essa fa luce su di un istituto pretorio di generale applicazione da decenni: quello delle richieste avanzate in sede di cc.dd. istanze preliminari, ossia prima – come nota perspicuamente l'ordinanza – che la camera di consiglio abbia inizio mercé la chiamata dei ricorsi secondo l'ordine del ruolo; in secondo luogo perché – e qui va segnalata un'indicazione rispetto alla quale, a chi scrive, non constano precedenti – si afferma che la dichiarazione di rinuncia ad uno specifico mezzo difensivo (la domanda cautelare) non produce preclusione se pronunciata in sede, appunto, di istanze preliminari, e, in particolare, se non formalizzata nel verbale dell'udienza camerale.

La prassi di cui si tratta (la chiamata dei ricorsi in sede di "istanze preliminari") è informata ad un comprensibile quanto ragionevole scopo: quello di sveltire la trattazione delle istanze cautelari laddove i difensori rinunzino alla facoltà, loro accordata dall'art. 21, comma 8, ultimo periodo, della l. n. 1034/1971, di essere sentiti in camera di consiglio, ma nondimeno chiedano che il Collegio si pronunci sull'istanza: in tal caso trattasi di rinuncia alla parola, ma non al mezzo difensivo, com'è d'uso, da sempre, in ogni processo scritto. Le istanze preliminari, inoltre, si giustificano alla stregua del numero solitamente elevato di ricorsi da trattare nell'ambito di una medesima udienza, tradizionalmente divisa, nel nostro processo amministrativo, tra un ruolo dedicato ai riti camerali (non necessariamente solo cautelari) ed uno in cui sono elencati i giudizi da trattare in pubblica udienza.

Ebbene, la soluzione fornita dal Tar umbro appare pienamente in linea non solo con le norme di rito, ma anche con i principi generali in materia di disponibilità degli strumenti tecnici di difesa processuale.

In sede di istanze preliminari, in verità, la disponibilità del mezzo difensivo è subordinata in primo luogo alla completezza del contraddittorio, ché anche l'amministrazione resistente e/o gli eventuali controinteressati potrebbero coltivare un (improbabile ma non eludibile) interesse alla trattazione della cautela (il che esclude, ad esempio, che la parte ricorrente possa ottenere dal Presidente il rinvio della trattazione della cautela alla udienza di merito – altra prassi da lungo tempo invalsa nel foro amministrativo – a fronte dell'opposizione delle altre parti costituite e presenti), ed in secondo

luogo all'assunzione di un provvedimento, che può andare dalla presa d'atto – ad esempio, appunto, del c.d. rinvio della cautela all'udienza di merito, che dovrà constare a verbale – all'assunzione, comunque, di un'ordinanza (nella specie, che dà atto della rinuncia, e che pare tanto più auspicabile se si tiene conto del potere collegiale di provvedere sulle spese anche in sede cautelare).

In tal senso, quindi, pare ovvio che la dismissione della situazione di vantaggio consistente nella facoltà di trattare la cautela possa essere esercitata sino a quando il Collegio non dispone in ordine alla richiesta di parte, ed a prescindere, stavolta, dal consenso delle altre parti, essendo noto che, nel processo amministrativo, la rinuncia all'azione non richiede accettazione delle controparti (art. 46, r.d. n. 642 del 1907): e ciò proprio perché la rinunzia deve essere manifestata (anche) "mediante dichiarazione verbale, *di cui è steso processo*" (art. 46 cit., comma 1).

Nel caso di specie, emerge dall'ordinanza in commento che nessuna verbalizzazione era stata effettuata della volontà della parte ricorrente di rinunciare all'istanza cautelare: anzi, risulta che il ricorso sarebbe stato chiamato nuovamente in prosieguo di udienza camerale, il che escludeva di per sé che qualsivoglia dichiarazione resa dalle parti in sede di istanze preliminari potesse produrre effetti processuali di sorta: men che meno una preclusione (la mortificazione del diritto di difesa costituzionalmente garantito, ragionando in senso contrario, apparirebbe sin troppo palese).

Qualche dubbio – nella specie irrilevante, posto che nessuna valida rinuncia s'era perfezionata – può destare l'affermazione secondo cui, rinunciata un'istanza cautelare, essa possa essere riproposta. In verità, proprio in ossequio al principio dispositivo, che governa il processo amministrativo, ed ai principi generali in materia di rinunciabilità di situazioni attive di vantaggio, la soluzione da privilegiare parrebbe quella opposta, e ciò anche applicando in via di *analogia iuris* l'art. 21, comma 13 della l. n. 1034/1971, secondo cui "la domanda di revoca o modificazione delle misure cautelari concesse e *la riproposizione* della domanda cautelare *respinta* sono ammissibili solo se motivate con riferimento a fatti sopravvenuti"; è vero che nella specie la norma si applica ai casi di reiezione della domanda cautelare, ma è anche vero che la rinuncia a tale domanda preclude al Giudice, di per sé, il potere di emettere pronuncia interinale; affidare ai "capricci" di parte ricorrente l'onere di (ri)esercitare tale potere pare poco conforme ai principi di speditezza ed effettività della tutela, entrambi espressione di condivise ed affermate clausole generali scolpite in note disposizioni costituzionali e comunitarie.

NINO PAOLANTONIO

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, comma 6, Cost.; art. 3, comma 18, l. 24 dicembre 2003, n. 350).

Enti locali – Spese di manutenzione straordinaria – Spese di manutenzione ordinaria – Differenza (art. 3, comma 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, comma 18, lett. *a*, *b*, l. 24 dicembre 2003, n. 350; 119, comma 6, Cost.).

Enti locali – Spese di manutenzione ordinaria – Natura – Spese di investimento – Esclusione – Finanziamento – Ricorso all'indebitamento – Esclusione (art. 3, comma 18, lett. *a*, *b*, l. 24 dicembre 2003, n. 350; 119, comma 6, Cost).

Enti locali – Consiglieri comunali – Deliberazioni assunte in violazione dei limiti all'indebitamento – Sanzione oggettiva e sanzione soggettiva – Relazione (art. 30, comma 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, comma 15, l. 27 dicembre 2002, n. 289).

Enti locali – Consiglieri comunali – Deliberazioni assunte in violazione dei limiti all'indebitamento – Nullità parziale – Configurabilità (art. 30, comma 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, comma 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, comma 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, comma 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, comma 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, comma 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, comma 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). *

(* Il testo della sentenza è stato pubblicato per esteso in questa *Rivista,* 2008, 605).

(1-4). La fattispecie analizzata dalla Sezione regionale umbra della Corte dei conti trae origine da una delibera comunale con la quale è stata disposta l'emissione di un prestito obbligazionario volto al finanziamento di una molteplicità di spese. Il Collegio, dopo aver esaminato le suddette spese, ha ritenuto che talune non fossero qualificabili come 'investimenti'. Ciò ha condotto all'applicazione delle sanzioni previste dall'art. 30, l. n. 289/2002 ai sensi del quale "Qualora gli enti territoriali ricorrano all'indebitamento per finanziare spese diverse da quelle di investimento, in violazione dell'art. 119 Cost., i relativi atti e contratti sono nulli. Le sezioni giurisdizionali regionali della Corte dei conti possono irrogare agli amministratori, che hanno assunto la relativa delibera, la 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".

Ora, prima di affrontare le singole questioni sulle quali il Collegio ha focalizzato la propria attenzione, ed innanzi tutto quella relativa alla classificazione delle spese, occorre ricostruire brevemente il quadro ordinamentale in cui la tematica, complessivamente considerata, risulta collocata.

Il problema del ricorso a forme di finanziamento è risalente nel tempo oltre che ricorrente nella prassi: gli enti territoriali, infatti, usano chiedere somme a mutuo alla Cassa depositi e prestiti oltre che a istituti di credito per reperire risorse dirette al perseguimento dei fini istituzionali. A tali forme,

statisticamente più diffuse, si affianca per i medesimi enti la possibilità di emettere titoli obbligazionari, denominati BOC (buoni ordinari comunali) attraverso i quali si chiede direttamente alla popolazione di sostenere economicamente i propri interventi (CORTESE, *Strumenti finanziari derivati ed enti locali*, in *Diritto e form.*, 2009, 1, 88 ss.)

Questa modalità di finanziamento, già prevista nei decenni precedenti, è stata reintrodotta dal legislatore nel 1994 con la l. n. 724 che ne ha tuttavia limitato l'utilizzo al finanziamento delle spese di investimento. Questa previsione intendeva evitare l'arbitrio degli amministratori nell'utilizzo dell'istituto: è evidente, infatti, che l'assunzione di un debito oggi comporta un peso per la futura gestione finanziaria dell'ente, sia da un punto di vista politico, in quanto le future amministrazioni incontreranno già un peso negativo, a loro preesistente, nella redazione dei bilanci, sia per la popolazione, che dovrà far fronte, mediante le imposte, ad obblighi precedentemente assunti. Ed allora il ricorso a questi strumenti si giustifica solo quando avvenga per sostenere spese che avranno ricadute positive su coloro che, in futuro, si troveranno concretamente a farvi fronte (in merito v. MORBIDELLI, *Le emissioni obbligazionarie degli enti locali: profili di diritto amministrativo*, in *Le emissioni obbligazionarie degli enti locali*, Milano, 1996).

Al medesimo principio si è ispirato il legislatore delegato nella redazione del Testo unico sugli enti locali, ove, a fianco di regole per la procedura di assunzione del mutuo, volte a garantire la ponderatezza della decisione amministrativa, ha sancito il principio della correlazione tra indebitamento e investimento. La c.d. *golden rule*, tuttavia, veniva in questa sede ripresa in modo rigoroso per l'emissione di titoli obbligazionari e temperata per le altre forme di ricorso al credito ammettendone l'utilizzo anche per il pagamento di debiti fuori bilancio (v. CONDEMI, *La gestione economica dell'ente locale,* Milano, 2000; OREFICE, *Manuale di contabilità pubblica*, Roma, 2003, 254 ss.).

Questa crescente attenzione per la gestione finanziaria delle autonomie territoriali ha raggiunto matura formulazione nell'ambito della riforma del Titolo V della Costituzione: il legislatore ha, infatti, provveduto ad inserire nella Carta fondamentale la *golden rule* sancendo, all'art. 119 Cost., comma 6, che gli enti locali possono ricorrere all'indebitamento solamente per finanziare spese di investimento.

È evidente che il descritto mutamento della disciplina, nella materia di cui trattasi, è il frutto del nuovo clima culturale e politico impostosi a seguito dell'ingresso dell'Italia nell'Unione Europea e dei vincoli alla spesa pubblica dalla medesima derivanti, gravanti sugli Stati, ma esercitanti una massiccia influenza su tutto il complesso delle amministrazioni pubbliche.

Il citato principio ha, successivamente, trovato applicazione nella legislazione ordinaria: da un lato sono state introdotte sanzioni per l'ipotesi in cui venga violato, dall'altro è stata elaborata una elencazione delle possibili forme di indebitamento e delle spese da considerarsi di investimento, fornendo così chiare direttive per l'esercizio di questa facoltà.

Come anticipato la pronuncia in commento si riferisce all'emissione di un prestito obbligazionario, operazione compresa tra quelle disciplinate dalla legge finanziaria per il 2004, allo scopo di finanziare una molteplicità di spese tra le quali, secondo la Procura contabile, ve ne sarebbero talune non qualificabili come investimenti.

Il Collegio, pertanto, ha anzitutto affrontato la problematica relativa alla classificazione delle spese oggetto della delibera, dalla cui soluzione deriva la possibilità di individuare eventuali violazioni dell'art. 119, comma 6, Cost. e di applicare le relative sanzioni.

La sezione ha, in primo luogo, esaminato il concetto di spese di investimento, differenziandole da quelle in conto capitale, per poi interpretare l'elencazione posta dalla l. n. 350/2003.

Sul punto occorre anzitutto rammentare che tradizionalmente nell'ambito dei bilanci pubblici le spese vengono distinte in "di parte corrente" e "di parte capitale", costituendo quelle di investimento solamente una parte di queste ultime.

Ora, mentre il Collegio non si pronuncia su cosa si intenda per spese di parte corrente, da intendersi comunque come tutte quelle necessarie per l'ordinario funzionamento dell'ente e lo svolgimento delle attività, definisce puntualmente le altre due categorie, che assumono, ai fini della decisione, importanza centrale.

Si legge, in particolare, nella motivazione: "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 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".

Viene, quindi, accolto un concetto patrimoniale di investimento, inteso come quella spesa volta all'acquisto non di tutti quei beni che mantengono un'utilità per più esercizi bensì, più limitatamente, solo di quelli che non sono destinati al consumo e costituiscono una dotazione permanente dell'ente.

È evidente la difficoltà di rintracciare una simile distinzione nella concreta gestione delle amministrazioni pubbliche: è la medesima Sezione, tuttavia, a chiarire che tali definizioni non costituiscono direttamente il parametro per l'applicazione delle sanzioni, ma assumono esclusivamente una funzione ermeneutica e ausiliaria rispetto all'elenco delle spese di investimento fornito dal legislatore.

A seguito dell'introduzione, da parte della legge finanziaria per il 2003, di un apparato sanzionatorio volto a contrastare le violazioni della *golden rule* si è resa evidente la vaghezza del concetto di investimento, con conseguenti difficoltà applicative. Il legislatore è, così, di nuovo intervenuto fornendo un elenco tassativo delle spese da considerarsi di investimento ai sensi dell'art. 119, comma 6, Cost.

Ora, nel caso di specie il Collegio ha puntato la propria attenzione sulle lettere a (l'acquisto, la costruzione, la ristrutturazione e la manutenzione straordinaria di beni immobili), b (la costruzione, la demolizione, la ristrutturazione, il recupero e la manutenzione straordinaria di opere e impianti) e c (l'acquisto di impianti, macchinari, attrezzature tecnico-scientifiche, mezzi di trasporto e altri beni mobili ad utilizzo pluriennale), del comma 18, art. 3, l. n. 350/2003 e, segnatamente, sui concetti di ristrutturazione, recupero e manutenzione straordinaria.

Quanto alla ristrutturazione, riferita dalla norma suddetta sia agli immobili che alle opere e impianti, i giudici contabili, ai fini della corretta interpretazione, richiamano per entrambe le ipotesi la normativa in materia di edilizia. Da ciò desumono, per questo tipo di intervento, i caratteri della pluralità, sistematicità dei lavori e finalizzazione alla realizzazione di "un organismo in tutto o in parte diverso" da quello precedente.

In merito al recupero, riferito esclusivamente alle opere pubbliche, viene invece richiamata la normativa in materia di appalti e si afferma che si tratta di un'operazione caratterizzata dal compimento di una serie organica di operazioni specialistiche ed amministrative specificamente indirizzate a ridare all'opera pubblica le caratteristiche di funzionalità ed efficienza.

Il Collegio passa, da ultimo, a elaborare la distinzione tra manutenzione ordinaria e straordinaria: questa acquista particolare valore in quanto si pone come l'intervento meno incidente tra quelli rientranti nell'idea di investimento, costituendo così il limite all'applicazione della sanzione prevista dalla l. n. 289/2002. A tale scopo la Sezione si riferisce al glossario SIOPE e ai principi contabili internazionali, in virtù del fatto che, come già anticipato, l'esigenza del rispetto degli equilibri di bilancio non sorge solo dall'ordinamento interno ma è imposto dall'appartenenza dell'Italia all'Unione Europea. Si legge, quindi, nella decisione in commento che le spese di straordinaria amministrazione sono intese come gli "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'edificio 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".

In virtù di questa distinzione la Sezione passa, quindi, nella pronuncia, ad analizzare le singole delibere consiliari e la relativa attuazione giuntale. Dall'esame delle singole spese cui queste si riferiscono emerge più chiaramente cosa si intenda per mantenimento della funzionalità del bene, che rientra nella manutenzione ordinaria, e attribuzione di un *quid pluris* al bene, che invece dà luogo a manutenzione straordinaria, finanziabile mediante indebitamento. A titolo esemplificativo si rammenta che, rispetto agli

interventi sulle strade, il collegio ha ritenuto di manutenzione ordinaria l'intervento di rimozione dello strato di bitume e nuova stesura dello stesso mentre ha considerato manutenzione straordinaria il rifacimento di tutta la sede stradale nei suoi vari strati.

Analogamente sono state inserite nella manutenzione ordinaria i lavori di taglio delle piante e il rifacimento di parte della pavimentazione esterna dello stadio, poiché questi interventi non hanno accresciuto il valore del bene e la sua idoneità a soddisfare gli interessi pubblici ma ne hanno semplicemente mantenuto la funzionalità.

La Sezione, quindi, esaminate le singole deliberazioni e valutate le spese finanziate secondo gli esposti criteri, ha ritenuto che talune di queste violano la *golden rule* e la relativa disciplina di attuazione ed ha, conseguentemente, applicato le sanzioni previste dalla l. n. 289/2002.

(5-7). Nel passare ad esaminare il profilo 'sanzionatorio' della fattispecie, occorre anzitutto soffermarsi brevemente sulla sanzione c.d. oggettiva, vale a dire la nullità dell'atto d'adozione della delibera e il conseguente contratto, espressamente prevista dall'art. 30 della legge finanziaria per il 2003 come conseguenza del ricorso al credito per finanziare spese non aventi natura di investimento. Prima di esaminare quanto affermato dalla sezione sul punto, appare, tuttavia, necessario chiedersi ove si radichi la giurisdizione del giudice contabile relativamente alla pronuncia di nullità. Ai sensi dell'art. 111 Cost., infatti, il ricorso avverso gli atti della pubblica amministrazione viene instaurato o dinanzi all'Autorità Giudiziaria Ordinaria o dinanzi a quella Amministrativa, a seconda della situazione soggettiva che si assume essere stata lesa, di diritto soggettivo nel primo e caso e di interesse legittimo nel secondo, salve le ipotesi di giurisdizione esclusiva. Il cittadino, quindi, può far valere l'invalidità del provvedimento dinanzi alle suddette autorità, chiedendo anche l'eventuale risarcimento dei danni subiti a causa del medesimo atto (Bartolini, *L'art. 28 Cost.,* in Bartolini – Fantini – G. Ferrari, *Codice dell'attività amministrativa e delle responsabilità*, Roma, 2009, in corso di stampa). La citata norma costituzionale, tuttavia, al terzo comma aggiunge che "la legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti stabiliti dalla legge", prevedendo, quindi, la possibilità che anche Autorità diverse da quella Giudiziaria amministrativa si vedano attribuire il potere di cui trattasi.

Ora, nel caso di specie non si discute di potere di annullamento, in quanto gli atti e contratti sono colpiti da nullità, ma della facoltà di conoscere dell'invalidità degli atti amministrativi. Ciò, tuttavia, non esclude la necessità di individuare un titolo che giustifichi la giurisdizione contabile sulla validità degli atti di cui trattasi.

In merito la sezione dell'Umbria non si pronuncia espressamente. Si rileva, tuttavia, che l'art. 30 della legge finanziaria per il 2003 si limita a disporre la nullità delle delibere con le quali si decide il finanziamento di

spese non aventi natura di investimento mediante indebitamento e dei conseguenti contratti, restando muta in merito a quale autorità debba provvedere a dichiarare l'invalidità. Ciò significa che, nel caso di specie, manca un'esplicita attribuzione al giudice contabile del compito di addottora la relativa decisione.

Una possibile soluzione della prospettata questione è stata resa da autorevole dottrina in un commento alla presente sentenza. Si legge, in particolare, che la nullità viene, in questo caso, concepita come sanzione che si affianca a quella irrogata agli amministratori, fondandosi entrambe sulla violazione dello stesso corpo normativo compiuta attraverso l'adozione della medesima delibera. Per tale motivo il medesimo autore ritiene opportuno che entrambe le questioni vengano risolte dal medesimo giudice, da individuarsi nella sezione regionale della Corte dei conti., in virtù del principio della concentrazione delle tutele (SMIROLDO, *La giurisdizione di nullità della Corte dei conti sui provvedimenti e sui contratti che violano l'art. 30, comma 15, L. 27 dicembre 2002, n. 289: per gli enti territoriali un possibile* exit device *per liberarsi della morsa dei derivati finanziari*, in *www.lexitalia.it*).

Procedendo, ora, all'analisi della richiamata sanzione sugli atti, si rileva anzitutto che, come evidenziato dalla Sezione, essa deriva direttamente dalla legge: questa si configura, quindi, come nullità testuale. La stessa è riconducibile sia per il contratto che per il provvedimento alle disposizioni generali riguardanti la patologia dei medesimi atti.

Quanto al primo, è proprio l'art. 1418 c. c. a stabilire che la più incisiva forma di invalidità si verifica, oltre che per violazione di legge e per mancanza dei requisiti essenziali del contratto o per la presenza di gravi vizi ai medesimi, altresì in tutti i casi in cui sia espressamente disposta dalla legge (GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2008, 986 ss.).

Rispetto al secondo, il regime delle nullità risulta oggi dalla legge 241 del 1990 come riformata nel 2005 che la prevede qualora il provvedimento sia adottato in violazione o elusione del giudicato, in carenza assoluta di attribuzione, manchi dei requisiti essenziali oltre che in quelle ipotesi in cui, come nel caso di specie, sia stabilita espressamente dalla legge. Quest'ultima ipotesi, di nullità testuale, come detto, oggi trova esplicito riconoscimento nell'art. 21 *septies* della l. n. 241/1990. Anche prima della suddetta riforma legislativa, tuttavia, erano rinvenibili nell'ordinamento talune ipotesi riconducibili alla categoria *de qua,* come la nullità degli atti di spesa privi di copertura finanziaria che, come la sanzione oggettiva in commento, era posta a presidio del principio di buon andamento.

Ora, la previsione della nullità delle delibere e dei conseguenti contratti adottati in violazione dell'art. 119 Cost. trova la sua ragione nella particolare importanza riconosciuta alla *golden rule*. Ciò ha portato il legislatore a prevedere la più incisiva forma di invalidità, anziché lasciar presidiare la norma di cui trattasi dall'annullabilità del provvedimento per violazione di legge, con rilevanti conseguenze in punto di disciplina applicabile.

Secondo giurisprudenza consolidata, infatti, la nullità non deve essere fatta valere solo dal destinatario dell'atto nel breve termine di decadenza, come l'annullabilità, venendo, invece, regolata dalle norme che disciplinano la medesima patologia nel diritto civile. Ciò significa che può essere rilevata d'ufficio e da chi vi abbia interesse entro l'ordinario termine di prescrizione (Cons. St. sez. VI, 20 gennaio 2009, n. 265, in *www.giustizia-amministrativa.it*).

È, pertanto, evidente la maggiore incisività della forma d'invalidità di cui si discute. Questa non deve essere rilevata nel breve termine di sessanta giorni dinanzi al Giudice amministrativo, bensì può essere pronunciata anche d'ufficio nell'ambito del giudizio di responsabilità che si svolge dinanzi alla Corte dei conti.

La Sezione ha, quindi, espresso talune considerazioni in merito alle condizioni e all'ambito di applicazione della medesima e alla natura della propria decisione *in parte qua*.

Anche se non affrontata quale prima questione dalla sezione dell'Umbria nella propria decisione si pone concettualmente come preliminare la definizione della natura della decisione dei giudici contabili. È lo stesso Collegio ad affermare esplicitamente che trattasi di pronuncia avente carattere dichiarativo in quanto la nullità deriva direttamente dalla legge. Ciò si pone in perfetta armonia con i principi civilistici in materia di nullità: anche la pronuncia con la quale viene accertata la nullità del contratto ha, infatti, natura dichiarativa e si differenzia da quella avente ad oggetto l'annullamento del contratto che è, invece, di tipo costitutivo. In merito autorevole dottrina ha rilevato che "l'accertamento negativo della nullità è diretto a dichiarare che, stante la difformità della fattispecie dal paradigma legale, i risultati prodotti dalla medesima non sono idonei ad assumere la forza di effetti giuridici … l'accertamento della nullità consiste nella dichiarazione dell'operatività, *ope legis,* della sanzione diretta a precludere ai risultati di assumere la veste di effetti giuridici" (Bartolini, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo,* Torino, 2002, 305).

Da ciò si evince che nel caso di specie si tratta di nullità come sanzione oggettiva non solo perché posta a presidio di una norma riguardante l'esercizio di una potestà pubblica nell'ipotesi della sua violazione, ma soprattutto perché la dichiarazione di nullità impedisce che i risultati del provvedimento divengano effetti giuridici. Sanziona, quindi, uno scorretto esercizio del potere pubblico perché non permette che esprima le proprie potenzialità quanto agli effetti giuridici medesimi.

Proseguendo nel proprio *iter* argomentativo, la Sezione afferma che per irrogare la sanzione oggettiva non ha alcuna rilevanza lo stato psicologico degli amministratori che hanno adottato la decisione in questione: trattasi, infatti, di una valutazione relativa alla conformità del provvedimento rispetto ai principi dell'ordinamento e, in particolare, rispetto a quanto statuito dalla legge finanziaria per il 2003 e dall'art. 119 Cost. A nulla

rileva l'elemento psicologico del suo autore poiché il giudizio è sull'atto e non sulla persona.

È, infine, affrontata la problematica relativa all'ambito di applicazione della nullità. La Sezione, infatti, afferma che qualora la delibera con cui si dispone il ricorso al credito abbia ad oggetto sia spese di investimento che spese aventi diversa natura, la sanzione oggettiva colpirà il provvedimento solamente nella parte relativa a queste ultime.

Rispetto a questo profilo i magistrati contabili affermano un principio che si pone almeno in apparente contrasto con quanto statuito dall'art. 1419 c.c. Il contratto parzialmente nullo, infatti, viene colpito dall'invalidità nella sua interezza a meno che le parti non lo avrebbero egualmente concluso senza quella parte che è stata colpita da nullità. Tale disposizione trova giustificazione nel fatto che il contratto ha la propria origine nella volontà delle parti che non possono vedersi vincolate da un patto che non avrebbero voluto.

Nel caso di specie trattasi, invece, di un provvedimento che costituisce esercizio del potere pubblico e che ha lo scopo di curare pubblici interessi mediante il finanziamento di un complesso di spese delle quali solamente alcune violano le disposizioni di legge. È, allora, evidente che non è necessaria alcuna indagine rispetto alla volontà dell'organo deliberante: gli amministratori hanno sicuramente voluto ricorrere all'indebitamento per tutte quelle spese e, a maggior ragione, non possono non aver voluto quelle aventi realmente natura di investimento.

Da ciò deriva che la previsione di una nullità limitata a quella parte della delibera relativa che viola la *golden rule* apparentemente si discosta dalle previsioni del codice civile sulla nullità parziale, ma in realtà ha alla sua base una valutazione implicita sulla volontà degli amministratori, espressa, in questo caso, mediante l'esercizio della potestà pubblica.

Quanto all'applicazione concreta della sanzione, vale a dire all'efficacia della declaratoria di nullità, il Collegio precisa che la medesima previsione non può avere efficacia rispetto a quelle situazioni che abbiano già trovato completa esecuzione: è evidente, infatti, che qualora il comune avesse già emesso le obbligazione e le stesse fossero già state sottoscritte dai cittadini, l'ente avrebbe un danno maggiore dalla nullità della delibera e del relativo contratto che non dalla sua conservazione. Facendo venir meno il presupposto per l'erogazione della somma, infatti, l'ente sarebbe costretto alla sua completa ed immediata restituzione.

Ed allora, è evidente che solamente se i magistrati contabili intervengono tempestivamente nel controllo dell'attività finanziaria delle autonomie territoriali questa misura, di per sé molto efficace perché pone nel nulla la decisione lesiva dell'art. 119 Cost. comma 6, potrà trovare piena attuazione.

(8-9). Il Collegio ha, infine, applicato la c.d. sanzione soggettiva prevista dall'art. 30 comma 15 della legge finanziaria per il 2003, riferita ai compo-

nenti degli organi politici degli enti locali che hanno adottato la delibera elusiva.

La citata norma, in particolare, stabilisce che: "Le sezioni giurisdizionali regionali della Corte dei conti possono irrogare agli amministratori, che hanno assunto la relativa delibera, la 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".

La prima questione affrontata dai magistrati contabili nell'applicazione della citata disposizione è stata quella della determinazione della natura della responsabilità di cui trattasi. In questo caso, infatti, all'amministratore non è chiesto di risarcire alla p.a. i danni che abbia cagionato, ma di pagare una somma commisurata ad elementi fissi, vale a dire la sua indennità di carica ed un moltiplicatore, qualificata dalla medesima norma come sanzione pecuniaria. Da ciò la giurisprudenza, sin dalle prime applicazioni, ha tratto la conclusione che si tratta di una fattispecie di responsabilità sanzionatoria, diversa dalla generale responsabilità amministrativo – contabile di tipo risarcitorio (Corte conti, sez. giur. Lazio, n. 3001/2005 in *www.corteconti.it;* Albo, *Self restraint della Corte dei conti al primo vaglio della fattispecie sanzionatoria prevista dall'art. 30 comma 15 Legge 27 dicembre 2002 n. 289,* in *Riv. Corte conti*, 2005, 6, 227 ss.).

Successivamente le Sezioni riunite, rispondendo su una questione di massima, hanno confermato la natura sanzionatoria della responsabilità in commento, affiancandola alla responsabilità di tipo risarcitorio e collocandole entrambe all'interno della generale responsabilità di cui gli amministratori pubblici possono essere chiamati a rispondere dinanzi alla Corte dei conti. In virtù di tale inquadramento generale l'elemento soggettivo richiesto per l'irrogazione della sanzione di cui trattasi è stato individuato nel dolo o nella colpa grave, ai sensi della l. n. 20/1994 (Corte conti, sez. riun., n. 12/QM/2007 in *www.corteconti.it;* Albo e Smiroldo, *La sanzione per violazione del divieto di indebitamento secondo le Sezioni Riunite della Corte dei conti: un'occasione perduta*, in *Riv. Corte conti,* 2007, 6, 88; Santoro, *La responsabilità amministrativa sanzionatoria tra clausola generale e tipizzazione dell'illecito*, in *Foro amm.* C.d.S., 2007, 3565 ss.).

Quanto, in particolare, alla colpa grave, configurabile nel caso di specie, la giurisprudenza contabile ha più volte affermato che per verificarne la presenza occorre considerare il comportamento tenuto dagli amministratori nella fase antecedente l'approvazione della delibera, con particolare riferimento allo sforzo compiuto per reperire i dati idonei per comprendere se si tratti o meno di spese di investimento. Si legge, infatti, "nell'individuazione del grado della colpa stessa (in disparte il dolo, date le sue caratteristiche), il Collegio ritiene che esso vada rapportato allo sforzo di diligenza impiegato per conoscere la natura della spesa da finanziare, e ne segua l'andamento in termini proporzionalmente inversi. Quanto maggiore, cioè, è lo sforzo di diligenza dispiegato per conoscere la natura della spesa da finanziare, tanto minore sarà il grado della colpa e viceversa: il livello di massima gravità

è costituito dalla mancanza di una qualsivoglia iniziativa per conoscere la natura delle spese in questione".

La Sezione dell'Umbria, nella pronuncia in commento, ha evidenziato che la colpa grave "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". Esaminando quindi le singole deliberazioni ha ritenuto che soltanto per alcune di esse sussistesse l'elemento soggettivo mentre per altre, data la difficoltà di distinguere tra manutenzione ordinaria e straordinaria, lo ha escluso concludendo quindi, *in parte qua,* per la non punibilità degli amministratori.

La Sezione passa, infine, a calcolare la sanzione applicabile ai membri degli organi di direzione politica che hanno espresso voto favorevole per quelle delibere adottate in violazione dell'art. 119 Cost. e per i quali sussisteva l'elemento della colpa grave.

L' art. 30, comma 15, l. n. 289/2002, come detto, espressamente stabilisce la 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.

La giurisprudenza si è anzitutto posta il problema di cosa si intendesse per indennità di carica percepita al momento della violazione. A tale proposito è stata esclusa la possibilità di utilizzare come base di computo tutta l'indennità percepita dal momento dell'assunzione dell'incarico fino all'adozione della delibera, perché in tal modo si sarebbero generate disuguaglianze tra gli amministratori venendo questi sottoposti a sanzioni di molto diverse a seconda del momento in cui era compiuto l'illecito.

Il Collegio, rispetto ai componenti del consiglio comunale afferma, quindi, il principio in virtù del quale la sanzione è commisurata all'indennità di funzione percepita per un mese o ai gettoni di presenza (per le singole assemblee) percepiti nell'arco di 30 giorni. Analogamente per il Sindaco viene utilizzata come base di calcolo la parte della indennità da questi percepita per le partecipazioni al consiglio comunale.

Rispetto all'altro elemento di calcolo, vale a dire il moltiplicatore, da 5 a 20, occorre tenere conto della gravità della violazione compiuta. Sono, quindi, valutati la presenza del dolo o della colpa, il grado di colpevolezza dell'amministratore, la reiterazione del comportamento, e l'entità dell'indebitamento (SMIROLDO, *La garanzia degli equilibri di bilancio degli enti della finanza pubblica allargata: la costituzionalizzazione della* golden rule *e la sanzione per l'inosservanza del divieto di ricorso all'indebitamento per il finanziamento di spese diverse da quelle di investimento*, in *www.lexitalia.it,* 2006).

Anche la sezione dell'Umbria ha utilizzato questi criteri per determinare la sanzione soggettiva applicabile ed ha, conseguentemente, ordinato ai suoi destinatari si versare una somma all'ente di appartenenza. Come affermato dalle Sezioni Riunite, infatti, la somma di cui trattasi non deve essere cor-

risposta allo Stato ma all'ente locale di appartenenza dell'amministratore. Ciò in quanto la previsione di cui trattasi è volta a garantire l'equilibrio finanziario e di bilancio degli enti locali e, pertanto, la sanzione che venga irrogata agli amministratori locali per il *vulnus* arrecato all'equilibrio dell'ente deve essere a questo destinato come parziale ristoro (Corte conti, sez. riun., 12/QM/2007 in *www.corteconti.it;* FRAIOLI, *Il ricorso all'indebitamento per finanziare spese non d'investimento da parte dei consigli comunali,* in *Nuova Rass.,* 2008, 571 ss.).

BARBARA MINENTI

LA NOTIFICAZIONE DEI VERBALI DI ACCERTAMENTO DELLE INFRAZIONI AL CODICE DELLA STRADA NELL'ESPERIENZA GIUDIZIARIA PERUGINA

La diffusione di strumenti di accertamento sempre più sofisticati delle infrazioni al codice della strada ha riguardato, come è noto, tutto il territorio nazionale e, ovviamente, anche la città di Perugia.

Tralasciando i problemi riguardanti la regolarità degli apparecchi utilizzati, in questa sede si vuole sottolineare che, di fronte alla moltitudine di verbali da notificare, le strutture tradizionali non sono state in condizioni di fare fronte alla nuova, massiccia mole di lavoro, rispettando i termini previsti dalla legge. Si è così fatto ricorso a strutture esterne che, essendo dotate di un adeguato apparato organizzativo, hanno consentito agli enti interessati di provvedere in termini alla notificazione dei verbali.

Questo fenomeno si è puntualmente verificato anche a Perugia. Il Comune, avendo le strutture fotografiche fisse accertato migliaia di violazioni, ha fatto ricorso alla Maggioli s.p.a. (finora nota ai più come casa editrice di taglio giuridico), perché procedesse alla redazione materiale dei verbali da notificare.

Pare proprio che tale compito sia stato assolto in maniera egregia, giacché le cronache locali riferiscono di migliaia di automobilisti raggiunti dagli odiatissimi verbali.

Favoriti dal clima di sospetto che circonda – a quanto pare non a caso – le diaboliche apparecchiature, gli automobilisti hanno cautamente presentato i primi ricorsi al giudice di pace, via via letteralmente sommerso di ricorsi.

L'automobilista contesta, in linea di massima, la regolarità degli strumenti utilizzati dal Comune, il fatto che la violazione non venga contestata immediatamente, e, soprattutto, che la notificazione dei verbali avvenga tramite un soggetto estraneo alla P.A. (*scilicet* la Maggioli).

Con riguardo, in particolare, a quest'ultimo punto, il Giudice di pace di Perugia ha accolto le ragioni degli automobilisti, ma il Tribunale di

Perugia ha riformato il provvedimento. Non si tratta di vicenda di poco conto in considerazione sia dell'ingolfamento delle due sedi giudiziarie, sia dei forti interessi finanziari legati alla vicenda.

Non essendo il provvedimento del Tribunale passato in giudicato, pare si voglia presentare ricorso per cassazione, e si tratterebbe di una decisione che potrebbe mutare gli equilibri politico-economico-finanziari del capoluogo umbro.

Proprio per questa ragione, senza alcun commento, giusto per rendere edotto il lettore in merito alle argomentazioni finora svolte dai giudici in contrasto tra loro, riportiamo le due sentenze, addirittura senza indice e senza massima, osservando, peraltro, che il secondo provvedimento è stato redatto in un contesto diverso che ha evidentemente consentito all'estensore di lavorare in modo più agevole.

I

GIUDICE DI PACE DI PERUGIA – 6 agosto 2007, n. 1997 – *Est*. IULIANO – R. (avv. Politi) c. Comune di Perugia.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO. Con ricorso tempestivo depositato il 9.02.2007 R.G. proponeva opposizione avverso il verbale di contestazione di violazione n. 704149R/2006/V, emesso dalla Polizia Municipale di Perugia, chiedendone l'annullamento, in quanto la contestazione della violazione all'art. 41, 11° co., in riferimento all'art. 146/3° co. del C.d.S., è illegittima per vari motivi, evidenziando preliminarmente la inesistenza o nullità della notifica del verbale notificato da un privato e non dal funzionario del Comune di Perugia come previsto dal C.d.S.

Si costituiva il Comune opposto producendo i documenti di rito e memoria scritta, contestando i motivi esposti dal ricorrente chiedendo la conferma del verbale. Asseriva l'opposto Comune che il verbale opposto è legittimo essendo stato stampato e notificato da Maggioli SpA di Rimini, prelevando i dati via telematica, ed ha agito sotto la direzione del responsabile del servizio, come da convenzione tra le parti, e la notifica è valida per avere raggiunto lo scopo di portare a conoscenza del sanzionato il verbale con la presentazione del ricorso avverso il medesimo atto, citando norme e richiamando varia giurisprudenza.

Il procedimento è stato istruito con la produzione di documenti e memorie e, sulle conclusioni in epigrafe trascritte, è stato deciso con la lettura immediata del dispositivo all'udienza di discussione del 25 luglio 2007.

MOTIVI DELLA DECISIONE. Preliminarmente osserva questo giudicante che, relativamente al motivo riguardante la compilazione del verbale opposto e la relativa notifica, è stato accertato che le operazioni riguar-

danti la stampa, con la lettura dei dati trasmessi dal sistema telematico, l'imbustamento dell'atto e spedizione del plico, con le relative certificazioni e annotazioni, non sono state compiute dal funzionario della Polizia Municipale di Perugia, ma da Maggioli S.p.A. di Rimini, come risulta dai documenti prodotti ed acquisiti in causa e confermato con la memoria scritta depositata dal Comune di Perugia. In particolare, per quanto riguarda la compilazione del verbale, si rileva dalla convenzione tra il Comune di Perugia e la citata società che il servizio di gestione degli atti sanzionatori della Polizia Municipale di Perugia, svolge le seguenti operazioni: inserimento degli atti di accertamento delle violazioni al C.d.S. nel sistema informatizzato di gestione delle procedure; alla stampa ed imbustamento del verbale; avviso di ricevimento precompilato; effettua la notifica degli atti con la consegna dei verbali a Poste italiane per il recapito ai destinatari ed il relativo controllo degli esiti delle notifiche con l'inserimento nel sistema informatizzato.

È evidente, quindi, che le operazioni indicate nel citato accordo sono state eseguite da un soggetto certamente estraneo all'ufficio del Comune di Perugia, peraltro in un'altra città lontana, in violazione delle specifiche e dettagliate norme previste dal codice della strada e dalla legge n. 689 del 1981, nonché del principio della sussistenza del rapporto molto serrato tra l'accertamento e la redazione dei verbali di accertamento e contestazione di violazioni, scaturenti dai servizi di polizia stradale, di spettanza esclusiva dei soggetti indicati dall'art. 12 del vigente codice della strada.

Infatti, allorquando la contestazione non avvenga nell'immediatezza, la redazione del verbale e la notificazione può essere eseguita dai soggetti indicati nel citato art. 12 del C.d.S., anche da persona diversa da quella che ha proceduto alla rilevazione, purché questi faccia parte dell'organo dell'amministrazione che ha accertato la violazione e sia a ciò abilitato, poiché unico requisito di legittimità del verbale essendo, dal punto di vista formale, quello della provenienza da organo abilitato e identificato e la sua sottoscrizione (cfr. Cass. civ., sez. I, 07.04.2005 n. 7319; 09.01.2003 n. 114; 29.10.2004 n. 2107). Perciò il verbale in esame, non essendo stato redatto e certificato da un pubblico ufficiale abilitato non può acquisire la valenza dell'atto pubblico (*ex* art. 2700 c.c.) e la fede privilegiata. Cosicché il soggetto estraneo all'ufficio come la Maggioli, non può certificare l'accertamento della violazione effettuata con le fotografie poste come prova dell'asserita violazione e la provenienza certa del verbale opposto. L'indicazione sul verbale del nominativo del comandante Venturini non può fare proprie le operazioni indicate, poiché il Comune opposto non ha fornito la prova che lo stesso si trovasse nella sede della Soc. "concessionaria" del servizio per confermare l'accertamento della violazione, soprintendere alla stampa del verbale e certificarne il contenuto, nonché la provenienza dello stesso.

Non è prevista dalle norme prima richiamate "1'esternalizzazione" della redazione dei verbali di contestazione delle violazioni al C.d.S. con l'autorizzazione ad un privato, per i motivi sopra espressi. Le norme citate nella memoria non sono attinenti alla materia in esame, anche perché non può essere paragonata all'assunzione di personale non di ruolo con la direzione diretta del funzionario all'interno dell'ufficio. Così pure non è stato provato che il responsabile del servizio avesse effettuato o seguito personalmente le operazioni preliminari della notifica dello stesso verbale, in violazione dell'art. 201 del C.d.S. e dell'art. 385 del relativo Regol., nonché dell'art. 14 della legge n. 689 del 1981, che regolano in modo analitico la materia della contestazione differita di violazioni, con l'indicazione dei soggetti abilitati alla notifica dei verbali – secondo la disciplina tipica delle notificazioni degli atti giudiziari – anche a mezzo dei servizio postale *ex lege* n. 890 del 1982 (cfr. Cass. civ., sez. I, 21.01.1994 n. 563 e successive conformi).

La notificazione, quindi, ha la stessa funzione e l'identico scopo della contestazione immediata del fatto al trasgressore da cui scaturisce il suo obbligo di pagare la sanzione contenuta nel verbale. Motivo per cui il funzionario abilitato alla compilazione e alla notifica del verbale deve agire in qualità di pubblico ufficiale, certificando l'autenticità del contenuto e la provenienza dell'atto e di averlo portato a conoscenza del destinatario, avente valore di prova legale *ex* art. 2700 c.c. (Cass. civ. 11751/2004; 23306/2004; 8675/2005). Completata dalla annotazione di averlo notificato all'interessato, con la consegna del plico raccomandato all'ufficio postale unitamente all'avviso di ricevimento intestato all'ufficio del funzionario, al fine di conferire certezza che l'atto sia stato spedito dalla polizia municipale (cfr. Cass. civ. sez. un. 19.7.1995 n. 7821; Cass. civ., sez. I, 27.9.2002 n. 14005).

Ne consegue che solamente i soggetti abilitati (ufficiale giudiziario, messo comunale appositamente autorizzato e funzionario della P. A.) possono provvedervi, perché solo ad essi la legge ha conferito quella pubblica potestà di certificazione che consente di determinare la legale presunzione di conoscenza del verbale di contestazione da parte del destinatario, senza possibilità d'introdurre lo strumento della concessione dell'ente pubblico ad un privato di funzioni insostituibili per la certezza dei rapporti nella materia speciale che ci occupa e di ciò l'opponente ha esposto le proprie doglianze con richiesta di annullamento del verbale opposto per violazione di legge e del diritto di difesa.

È di tutta evidenza, quindi, che un verbale di contestazione di violazione redatto e notificato da un soggetto non espressamente abilitato dalla legge non potrà mai avere rilevanza giuridica per raggiungere lo scopo della irrogazione delle sanzioni amministrative previste dal codice della strada.

Perciò questo giudicante dichiara giuridicamente inesistente il verbale opposto e la relativa notifica, per mancanza dei requisiti essenziali del soggetto, della volontà, del contenuto e della forma, con conseguente impossibilità di sanatoria, poiché non rientrante tra i servizi comunali (parcheggi, acquedotto, mense, nettezza urbana, ecc.) da "esternalizzare", come sostenuto dal Comune nella memoria, trattandosi, invece, di materia regolata dal codice della strada – costituente normativa speciale che non segue i principi generali dell'atto amministrativo in senso proprio – la cui inosservanza comporta l'estinzione dell'obbligazione del sanzionato di pagare la somma portata dal verbale opposto, *ex* art. l4, ultimo comma, della l. 24.11.1981 n. 689 (cfr. Cass. civ. sez. un. 19.7.1995 n.7821; Cass., sez. I, 27.09.2002 n. 14005; *idem*, 8.01.2003 n. 59 ed altre conformi anche ivi richiamate).

L'accoglimento del motivo preliminare assorbente, esonera questo giudicante dall'esaminare gli altri motivi indicati nel ricorso dall'opponente.

Pertanto i fatti accertati, valutati con prudente apprezzamento, hanno indotto al convincimento di questo giudicante ad accogliere il ricorso con l'annullamento del verbale opposto ad ogni effetto di legge. Dichiara compensate tra le parti le spese di giudizio per la incertezza nell'applicazione delle norme al caso concreto (*omissis*).

II

TRIBUNALE DI PERUGIA – 5 dicembre 2008, n. 1167 – *G.U.* De Lisio – Comune di Perugia (avv. A. Bagianti) c. R. (avv. Politi).

Svolgimento del processo. Con ricorso *ex* artt. 204 *bis* C.d.S., 22 e 23 l. 689/1981, depositato il 9.2.2007, R.G. proponeva opposizione dinanzi al Giudice di Pace di Perugia chiedendo l'annullamento o comunque dichiararsi l'inefficacia del verbale di contestazione n. 704149R/2006/V prot. 78325/2006, redatto dalla Polizia Municipale di Perugia in data 25.11.2006, spedito da Rimini in data 4.12.2006 per tramite della Maggioli spa e ricevuto in data 11.12.2006. Detto verbale le era stato notificato a mezzo del servizio postale, quale proprietaria del veicolo tg. CN998YM, per la violazione degli artt. 41, comma 11 e 146, co. 3 del C.d.S. a seguito di rilevazione effettuata con esame della documentazione fotografica prodotta dall'apparecchiatura a posto fisso per il rilevamento automatico delle infrazioni a semaforo rosso, in quanto il conducente di detto veicolo "superava la linea di arresto all'intersezione semaforizzata e proseguiva la marcia nonostante la lanterna proiettasse luce rossa nel senso di marcia". Detta infrazione sarebbe stata commessa il giorno

9.09.2006, alle ore 8,25 a Perugia, via Brunamonti intersezione con via del Giochetto direzione via Eugubina.

Deduceva la ricorrente:

1. l'inesistenza giuridica della notifica, posto che l'Amministrazione si era avvalsa, sia per la compilazione del verbale sia per le operazioni preliminari alla notifica a mezzo posta del verbale, anziché di un proprio funzionario delegato come per legge, di un soggetto del tutto estraneo all'amministrazione – la Maggioli spa di Rimini – e, come tale assolutamente non abilitato ai sensi delle disposizioni normative di cui agli artt. 385 del Regol. del C.d.S., dell'art. 201, comma 3 del C.d.S. e 14, comma 4, l. 689/1981. Il verbale di contestazione era infatti una mera copia, priva di attestazione di conformità all'originale, nei modi regolamentati per legge *ex* art. 18, c. 2 DPR 445/2000, mancante della sottoscrizione dell'agente notificatore, nonché dei requisiti previsti dall'art. 383, c. 4 del DPR 495/1992. Il conseguente vizio di nullità insanabile della notifica comportava la inesistenza giuridica del relativo verbale;

2. l'inutilizzabilità dell'accertamento, posto che dal verbale di contestazione non si evince se l'apparecchiatura, T-red o Photored, sia stata o meno sottoposta a taratura, come definita dalla norma Uni 300012 al punto 3.23, non potendosi pertanto attribuire alcuna attendibilità all'accertamento effettuato, di natura irripetibile;

3. la mancata contestazione immediata della infrazione, con conseguente violazione degli artt. 13 e 14 della l. 689/1981 in relazione agli artt. 200 e 201 C.d.S. e 383 e 384 del relativo regolamento di attuazione.

Costituitosi il Comune, instava per il rigetto del ricorso e la conferma del verbale.

Istruita con la produzione di documenti e rassegnate le conclusioni, la causa era decisa con lettura immediata del dispositivo all'udienza di discussione del 25.07.2007.

Il Giudice di Pace accoglieva il ricorso proposto avverso il verbale di contestazione di violazione n. 704149R/2006/V emesso dalla Polizia Municipale di Perugia, con annullamento del medesimo verbale, dichiarando "giuridicamente inesistente il verbale opposto e la relativa notifica, per mancanza dei requisiti essenziali del soggetto della volontà, del contenuto e della forma, con conseguente impossibilità di sanatoria, poiché non rientrante tra i servizi comunali (parcheggio, acquedotto, mense, nettezza urbana, ecc.) da esternalizzare".

Con ricorso notificato in data 14 novembre 2007, il Comune di Perugia proponeva appello avverso detta sentenza (n. 1997/2007).

Deduceva l'appellante, quali motivi di gravame:

a. l'erroneità dell'assunto del giudice di prime cure, che aveva ritenuto che il verbale di contestazione, non essendo stato redatto e certificato

da un pubblico ufficiale abilitato, non poteva acquisire la valenza di atto pubblico avente fede privilegiata. Evidenziava l'appellante che la materia dell'accertamento della violazione è regolata dall'art. 385 DPR n. 495/1992 e dall'art. 3 del d.lgs. n. 39/1993 e che tali disposizioni di legge erano state pienamente rispettate nel caso di specie, posto che: la violazione è stata accertata dal Corpo di Polizia Municipale di Perugia nella persona del maresciallo Lillacci Francesco, come risulta dal verbale impugnato; il sistema di rilevamento automatico delle infrazioni a semaforo rosso in dotazione al comune di Perugia è un sistema di documentazione fotografica e registra semplicemente le immagini; dette registrazioni, inserite su supporto informatico, vengono visionate dal vigile urbano che provvede, ove abbia verificato la sussistenza della violazione, a redigere il verbale utilizzando l'apposito sistema di elaborazione dati, a compilare la relata di notifica e quindi ad autorizzare la stampa in via telematica, cosicché dal computer in uso al pubblico ufficiale parte in via telematica l'ordine di stampa, stampa che viene eseguita direttamente su moduli autoimbustati presso la Maggioli. È dunque un pubblico ufficiale a compilare il verbale di accertamento con gli elementi di tempo, di luogo e di fatto dell'infrazione.

b. l'erroneità della dichiarata inesistenza della notifica a mezzo posta, motivata in sentenza sul presupposto che il funzionario non ha personalmente presentato il verbale all'ufficio postale e non ha personalmente compilato la busta e modello di avviso di ricevimento. La validità di detta notifica è in primo luogo confermata dal fatto che il Comandante l'ha fatta propria con la redazione della espressa relata, anch'essa facente fede fino a querela di falso. Le attività di imbustamento e consegna alle poste sono peraltro delegabili a terzi anche oralmente. Infine, come confermato dalla Cassazione a sezioni unite, le irregolarità che afferissero alla fase di consegna alla posta non comporterebbero mai inesistenza della notifica, perché le relative disposizioni sono poste nell'esclusivo interesse del notificante, e la presenza di un avviso di ricevimento regolarmente sottoscritto, per ricevuta, dal destinatario adempie all'interesse di quest'ultimo al controllo dell'effettiva ricezione.

Con riferimento agli altri motivi del ricorso, deduceva, altresì, l'appellante:

c. l'infondatezza di quanto eccepito con riferimento all'assenza di agenti sul luogo del rilevamento nonché alla mancata contestazione immediata dell'infrazione, essendo sufficiente il richiamo agli artt. 201, comma 1 *bis* e 1 *ter* C.d.S.;

d. l'infondatezza di quanto eccepito in ordine alla taratura, alla manutenzione e più in generale alla verifica della corretta funzionalità degli apparecchi utilizzati, posto che per come stabilito dal contratto di noleggio stipulato in data 31.05.2006 tra il comune di Perugia e la

CI.TI.ESSE, la perfetta funzionalità degli strumenti in questione veniva accertata direttamente e quotidianamente dal Corpo di Polizia Municipale, le cui attestazioni in merito hanno sicuramente fede privilegiata. Rilevava che, inoltre, con decreto prot. 3458 del 15.12.2005 il Ministero delle Infrastrutture e Trasporti aveva omologato i dispositivi noleggiati dall'Amministrazione e che con nota del 24.02.2006, il medesimo Ministero, aveva poi chiarito che i documentatori fotografici di infrazioni non sono strumenti di misura e, pertanto, per essi non ricorre l'obbligo di taratura prevista dalla l. 273/1991 ai fini della conferma metrologica.

L'appellante richiedeva, quindi, previa riforma della sentenza gravata, rigettarsi l'opposizione e, per l'effetto, confermarsi il verbale impugnato.

Con comparsa di costituzione e risposta depositata all'udienza del 26.02.2008, si costituiva G.R., chiedendo il rigetto del gravame e la conferma della sentenza n. 1997/07 emessa dal Giudice di Pace di Perugia. Rilevava, inoltre, che il verbale impugnato andava comunque annullato in accoglimento degli altri due motivi del ricorso originario (punti 3 e 4 sopraesposti) e di un terzo sopraggiunto: il verbale, infatti, si riferisce ad una violazione che sarebbe stata commessa "il giorno 9.09.2006 alle ore 8,25 in Perugia in via Brunamonti intersezione con via del Giochetto direzione via Eugubina", ma la documentazione fotografica prodotta in giudizio dal Comune si riferisce ad un luogo completamente differente, ovvero al punto in cui via Brunamonti si immette su P.zza Monteluce, in cui è posto un diverso impianto semaforico che, peraltro, non regola la benché minima intersezione.

All'udienza del 10.04.2008 le parti precisavano le conclusioni e la causa era rimessa in decisione senza l'assegnazione dei termini *ex* art. 190 c.p.c., in quanto oggetto di espressa rinunzia delle parti costituite.

MOTIVI DELLA DECISIONE. Le censure sollevate dal Comune di Perugia ai punti a) e b) sono fondate.

I) Nella sentenza impugnata, si sostiene, tra l'altro, essersi accertato che le operazioni riguardanti la stampa, con la lettura dei dati trasmessi, e dunque la compilazione del verbale di accertamento, non sono state compiute dal funzionario della Polizia Municipale di Perugia, ma dalla Maggioli spa. Tanto sarebbe risultato dai documenti prodotti ed acquisiti in causa e confermato con la memoria scritta depositata dal Comune di Perugia.

Il giudice di prime cure richiama il contenuto della convenzione stipulata tra il comune e la predetta società, ove è previsto che quest'ultima svolga le operazioni di inserimento atti di accertamento delle violazioni nel sistema informatizzato di gestione delle procedure, di stampa ed imbustamento del verbale, avviso di ricevimento precompilato, notifica degli atti con la consegna a Poste Italiane per il recapito ai destinatari e

relativo controllo degli esiti delle notifiche con l'inserimento nel sistema informatizzato.

Orbene, alcun riferimento vi è nella convenzione: alle specifiche attività di accertamento dell'infrazione e di compilazione del verbale (ontologicamente differenti dalla prevista attività di inserimento nel sistema informatizzato degli atti di accertamento e di stampa di essi). Con la memoria depositata il 13.06.2007 il Comune aveva sul punto precisato che anche a seguito dell'affidamento dell'appalto alla Maggioli spa, le operazioni di accertamento dell'infrazione e di redazione del relativo verbale erano svolte dagli agenti della Polizia Municipale, competendo alla società appaltatrice le sole operazioni di stampa, imbustaggio e consegna alle poste dei verbali relativi alle infrazioni.

Il verbale notificato alla R. è stato evidentemente redatto con sistema meccanizzato. In esso, che reca l'intestazione dell'ufficio di Polizia Municipale di Perugia, si attesta che l'agente verbalizzante "ha compilato il presente verbale di contestazione dopo avere visionato la doppia documentazione fotografica a conferma dell'avvenuta infrazione". Ancora, nel verbale si indica quale "accertatore" Lillacci Francesco, si attesta che la verbalizzazione è avvenuta in data 25.11.2006 alle ore 11.02 presso il Comando di P.M. e si indica quale responsabile della immissione dei dati il Comandante Claudio Venturini, che è anche indicato quale responsabile del procedimento amministrativo e informatico *ex* l. 80/1991.

Tale verbale, appare dunque conforme alle previsioni normative dell'art. 385 DPR n. 495/1992 e art. 3 del d.lgs. n. 39/1993 che regolano tale materia e, dunque, per consolidata giurisprudenza della Suprema Corte esso è parificato per legge in tutto e per tutto al secondo originale o alla copia autentica del verbale ed è, al pari di questi, assistito da fede privilegiata, con la conseguenza che le sue risultanze possono essere contestate solo mediante la proposizione della querela di falso.

Censurabile è, dunque, la sentenza impugnata nel punto in cui si afferma, genericamente richiamando i documenti acquisiti (verbale impugnato, contratto stipulato tra il Comune e la Maggioli spa) e la memoria scritta depositata dal Comune, che è stato accertato che il verbale in esame non è stato redatto e certificato da un pubblico ufficiale abilitato e, pertanto, non può acquisire la valenza dell'atto pubblico e la fede privilegiata. Tale deduzione del ricorrente, non tradottasi in una querela di falso, non poteva inficiare le risultanze dell'atto amministrativo assistite da fede privilegiata ai sensi dell'art. 2700 c.c., fra cui si annovera anche l'indicazione dell'autore dell'atto, ossia, nel caso di specie, il nominativo di chi ha effettuato l'accertamento e redatto il verbale. Del tutto irrilevanti sono poi le uniche argomentazioni sul punto dell'appellato in sede di memoria di costituzione, ove si asserisce che "è infatti, dato pacifico ed acquisito, ormai assurto alla ribalta dei media

nazionali" la circostanza che il Comune di Perugia si è avvalso per la compilazione del verbale, anziché di un proprio funzionario delegato come per legge, di un soggetto del tutto estraneo all'Amministrazione e come tale non abilitato.

II) Ritenuta la fondatezza del primo motivo di gravame, il Tribunale ritiene parimenti censurabile la sentenza impugnata nella parte cui dichiara l'inesistenza della notifica del verbale di accertamento sostanzialmente sul presupposto che il funzionario non ha personalmente provveduto al compimento delle attività preliminari alla notifica a mezzo posta, avendo a ciò provveduto incaricati della Maggioli spa, stampando il verbale, imbustandolo, compilando la busta, il modello di avviso di ricevimento e consegnandolo all'ufficio postale.

Il primo giudice ha ritenuto, infatti, richiamati gli artt. 201 del CdS e 385 del relativo regolamento, nonché l'art. 14 della l. 689/1981, che il funzionario abilitato alla compilazione e alla notifica del verbale deve agire quale pubblico ufficiale, certificando l'autenticità del contenuto e la provenienza dell'atto e di averlo portato a conoscenza del destinatario, redigendo la relata completata dalla annotazione di averlo notificato all'interessato, con la consegna del plico all'ufficio postale unitamente all'avviso di ricevimento intestato all'ufficio del funzionario, al fine di conferire certezza che l'atto sia stato spedito dalla polizia municipale, con la conseguenza che solo i soggetti abilitati (ufficiale giudiziario, messo comunale e funzionario della P.A.) possono provvedervi perché solo ad essi la legge ha conferito quella pubblica potestà di certificazione che consente di determinare la legale presunzione di conoscenza del verbale di contestazione da parte del destinatario.

Il giudice di prime cure ha sostanzialmente recepito l'orientamento espresso dalla Suprema Corte con la sentenza della 1^ sezione civile n. 9544 del 12 agosto 1992, secondo la quale "solo la relata dell'agente notificatore costituisce la prova del passaggio dell'atto da notificare dalla Pubblica Amministrazione che lo abbia redatto all'ufficio postale; e (dà) la certezza che nel plico esisteva il singolo atto contenente la descrizione della violazione da contestare e non anche, per mero errore, atto diverso o nulla), dato anche che la "ricezione del plico (non) potrebbe far radicare una presunzione semplice sulla natura del contenuto spedito nel plico, con inversione dell'onere della prova, volta che il privato non potrebbe mai dimostrare che il contenuto del plico non esisteva"; inoltre, e in ogni caso, non verrebbe garantito il conseguimento della sua funzione essenziale costituita dal fornire la "certezza sugli atti notificati, sugli agenti che procedono, sui soggetti cui l'atto sia consegnato".

Ma le sezioni unite della Suprema Corte, con la sentenza n. 7821 del 1995, in sede di soluzione del contrasto giurisprudenziale sorto su tale specifica questione (mancata apposizione della relazione di notifi-

cazione sull'originale e sulla copia dell'atto di contestazione rimesso al trasgressore), hanno optato per una diversa soluzione interpretativa (che era già stata avanzata nelle sentenze n. 5493 del 1987 e n. 890 del 1994). L'interpretazione fornita dalla Corte per tale ipotesi consente di risolvere anche la peculiare questione oggetto della sentenza impugnata nel presente giudizio e sostanzialmente inerente la natura e l'essenzialità o meno degli adempimenti preliminari nel sistema della notificazione a mezzo posta e le conseguenti ricadute sulla validità della notificazione stessa.

Le sezioni unite partendo dall'analisi del sistema normativo e, dunque, dall'art. 14 della l. 24 novembre 1981 n. 689 (che nel dettare la disciplina sulla necessaria contestazione delle violazioni punite con sanzioni amministrative pecuniarie, dispone tra l'altro, che ove la stessa non sia avvenuta immediatamente, 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 e può dunque avvenire anche tramite notifica a mezzo posta, secondo la disciplina dettata dalla l. 20 novembre 1982 n. 890 con gli adattamenti, però, conseguenti alla specificità della ipotesi e, in particolare, alla circostanza che nei compiti e nelle attribuzioni dell'ufficiale giudiziario subentra – o meglio può subentrare – il funzionario dell'amministrazione), dall'art. 12 della l. 20 novembre 1982 n. 890 che ha esteso il regime da ultimo indicato alle infrazioni stradali, dall'art. 201 del d.lgs. 30 aprile 1992 e dall'art. 385 del D.P.R. 16 dicembre 1992 n. 495, contenente il Regolamento del Nuovo Codice della strada, rilevano che la soluzione della questione discende direttamente dalla ricostruzione del regime giuridico delle notificazioni a mezzo posta dettato dalla l. 20 novembre 1982 n. 890 con specifico riguardo all'ipotesi che la notifica abbia od oggetto la contestazione, in generale, di una violazione amministrativa e, in particolare, di una infrazione stradale.

Tale legge, secondo la Suprema Corte, scinde in due distinti momenti la fase del procedimento notificatorio, usualmente definita di "trasmissione e di consegna" dell'atto da notificare, di regola attribuita in via esclusiva all'ufficiale giudiziario; ed affida a quest'ultimo solo alcuni adempimenti della fase di trasmissione, ed al servizio postale (ed ai suoi agenti) i residui adempimenti della stessa fase, nonché tutti gli adempimenti della fase della consegna.

Rileva la Corte che, mentre in ordine alla mancata allegazione dell'avviso di ricevimento, nella giurisprudenza di legittimità è del tutto consolidato l'orientamento che poiché nelle notifiche a mezzo posta il procedimento notificatorio non si esaurisce con la spedizione dell'atto, ma si perfeziona con la consegna del relativo plico al destinatario, e poiché l'avviso di ricevimento è l'unico mezzo che possa documentare il

perfezionamento della notifica, la mancata allegazione di quel documento determina l'inesistenza giuridica della notificazione, con conseguente impossibilità per il giudice di disporne la rinnovazione (v. Cass., 26 maggio 1994, n. 5141; 8 aprile 1994, n. 3303) diversa è l'ipotesi in cui, allegato l'avviso di ricevimento attestante la valida consegna dell'atto da notificare nella sfera giuridica del destinatario, difetti la relazione dell'ufficiale giudiziario prescritta dal primo comma dell'art. 3 della l. n. 890-1982.

Significativa è la ricostruzione che il giudice di legittimità effettua circa la natura di tale atto, là dove evidenzia preliminarmente che "la relazione non può che limitarsi ad enunciare un'attività futura dell'ufficiale giudiziario. Infatti, dovendo essere redatta, con identico contenuto, anche sulla "copia" che sarà poi inserita nella busta da presentare chiusa all'ufficio postale, non può che essere compilata anteriormente all'inserimento stesso ed alla spedizione del plico. Nel contempo, si deve escludere che in quella relazione l'ufficiale giudiziario attesti la conformità dell'atto che inserirà nella busta a quello che dovrà essere restituito al notificante.

Per vero, non v'è alcuna norma positiva che preveda detto adempimento; né, in contrario, può essere valorizzato il disposto dell'art. 137 c. 2 c.p.c. perché questo si limita a prescrivere che la "copia" consegnata deve essere "conforme all'originale" e, non anche che l'ufficiale giudiziario deve procedere ad accertare tal conformità. "Sottolinea la Corte che "in definitiva, con la relazione *ex* art. 3 c. 1 l. n. 890-1982, l'ufficiale giudiziario si limita ad attestare che "inserirà" l'atto da notificare in una busta che poi spedirà, chiusa, al destinatario in piego raccomandato con avvisa di ricevimento da un ufficio postale che deve indicare in modo specifico. Quindi, quella relazione, proprio perché redatta prima dell'esecuzione dei vari adempimenti dell'ufficiale giudiziario, non potrà mai fornire la dimostrazione della loro sussistenza". "Nel contempo, la relazione è superflua al fini della significazione al destinatario dell'organo che ha proceduto alla notifica, in quanto quel dato risulta dalla busta contenente l'atto, sulla quale, come si è detto, l'ufficiale giudiziario deve apporre "il numero del registro cronologico, la propria sottoscrizione ed il sigillo dell'ufficio".

"Infine, non deve e non può fornire la certezza sui soggetti ai quali l'atto è stato consegnato, in quanto tal funzione è assolta dall'avviso di ricevimento".

In conseguenza di tale ricostruzione interpretativa, la Suprema Corte, evidenziato che la relazione *ex* art. 3 l. n. 890-1982 ha il solo scopo di fornire al terzo notificante la garanzia dell'effettuazione della notifica a mezzo del servizio postale e che, stante il suo contenuto ed il suo scopo, non assolve (quanto meno nei riguardi del destinatario) alcuna funzione

essenziale al procedimento notificatorio, ha affermato il principio che la sua omissione non può determinare l'inesistenza giuridica della documentazione della notifica e, con ciò, della notifica stessa.

In tal caso si realizzerebbe un semplice vizio che, comunque, a tutto concedere, non può essere fatto valere dal destinatario, una volta che l'adempimento non è previsto nel suo interesse (arg. art. 157, c. 2 c.p.c.) ed, anzi, nelle ipotesi in cui la notificazione a mezzo posta sia effettuata dallo stesso notificante ed è allegato l'avviso di ricevimento, la relazione sarebbe sostanzialmente superflua, di modo che la sua carenza non può inficiare in alcun modo la validità della documentazione e della notificazione. Da tanto consegue l'evidente erroneità delle premesse e delle conclusioni cui giunge il giudice di primo grado nel dichiarare giuridicamente inesistente la notifica del verbale opposto, sul presupposto che alla stampa del verbale, al suo imbustamento ed alle operazioni preliminari alla notifica a mezzo del servizio postale avesse provveduto personale della Maggioli spa e non il funzionario della polizia municipale di Perugia, al quale, secondo la sentenza impugnata, "la legge ha conferito quella pubblica potestà di certificazione che consente di determinare la legale presunzione di conoscenza del verbale di contestazione da parte del destinatario".

Con la sentenza sopra richiamata, le sezioni unite si sono chiaramente espresse nel senso della non immanenza della funzione certificatoria, espressa o implicita, al procedimento notificatorio e, di conseguenza alla sua documentazione.

Alcun potere certificatorio vi è, dunque, in capo al funzionario della polizia municipale che procede alla notifica a mezzo posta, né gli adempimenti preliminari ad essa rivestono carattere di essenzialità per la validità della notificazione stessa.

Del resto, la disciplina della notifica degli atti a mezzo posta prevede, peraltro, che nei casi in cui l'ufficiale giudiziario si avvalga per la notificazione di sistemi telematici, la sottoscrizione è sostituita dall'indicazione a stampa sul documento prodotto dal sistema informatizzato del nominativo dell'ufficiale giudiziario medesimo. L'art. 385 del DPR n. 495/92 prevede, come sopra già evidenziato, che i verbali redatti con sistemi meccanizzati o di elaborazione dati sono notificati con un modulo prestampato recante l'intestazione dell'ufficio o del comando che ha effettuato l'accertamento.

Nel caso in esame, il verbale di contestazione: ricevuto dalla R. e trasmesso, dopo la sua redazione, per via telematica dall'ufficio della polizia municipale di Perugia alla sede della Maggioli spa a Rimini, reca in calce la dicitura "Relazione di notifica a mezzo posta. Si attesta che il presente verbale è stato spedito in data 14.12.2006 mediante raccomandata A.R. dall'ufficio postale di Rimini CPO via Coriano 58, 47900

Rimini e notificato alla data e con le modalità risultanti dall'allegata notifica. L'addetto C.te Claudio Venturini". Nel caso di specie, dunque, la relata risulta presente, redatta contestualmente alla redazione del verbale e con esso trasmessa per via telematica, e la sottoscrizione del soggetto notificante è validamente sostituita dalla indicazione a stampa del nominativo dell'incaricato della notifica, a norma dell'art. 3, c. 2 della l. 890/82. Con essa il pubblico ufficiale addetto ha attestato la data di spedizione e l'ufficio postale al quale il plico con raccomandata è stato consegnato, con la conseguente irrilevanza, ai fini della esistenza della notifica in questione, della circostanza che il verbale sia stato poi stampato, imbustato e recapitato all'ufficio postale di Rimini da personale della Maggioli spa.

Per effetto delle considerazioni che precedono, in riforma della sentenza gravata, il Tribunale dovrà ora pronunciarsi sugli altri motivi del ricorso proposto dalla R., esplicitamente riproposti dalla parte in sede di costituzione nel presente giudizio di appello.

III) L'opponente, come sopra richiamato al punto n. 2), ha eccepito l'inutilizzabilità dell'accertamento, posto che dal verbale di contestazione non si evince se l'apparecchiatura, T-red o Photored, sia stata o meno sottoposta a taratura, come definita dalla norma Uni 300012 al punto 3.23, non potendosi pertanto attribuire alcuna attendibilità all'accertamento effettuato, di natura irripetibile.

Deduce l'opponente che non possono essere considerate fonti di prova le risultanze di apparecchiature solamente "omologate", ma è necessario che tali risultanze siano riferibili a strumentazioni, la cui funzionalità ed affidabilità siano previamente e periodicamente certificate e documentate dagli enti preposti a tali controlli, al fine di eliminare qualsiasi dubbio sulla certezza ed attendibilità della misurazione. In assenza di idonea procedura di taratura, il funzionamento di qualsiasi apparecchiatura elettronica risulta assolutamente inattendibile e non idoneo a provare la fondatezza dell'accertamento amministrativo (principio più volte affermato in tema di apparecchiature Autovelox).

Tale motivo del ricorso è infondato. Giova richiamare su tale questione il più recente orientamento della suprema Corte di Cassazione espresso proprio con riferimento a casi di violazione dei limiti di velocità rilevata attraverso apparecchiature "autovelox" richiamati dalla ricorrente.

Con la sentenza n. 376 del 2008, la 2^ sezione civile della Cassazione ha statuito che "l'accertamento delle violazioni alle norme sulla velocità deve ritenersi provato sulla base della verbalizzazione dei rilievi tratti dalle apparecchiature previste dal detto art. 142 C.d.S., e delle constatazioni personali degli agenti – constatazioni che, attenendo a dati obiettivi quali la lettura del *display* dello strumento e la rilevazione del

numero della targa, non costituiscono "percezioni sensoriali" implicanti margini d'apprezzamento individuali – facendo infatti prova il verbale fino a querela di falso dell'effettuazione di tali rilievi e constatazioni, mentre le risultanze di essi valgono invece fino a prova contraria, che può essere data dall'opponente in base alla dimostrazione del difetto di funzionamento dei dispositivi, anche occasionale in relazione alle condizioni della strada e del traffico al momento della rilevazione, da fornirsi in base a concrete circostanze di fatto (Cass. 5.7.06 n. 15324; 29.3.06 n. 7126; 10.1.05 n. 287; 20.4.05 n. 8232; 24.3.04 n. 5873; 12.7.01 n. 9441; 25.5.01 n. 7106).

Già con la sentenza n. 23978 del 2007 la Suprema Corte aveva rilevato che in tema di rilevazione dell'inosservanza dei limiti di velocità dei veicoli a mezzo di apparecchiature elettroniche "né il codice della strada (art. 142, comma 6) né il relativo regolamento di esecuzione (D.P.R. 16 dicembre 1992, n. 495, art. 345) prevedono che il verbale di accertamento dell'infrazione debba contenere, a pena di nullità, l'attestazione che la funzionalità del singolo apparecchio impiegato sia stata sottoposta a controllo preventivo e costante durante l'uso, giacché, al contrario, l'efficacia probatoria di qualsiasi strumento di rilevazione elettronica della velocità dei veicoli perdura sino a quando non risultino accertati, nel caso concreto, sulla base di circostanze allegate dall'opponente e debitamente provate, il difetto di costruzione, installazione o funzionalità dello strumento stesso, o situazioni comunque ostative al suo regolare funzionamento, senza che possa farsi leva, in senso contrario, su considerazioni di tipo meramente congetturale, connesse all'idoneità della mancava di revisione o manutenzione periodica dell'attrezzatura a pregiudicarne l'efficacia *ex* art. 142 C.d.S." (Cass. 5.7.06 n. 15324; 16.5.05 n. 10212; 20.4.05 n. 8233; 10.1.05 n. 287; 22.6.01 n. 8515; 5.6.99 n. 5542).

Nel caso che ci occupa, il verbale di accertamento della violazione reca la seguente dicitura: "la violazione accertata a norma di legge è stata confermata dalla documentazione fotografica prodotta dall'apparecchiatura a posto fisso per il rilevamento automatico delle infrazioni a semaforo rosso Matricola 000065-00094, omologazione Min. delle Infrastrutture e dei Trasporti decreto n. 3458 del 15.12.2005 e n. 19403/usc., verificata per il corretto funzionamento e installata al predetto incrocio". Va preliminarmente rilevato che, mentre per le ipotesi di inosservanza dei limiti di velocità rilevate a mezzo "autovelox", l'art. 142, comma 6 C.d.S. prevede espressamente che sono considerate fonti di prova le risultanze di apparecchiature omologate, in materia di infrazioni al semaforo rosso il riferimento normativo al rilievo di dette infrazioni con apparecchiature elettroniche non è rinvenibile nell'art. 146, comma 2 C.d.S., bensì nell'art. 201, comma 1 *ter* del C.d.S. in materia di notifica

delle violazioni, allorché si fa riferimento alla non necessarietà della presenza degli organi di polizia qualora il rilievo dell'infrazione avvenga con apparecchiature omologate.

Ciononostante, considerato gli artt. 42 del C.d.S. e 192 del relativo Regolamento dettano un'unica e conforme disciplina per la omologazione delle apparecchiature per l'accertamento ed il rilevamento automatico delle infrazioni, deve necessariamente riconoscersi analoga natura di fonte di prova alle risultanze di apparecchiature che rilevano le infrazioni semaforiche, se omologate. Alcun riferimento vi è, invece, nel Codice della Strada e nel Regolamento, alla "taratura".

È pur vero che i decreti ministeriali di omologa di dette apparecchiature, emessi ai sensi dell'art. 192 del regolamento, prevedono che le amministrazioni che utilizzano documentatori fotografici di infrazioni al semaforo rosso in maniera automatica sono tenuti a far eseguire verifiche ed eventuali tarature dell'apparecchiatura, con cadenza almeno annuale, a supporto della corretta funzionalità dei dispositivi stessi. Ma va rilevato che, il medesimo Ministero, successivamente, sostanzialmente anticipando l'orientamento interpretativo espresso con riferimento alle apparecchiature elettroniche di rilevamento della velocità (autovelox) dalla recente pronuncia della Corte di Cassazione innanzi richiamata, ha chiarito che i documentatori fotografici di infrazioni non sono strumenti di misura, e, pertanto, per essi non corre l'obbligo di taratura prevista dalla l. n. 273/1991 ai fini della conferma metrologica.

La verifica e l'eventuale taratura prevista dai decreti di approvazione non hanno dunque valenza metrologica e non servono a garantire ai conducenti l'assenza di accertamenti erronei, bensì a garantire alle amministrazioni procedenti la funzionalità delle apparecchiature. Esse dunque possono essere validamente effettuate dal produttore, ovvero dall'installatore, o dal soggetto che esegue gli interventi di manutenzione dell'apparecchiatura (cfr. note del Min. delle Infrastrutture e dei Trasporti del 24.02.2006 e del 22.03.2007).

Pur ritenuta la non vincolatività di tali orientamenti interpretativi espressi dal competente Ministero, si ritiene condivisibile ed applicabile anche al caso di specie, e dunque alle apparecchiature Photored o T-red, l'orientamento espresso dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 376 del 2008 ove si è rilevato che, in ordine all'applicabilità o meno della l. n. 273 del 1991, istitutiva del sistema nazionale di taratura, alle apparecchiature elettroniche di controllo della velocità, la stessa attenga a materia diversa, quella metrologica, rispetto a quella della misurazione elettronica della velocità, in ogni caso adeguatamente verificata in sede d'omologazione, ed attribuisca funzioni ad autorità amministrative diverse, onde non ricorrono i presupposti a che anche

le dette apparecchiature vengano assoggettate ai controlli nella legge stessa previsti.

Nella specie, risulta che le apparecchiature in questione sono state installate nell'agosto del 2006 e la società fornitrice, la CI.TI.ESSE, ha fornito all'Amministrazione le dichiarazioni di conformità degli apparecchi installati al prototipo nonché i certificati di installazione delle apparecchiature. L'infrazione in questione è stata rilevata il 9.09.2006, mentre, all'evidenza, la verifica periodica, secondo quanto in precedenza esposto, doveva essere effettuata nell'agosto del 2007.

Di contro, non risulta che l'opponente abbia dedotto un cattivo funzionamento dell'apparecchio utilizzato nella circostanza e fornito prova degli elementi dai quali desumerlo, onde deve essere tratta la conclusione che le risultanze dell'accertamento compiuto con l'apparecchiatura elettronica non sono state vinte da prova contraria.

In difetto della quale – che, giova ribadire, incombe all'opponente dedurre e fornire – devesi concludere che l'accertamento dell'infrazione è valido e legittimo, posto che l'apparecchiatura semaforica in questione consente in maniera inequivocabile la visualizzazione in più fotogrammi dell'attraversamento dell'intersezione, riferibile ad un veicolo determinato, in condizioni di semaforo rosso, indicandone la località, la data e l'ora.

E del resto, nulla è stato dedotto, né provato, sulla eventuale illegittimità-inidoneità dei parametri di configurazione dell'apparecchiatura, per come individuati e determinati nei singoli atti applicativi dall'Amministrazione procedente ovvero, in concreto applicati, con riferimento agli elementi di tempo dell'entrata in funzione del semaforo rosso e all'intervallo temporale con il semaforo giallo ovvero all'intervallo temporale tra gli scatti dei fotogrammi, temi che, dunque, esulano dalla presente controversia, ma che in astratto, se dedotti nell'ambito del giudizio di opposizione avverso ordinanza ingiunzione irrogativa di sanzione pecuniaria per illecito amministrativo, potrebbero consentire al giudice ordinario il potere di sindacare incidentalmente, sotto il profilo della sussistenza dei vizi di legittimità della incompetenza, violazione di legge o eccesso di potere, il provvedimento amministrativo che costituisce presupposto di quello sanzionatorio e di disapplicarlo.

IV) L'opponente ha dedotto, poi, quale ulteriore motivo del ricorso la mancata contestazione immediata della infrazione, con conseguente violazione degli artt. 13 e 14 della l. 689/1981 in relazione agli artt. 200 e 201 C.d.S. e 383 e 384 del relativo regolamento di attuazione, evidenziando che la regolamentazione del traffico con impianto semaforico dotato di apparecchiatura fotografica di rilevamento delle infrazioni, non può essere delegata solo a dette apparecchiature, ma deve essere predisposta la presenza di almeno un vigile urbano in modo da

accertare e, ove possibile, contestare immediatamente le infrazioni al trasgressore. Il rilievo fotografico deve essere da supporto all'attività di controllo esplicata dagli organi di vigilanza, ma non sostitutivo di essa, dovendosi ottemperare alla norma di cui all'art. 200 C.d.S., principi più volte espressi dalla Suprema Corte.

Tale questione va impostata alla luce della disciplina vigente, quale si desume dall'art. 201, commi 1 *bis* e 1 *ter*, del Codice della Strada, nel testo modificato ed integrato dal d.l. n. 151/2003 convertito con l. n. 214/03 (le sentenze della Corte di Cassazione richiamate dall'opponente sono state rese, infatti, con riferimento ad infrazioni antecedenti a tale modifica e quindi, con riferimento alla previgente normativa).

L'art. 201 del C.d.S., dopo avere specificato al comma 1 *bis*, i casi eccezionali di consentita contestazione differita (tra i quali è espressamente indicato l'attraversamento di un incrocio con il semaforo indicante la luce rossa - lett. b), indica, al comma 1 *ter*, le ipotesi in cui non è neppure necessaria la presenza sui luoghi dell'organo di polizia, qualora l'accertamento avvenga mediante rilievo con apposite apparecchiature debitamente omologate e solo nelle fattispecie di seguito elencate: attraversamento di incrocio con semaforo rosso (lett. b); accertamento effettuato con i dispositivi di cui all'art. d.l. n. 121/2002 (lett. f); rilevazione degli accessi dei veicoli nelle zone a traffico limitato e circolazione nelle corsie riservate, con i dispositivi previsti dall'art. 17, comma 33 *bis*; l. n. 127/1997 (lett. g). Per le ipotesi di cui alle lettere e) e g), la specifica omologazione dell'apparecchiatura è idonea a rendere facoltativa la presenza dell'agente quando sia accompagnata ad una attività amministrativa "terza" la quale nei casi di cui alla letti è rimessa al prefetto e nell'ipotesi di cui alla lett. g) segue una complessa e articolata procedura che si conclude con una autorizzazione ministeriale.

Secondo l'inequivoco tenore letterale delle norme sopra richiamate, l'ipotesi di attraversamento di un incrocio con semaforo indicante luce rossa pur in assenza degli agenti accertatori è sottratto, invece, a qualsiasi regime di autorizzazione o valutazione preventiva da parte di organi statali (salva sempre la necessaria specifica omologazione dell'apparecchiatura automatica di rilevamento *ex* art. 45 del C.d.S.): essa costituisce, dunque, una ipotesi normativamente predeterminata (ora dalla legge e non solo da norma regolamentare) di esonero dall'obbligo della contestazione immediata nonché di esonero dalla necessaria presenza degli organi di polizia allorché l'accertamento avvenga mediante rilievo con apparecchiature omologate.

Ritiene il Tribunale che tale regime differenziato può trovare adeguato contemperamento nell'evidente circostanza che la delibera con la quale l'ente titolare della strada decida di utilizzare ed installare una simile apparecchiatura deve essere, secondo i principi generali, motivata,

con il ragionevole e ponderato apprezzamento della scelta operata, in relazione alle esigenze della circolazione e della sicurezza del traffico e degli utenti ed è, al pari di ogni atto amministrativo, suscettibile di controllo in sede giurisdizionale anche sotto il profilo dell'eccesso di potere. Ma anche questo tema, in quanto non dedotto, esula dal presente giudizio.

Ne consegue, pertanto, l'infondatezza anche di tale ultimo motivo del ricorso.

V) Il Tribunale rileva, infine, l'inammissibilità del motivo di ricorso introdotto dall'opponente con la comparsa di costituzione depositata nel presente giudizio, ove deduce che il verbale si riferisce ad una violazione che sarebbe stata commessa "il giorno 9.09.2006 alle ore 8,25 in Perugia in via Brunamonti intersezione con via del Giochetto direzione via Eugubina", ma la documentazione fotografica prodotta in giudizio dal Comune si riferisce ad un luogo completamente differente, ovvero al punto in cui via Brunamonti si immette su P.zza Monteluce, in cui è posto un diverso impianto semaforico che, peraltro, non regola la benché minima intersezione.

Trattasi di deduzione non formulata in primo grado, né nell'atto di ricorso, né, a seguito del deposito dei fotogrammi in questione effettuato dall'opposto in data 4.04.2007, in sede di memoria autorizzata depositata il 20.07.2007. Tale deduzione, introducendo fatti e circostanze non allegate al primo giudice ed un tema nuovo di indagine e decisione, si configura quale nuova domanda e, in quanto tale, inammissibile ai sensi dell'art. 345, comma 1 c.p.c.

Quanto alle spese del giudizio, ritiene il Tribunale, in considerazione della novità delle questioni giuridiche poste e dalla peculiarità delle fattispecie oggetto di giudizio, la sussistenza di giusti motivi per dichiararle integrarle integralmente compensate.

* * *

Data l'importanza della vertenza, ci si augura che la Corte di Cassazione possa dirimere quanto prima il contrasto esistente.

DOTTRINA

LE TECNICHE DELL'ACCUSA NELLA CROSS EXAMINATION *

SOMMARIO: 1. *Cenni introduttivi.* 2. *Oggetto della prova*. 3. *Modalità di conduzione dell'esame incrociato*. 4. *Ordine di svolgimento.* 5. *Conclusioni.*

1. *Cenni introduttivi*

La *cross examination* o esame incrociato [1] è una modalità processuale di escussione dei testimoni e degli altri soggetti, le cui dichiarazioni devono esser assunte nel processo, introdotta nel nostro ordinamento con il codice di rito del 1988. Contemporaneamente, sono stati maggiormente marcati i principi del contraddittorio e dell'oralità del processo, principi cui la tecnica dell'esame incrociato è strettamente funzionale.

La scelta legislativa muove dalla convinzione che sia più facile accertare la veridicità delle dichiarazioni del teste, dell'imputato o di altri soggetti chiamati a deporre, sottoponendoli a domande delle parti dirette e, appunto, incrociate.

L'esame incrociato da un lato, favorisce l'acquisizione del maggior numero possibile di informazioni, dall'altro serve per verificare la credibilità del testimone.

Sotto la vigenza del codice abrogato, compito del giudice istruttore era

---

* L'articolo sintetizza la relazione svolta nell'evento formativo sul tema "*Tecniche del contraddittorio nella formazione della prova testimoniale*", organizzato a Perugia il 12 giugno 2009, a cura della Fondazione Forense di Perugia nel corso del programma della Formazione Professionale.

[1] Cfr. quale punto di riferimento essenziale la relazione di CARIA, *La cross examination, tecniche e regole*, svolta in occasione della settimana di formazione riservata agli uditori, organizzata dal CSM, in Roma dal 9 al 13 luglio 2003, dalla quale sono anche tratti alcuni degli esempi citati.

quello di "accertare la verità" e analoghi compiti e poteri competevano anche al presidente del collegio. In dibattimento, non era consentito che le parti rivolgessero direttamente domande alla persona da esaminare, ma dovevano farlo per il tramite del presidente del collegio che, se giudicava le loro domande ammissibili e pertinenti, le formulava all'interrogato.

Il nuovo processo, in un prima fase, sembrava modellato sul sistema anglosassone, in particolare quello americano, del cosiddetto processo "a tesi", obiettivo del quale era non tanto la ricerca della verità assoluta, quella processuale, ovviamente, ma solo la validazione di una tesi, quella dell'accusa o quella della difesa; questo obiettivo era affidato, appunto, alla abilità delle parti, rispetto alle quali il giudice restava notarilmente estraneo. Strumento per il conseguimento di questo obiettivo era l'esame incrociato.

Il modello processuale "a tesi" non ha funzionato ed oggi nessuno ne parla più. Cultura e tradizione giuridica differenti rispetto a quelle anglosassoni comportano che, nel nostro sistema processuale, non ci si accontenti di confermare o rigettare la tesi accusatoria, ma si pretenda di scoprire la verità, quella verità che il processo può accertare, beninteso.

I nostri giudici non sono spettatori arbitri ma partecipano alla dialettica processuale tra le parti con un uso massivo del loro potere di porre domande e di indagare.

Prima conseguenza da trarre da questa considerazione è che colui che conduce l'esame, sia il pubblico ministero sia il difensore, non deve contare sul fatto che possano restare in ombra quegli aspetti della testimonianza che non giovano alla sua tesi. Non è buona pratica, perciò, per l'esaminante sperare che non emergano dalla testimonianza quegli elementi non coerenti con la sua tesi; tanto vale che dubbi, contraddizioni e incertezze della testimonianza siano evidenziati gia dall'esame e siano anzi sottolineati.

È preferibile che proprio la parte che conduce l'esame evidenzi quelle circostanze che potrebbero nuocerle, piuttosto che lo faccia, durante il controesame, la parte che può giovarsene o, peggio ancora, il giudice che potrebbe farsi un giudizio non favorevole.

Tale condotta, prima di tutto, è segno di trasparenza e di lealtà processuale.

Del resto, o si ritiene che, alla fine, se ne possa trarre qualcosa di buono, o si è sbagliato a metter in lista il teste.

Con legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2, che ha modificato l'art. 111 della Costituzione, la tecnica in questione, in qualche modo, è stata elevata al rango costituzionale: *«…abbia la facoltà… di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni*

a suo carico…». La norma costituzionale, tuttavia, non prescrive la contestualità del confronto dialettico tra le parti nella formazione della prova ma impone che alla parte sia data la possibilità di far valere le proprie ragioni, prima della decisione del giudice, anche di fronte a prove acquisite in altra sede o nella fase procedimentale. Sancisce, inoltre, il diritto al controesame, con conseguente inutilizzabilità di dichiarazioni provenienti da testimoni (o anche da imputati di reati connessi), che si sottraggono volontariamente, per libera scelta, all'interrogatorio, con le uniche eccezioni di cui al comma 5 (consenso dell'imputato alla produzione di dichiarazioni rese in indagini preliminari; impossibilità oggettiva di svolgimento del controesame per irreperibilità o incapacità sopravvenuta a testimoniare).

2. *Oggetto della prova*

La norma generale di riferimento per la materia in esame è l'art. 187 c.p.p., sul contenuto della prova in generale e, quindi, anche della prova testimoniale.

Oggetto di prova, di quella testimoniale, nel caso specifico, sono i *«fatti che si riferiscono all'imputazione, alla punibilità e alla determinazione della pena o della misura di sicurezza».* Oltre a quelli enunciati nei due successivi commi dell'art. 187 citato, ossia i fatti da cui dipende l'applicazione di norme processuali e i fatti inerenti alla responsabilità civile (che, però, in questa sede saranno tralasciati).

Sorge subito un primo problema di raccordo logico del metodo, esame incrociato, con le norme di procedura, con riguardo all'art. 468 c.p.p.

La parte che intenda chiedere l'esame di testimoni, periti etc. deve depositare, sette giorni prima della data fissata per il dibattimento, la lista con la indicazione delle circostanze su cui deve vertere l'esame. La disposizione è chiaramente finalizzata a consentire al giudice, ignaro dei fatti e delle pregresse vicende procedimentali, di esercitare il suo potere di valutare la sovrabbondanza delle testimonianze, la loro conformità alla legge, in altre parole, la loro ammissibilità. Sennonché, la tecnica dell'esame incrociato comporta l'uso di domande apparentemente estranee al tema della testimonianza, rivolte allo scopo di saggiare la attendibilità del teste, la sua memoria, la credibilità dei suoi ricordi, ossia una serie di domande orientative, esplorative che, senza giungere alla banale *«che cravatta portava la sera del delitto?»,* possono spaziare dall'ambiente di lavoro del testimone, alle sue abitudini, ai rapporti con vari soggetti, tutte circostanze che non sono, non possono e non devono essere calendate.

Ci si chiede se siano ammissibili queste domande. La risposta preferibile è affermativa, perché, anche se non direttamente pertinenti al

fatto oggetto di prova, non si può dubitare della loro pertinenza, se solo si considera che sono finalizzate a valutare la complessiva attendibilità delle dichiarazioni probatorie vere e proprie. Resta salva, naturalmente, la facoltà del giudice di chiedere alla parte giustificazione di simili domande ed il dovere di chi le pone, di darla.

3. *Modalità di conduzione dell'esame incrociato*

Sono vietate sempre:

- le domande assunte con metodi o tecniche vietati dall'art. 188 c.p.p., ossia tali da influire sulla libertà di autodeterminazione o alterare la capacità di ricordare o valutare i fatti (siero della verità, ipnosi etc.);
- le domande che possono nuocere alla sincerità delle risposte (art. 499, comma 2, c.p.p.), le cosiddette domande trabocchetto, tra le quali le domande con presupposti consapevolmente falsi (art. 499, comma 2, c.p.p.);
- le domande generiche (artt. 194, commi 1 e 3, e 499, comma 1, c.p.p.);
- le domande ininfluenti o irrilevanti o non pertinenti (artt. 187 e 499, comma 4, c.p.p.);
- le domande su voci di pubblico (art. 194, comma 3, c.p.p.);
- le domande che ledono, senza rilevanza, il diritto alla riservatezza e al rispetto. Tuttavia, nei procedimenti per reati sessuali la soglia della riservatezza viene spesso superata, sia per l'accertamento più circostanziato possibile dei fatti, sia per mettere alla prova la credibilità del denunciante (art. 499, comma 4, c.p.p.).

Sono ammesse, invece:

- le domande su fatti appresi da altre persone individuate, ma l'utilizzabilità delle risposte è condizionata all'audizione della fonte, secondo le modalità dell'art. 195 c.p.p. (testimonianza indiretta). Per espressa riserva prevista dall'art. 209 c.p.p., tale regola non si applica alle dichiarazioni su fatti appresi da altri e riferiti nell'esame dall'imputato;
- le domande (al testimone) che implicano opinioni o giudizi personali quando sia impossibile scinderli dalla deposizione sui fatti (artt. 194, comma 3 e 499, comma 1, c.p.p.). Possono però essere rilevanti le impressioni che non possono essere scisse dalla percezione sensoriale del testimone; ad esempio, può certamente essere domandato al teste se, quando ha incontrato l'imputato o la persona offesa, subito dopo il delitto, ha notato un particolare atteggiamento, ha avvertito una qualche emozione o turbamento;

- le domande concernenti la moralità dell'imputato, quando siano necessarie a delinearne la personalità, ai fini della valutazione in ordine al reato o alla pericolosità (art. 194, comma 1, c.p.p.). Può essere rilevante, ad esempio, conoscere i precedenti comportamenti dell'imputato, in un procedimento per maltrattamenti, o la sua condotta in un processo per violazione degli obblighi di assistenza familiare (se non contribuisca al mantenimento della famiglia, sperperando i soldi al bar, o al gioco);
- le domande sulla personalità della persona offesa quando il fatto debba essere valutato in relazione al comportamento della stessa (art. 194, comma 2, c.p.p.). Può essere rilevante, ad esempio, in un processo per omicidio, conoscere quale sia stato, fino ad allora, il comportamento della vittima nei confronti dell'imputato, al fine di valutare la sussistenza di attenuanti generiche o di valutare se appaia credibile la versione dell'imputato che adduca l'attenuante della provocazione o una causa di giustificazione quale la legittima difesa;
- le domande su presupposti non controversi (*«Lei lavora in banca?»*);
- le domande con premesse dirette a rinfrescare la memoria (*«Lei era tra gli invitati al matrimonio dell'imputato. Ci dica se ha notato…»*);
- le domande che mirano a contestare la credibilità del teste attraverso il sistema delle contestazioni dell'art. 500 c.p.p.

Non sono ammesse, infine:

- le domande a persone incapaci (art. 196, comma 2, c.p.p.);
- le domande alla polizia giudiziaria su quanto appreso in sede di verbalizzazione, dai testimoni, «*con le modalità di cui agli artt. 351 e 357, comma 2, lettere a) e b)*» (art. 195, comma 4, c.p.p.). La norma prosegue affermando: «*negli altri casi si applicano le disposizioni dei commi 1, 2 e 3 del presente articolo*». Deve ritenersi che tale ultimo inciso riguardi quelle dichiarazioni informali, rese da *testimoni (rectius:* persone informate dei fatti) che non avrebbero potuto essere verbalizzate, ad esempio, perché rilasciate sul luogo e nell'immediatezza dei fatti. Conseguentemente, queste dichiarazioni possono essere oggetto di testimonianza della polizia giudiziaria e le relative domande dell'esaminante sono ammissibili;
- le domande concernenti fatti coperti da segreto professionale, d'ufficio, di Stato sono ammissibili nei limiti e con le modalità di cui agli artt. 200, 201, 202 e ss., 195, comma 6, c.p.p.

4. *Ordine di svolgimento*

L'istruttoria dibattimentale segue l'ordine indicato dagli artt. 496, 498 c.p.p. e 151 disp. att. c.p.p. Le parti possono però concordare un diverso ordine di assunzione delle prove, sempre secondo la cadenza: esame, controesame, riesame.

L'esame viene condotto dalla parte che lo ha chiesto. Il controesame viene condotto dalle altre parti ma spetta comunque anche alla parte che non lo abbia chiesto. Il riesame, facoltativo, compete di nuovo alla parte che ha iniziato con l'esame.

L'art. 499 c.p.p. detta le regole per l'esame, in generale, e regole per l'esame condotto dalla parte che l'ha chiesto.

- Esame condotto dalla parte che l'ha chiesto.

È opportuno iniziare sempre con domande volte a presentare il teste (lavoro, competenze, presenza sul luogo al momento dei fatti etc.) ed a spiegare al giudice per quale motivo quel teste è chiamato a rendere dichiarazioni.

Nell'esame non possono esser rivolte domande suggestive, ossia, domande che contengano implicita la risposta, che tendano a suggerirla o che diano per scontato il fatto o una parte del fatto che è oggetto di prova.

È evidente l'intento del legislatore di evitare che chi indica un teste a prova della tesi processuale sostenuta possa anche suggerirgli le risposte – durante l'esame diretto – in modo da manipolare a suo piacimento la genuinità della prova; mentre analoga esigenza non si pone per chi conduce il controesame, il quale anzi è opportuno che sia lasciato libero di saggiare l'attendibilità del teste anche con domande provocatorie e suggestive [(2)].

La Corte suprema ha affermato che tale divieto esclude, in particolare, la possibilità che le domande, in sede di esame, possano essere poste leggendo al testimone la capitolazione indicata come oggetto della deposizione nella lista testi, in quanto tale metodo si risolverebbe in una mera ripetizione di una testimonianza preconfezionata nel suo complesso fuori dal processo [(3)].

Il divieto di domande suggestive comprende le domande con deduzioni non necessarie dalle precedenti risposte del teste e le domande che presuppongono fatti ancora controversi. Il divieto di domande suggestive non colpisce le domande poste dal giudice, ai sensi dell'art. 506 c.p.p.; la ragione che viene addotta sta nel fatto che esse vengono poste dopo

---

[(2)] V. Cass., sez. III, 3 giugno 1993, Tettamanti, in *Cass. pen.*, 1995, 79.

[(3)] V. Cass., sez. I, 21 gennaio 1992, Daniele e altro, in *Giur. it.*, 1993, II, 126.

che sono esauriti gli esami delle parti e, quindi, anche dopo che è stato svolto il controesame, nel corso del quale si deve presumere che siano state formulate anche le domande che tendono a suggerire le risposte. La tesi riposa sulla regola normativa secondo la quale il giudice può porre domande *solo dopo l'esame ed il controesame*. Tale regola, peraltro non presidiata da alcuna sanzione processuale, nella prassi, raramente viene rispettata. Ne deriva che la totale libertà (di fatto) del giudice nel porre domande e nelle modalità di formulazione, fa tramontare definitivamente l'originaria, vagheggiata idea del processo "a tesi", e scompagina, sovente, qualsiasi strategia processuale le parti abbiano inteso perseguire.

Le domande suggestive devono ritenersi consentite anche nell'esame diretto quando la risposta è ovvia (*«Lei è nato a Perugia il 22.11.1960?»*), per ragioni di economia processuale.

- Il controesame delle altre parti.

Deve esservi una correlazione tra controesame ed esame nel senso che gli argomenti affrontati non possono essere del tutto estranei alle circostanze indicate nella lista testi da colui che ha chiesto l'esame diretto, o comunque ai temi trattati durante l'esame diretto.

Se la parte vuole introdurre nel processo nuovi e diversi argomenti ha facoltà di farlo, chiedendo essa stessa l'esame di quel soggetto, senza privare l'altra parte del diritto al controesame su quegli argomenti. Diversamente, verrebbero frustrati i termini ed i limiti di ammissibilità, stabiliti dal codice di rito per l'ingresso nel processo delle prove indicate dalle parti, nonché le regole concernenti le modalità di assunzione delle stesse [(4)].

Nel controesame, inoltre, non si dovrebbero ripetere le stesse domande formulate nell'esame, alle quali il teste ha già risposto. Tale principio è raramente rispettato, però, perché un metodo, il più comune ed alla portata di tutti, per sondare la credibilità del teste nelle risposte precedentemente date, è quello di fargliele ripetere.

A chi conduce il controesame – dunque – non possono essere inibite domande che tendono a suggerire le risposte, neppure invocando il principio secondo il quale deve essere assicurata la genuinità e la sincerità delle risposte. Invero, la *ratio* della ammissibilità delle domande suggestive nel controesame risiede proprio nella sua funzione di verifica della attendibilità del testimone e della veridicità delle sue dichiarazioni. Un teste che si lasci suggestionare o guidare nelle risposte, assecondando l'esaminante e, magari, modificando quanto in precedenza aveva di-

---

[(4)] Cfr. Cass., sez. I, 5 novembre 1996, Di Gennaro, in *Giust. pen.*, 1997, III, 630.

chiarato, incrina la credibilità delle dichiarazioni rese in sede di esame diretto, anche se tale incoerenza sia dipesa da suggestione.

Sorgono, invece, alcune difficoltà quando il testimone si mostra come si suol dire "ostile".

Si può definire "ostile" quel teste che, pur dovendosi presumere in possesso di conoscenze utili alla tesi sostenuta dall'esaminante, tenga un atteggiamento preclusivo e riluttante a rivelarle o, addirittura muti, senza alcuna plausibile spiegazione, la versione dei fatti fornita in precedenza.

In dottrina c'è chi ritiene che, in presenza di un teste siffatto, non sarebbe operante, anche nell'esame diretto, il divieto di domande suggestive, di cui all'art. 499, comma 2, c.p.p. In tali casi, verrebbero meno le ragioni del divieto in questione perché non sussisterebbe il rischio che il testimone dia risposte compiacenti; al contrario, sarebbe quanto mai opportuno offrire all'esaminante, che ha indotto il teste rivelatosi ostile, la più ampia possibilità di indagine per verificare le ragioni del mutato atteggiamento.

Tale orientamento non convince e non pare condivisibile perché le medesime finalità di verifica dell'attendibilità del teste possono essere perseguite con il meccanismo processuale delle contestazioni, ai sensi dell'art. 500 c.p.p., che consente di fare tutti i rilievi del caso, senza bisogno di aggiungere eccezioni di dubbia valenza ad una materia già abbastanza intricata.

- Il riesame.

La parte che ha chiesto l'esame ha diritto a concludere l'esame.

Il riesame non dovrebbe vertere su fatti nuovi, non trattati in sede di controesame, ma soltanto su temi introdotti in quella sede. Diversamente, le altre parti avrebbero diritto di nuovo al controesame.

Il riesame serve, essenzialmente, per evidenziare all'attenzione del giudice le parti fondanti della testimonianza che un abile controesame può aver oscurato. Serve per far rettificare o precisare al teste affermazioni che il controesame può aver presentato come equivoche.

Come, in genere, le repliche, il riesame è uno strumento che va adoperato solo quando è necessario o almeno sicuramente utile.

- Le domande del giudice.

All'esito dell'escussione del testimone, secondo le modalità appena indicate, il giudice può formulare domande, anche su richiesta delle associazioni o enti intervenuti nel processo (art. 505 c.p.p.), e successivamente rivolgere ulteriori domande proprie (art. 506 c.p.p.). La conclusione dell'esame, comunque, spetta alla parte che lo ha chiesto.

Nella prassi processuale il giudice lascia ampio spazio, e consente più riesami e controesami. Succede frequentemente – come si notava – che il giudice intervenga nel corso dell'esame o del controesame per

chiedere chiarimenti o precisazioni, senza aspettare la fine dell'esame e controesame, come previsto dal comma 2 dell'art. 506, tuttavia, se con le sue domande apra a nuovi temi, le parti hanno diritto di fare nuove domande.

- La opposizione.

Anche la prova testimoniale rientra nella disciplina prevista dall'art. 191 c.p.p., in forza della quale è esclusa l'utilizzabilità ai fini della deliberazione della prova assunta in violazione dei divieti stabiliti dalla legge [(5)].

La parte che, nel corso dell'esame condotto dalle altre parti, ritiene violate le regole, ha facoltà di opporsi, enunciandone i motivi (art. 504 c.p.p.).

Il giudice non ha l'obbligo di motivare le ragioni dell'accoglimento o del rigetto dell'opposizione: può limitarsi ad accoglierla o a rigettarla.

Le decisioni prese dal giudice sull'ammissibilità delle domande riguardano il merito e non possono essere allegate come motivo di ricorso per Cassazione. Eventualmente, potranno però condurre ad una richiesta di riapertura dell'istruttoria dibattimentale, in appello, ai sensi art. 603 c.p.p.

Capita spesso che una delle parti si intrometta durante l'esame di altra parte processuale, interrompendo, anche senza proporre rituale opposizione. È un comportamento biasimevole, purtroppo sovente tollerato, che viola, prima di tutto, le regole del vivere civile, altera la sequenza esame-controesame-riesame, è, in genere causa di confusione e disordine.

Un'opposizione mal posta e perciò non ammessa, talvolta raggiunge ugualmente l'effetto surrettiziamente voluto da chi la pone, perché in tal modo, al teste, che ovviamente ascolta l'intervento della parte, si suggerisce l'atteggiamento da tenere o la risposta che si desidera. Analogo risultato si ottiene quando, in sede di esame o di controesame, venga posta una domanda non ammissibile: anche se al testimone viene impedito di rispondere, inevitabilmente sarà stato posto sull'avviso in occasione delle successive domande. A volte, ci si oppone non perché la domanda sia davvero inammissibile, ma solo per distrarre il testimone o il giudice, o per far perdere il filo all'esaminante, per scongiurare una risposta ritenuta pregiudizievole. Gli accesi contrasti verbali che, normalmente, seguono tra le parti in questi casi, quando non coinvolgono anche il giudice, servono solo a far conseguire il risultato voluto con l'opposizione.

[(5)] Fattispecie in tema di violazione dell'art. 499, comma 3, c.p.p., che vieta di porre al testimone domande che tendano a suggerire le risposte, Cass., sez. I, 21 gennaio 1992, Daniele, cit., 126.

Questi espedienti, queste astuzie da *"civitati in pretura"* dovrebbero essere sanzionati severamente.

Qualora l'opposizione sembri fondata, è signorile riformulare la domanda in termini diversi, senza attendere la decisione del giudice.

Non bisogna avere scrupoli ad opporsi a domande che si reputano inammissibili, anche se non si è stati interrotti durante il proprio esame, per un malinteso – in questo caso – *fair play*, perché, la parte ha il dovere di vigilare sul rispetto delle regole.

L'osservanza delle regole che governano l'assunzione della prova testimoniale è presidiata dal giudice.

L'art. 499, comma 6, c.p.p. affida al presidente del collegio il potere di dirigere l'istruttoria dibattimentale e di stabilire caso per caso, l'ammissibilità, sotto il profilo della pertinenza e dell'utilità delle domande, nonché la lealtà dell'esame, né è sufficiente il dissenso del difensore in ordine alla suddetta pertinenza e rilevanza delle sue domande per dare qualifica di illegittimità all'intervento regolatore del presidente. La Cassazione ha anche precisato che non è condivisibile l'assunto secondo cui la cosiddetta *"cross-examination"* non comporterebbe limite alcuno alla proposizione di domande, rilievi e precisazioni da parte della difesa, perché la nozione di "esame incrociato" non può essere identificata con la libertà, priva di ogni vincolo, di muovere domande a scelta esclusiva della difesa [(6)].

5. *Conclusioni*

L'esame dovrebbe seguire una tecnica, per così dire, costruttiva avendo un obiettivo rappresentativo della tesi sostenuta dall'esaminante. Ciò è tanto più importante, da quando è stata soppressa l'esposizione introduttiva delle parti con la iniziale spiegazione di ciò che esse intendano dimostrare.

Il controesame, al contrario, dovrebbe seguire una tecnica decostruttiva, tendente a confutare e disaggregare la ricostruzione del fatto emersa dall'esame diretto.

L'ordine delle domande può variare ma è opportuno tenere presente che una sequenza logica e cronologica agevola il giudice nella comprensione del fatto. In linea di massima, sono preferibili domande brevi che comportino risposte brevi e precise, a meno che non ci si trovi di fronte un teste pienamente affidabile, come un ufficiale di p.g., al quale può

[(6)] Cfr. Cass., sez. VI, 28 novembre 1995, Caruso, in *CED on line,* n. 204770; Cass., sez. I, 5 dicembre 1994, Rizzo e altro, in *Giust. pen.*, 1995, III, 592; Cass., sez. I, 17 dicembre 1992, Fiannaca, in *Mass. pen. cass.*, 1993, fasc. 9, 130.

essere chiesto di narrare i fatti da lui conosciuti e le indagini svolte. Tale sistema, salvo ulteriori domande più mirate, spesso consente di offrire al giudicante una rappresentazione omogenea e non frammentata della vicenda sottoposta al suo esame.

La psicologia e l'esperienza suggeriranno, di volta in volta, quale atteggiamento sia preferibile che l'esaminante tenga (aggressivo, rassicurante, ironico, distaccato) al fine di ottenere dall'esaminato ciò che si attende da lui.

È bene dissimulare, nei limiti del possibile, l'obiettivo che si vuol raggiungere con le domande, alternando domande generiche a domande specifiche e variando quell'ordine logico o cronologico di cui si diceva.

Vanno contenute le divagazioni del teste anche con un semplice «*grazie, mi basta, ha già risposto*».

Nell'ambiente, circola una massima: non fare domande se non si conosce già la risposta. È un paradosso, naturalmente, che non va preso alla lettera ma, come tutti i paradossi, contiene un nucleo di saggezza.

FAUSTO CARDELLA

RILEVANZA PENALE DELLA PRODUZIONE DI MATERIALE PEDOPORNOGRAFICO AD USO PRIVATO DELL'AUTORE

1. *L'art. 600* ter *nella legge 269/1998*

Prima dell'entrata in vigore della legge n. 38 del 2006, i delitti legati alla pedopornografia erano regolamentati dalla legge n. 269 del 1998 [1].

L'art. 600 *ter* comma 1, in particolare, puniva: "chiunque sfrutta minori degli anni diciotto al fine di realizzare esibizioni pornografiche o di produrre materiale pornografico".

La norma *de qua*, quindi, richiedeva che la realizzazione di esibizioni pornografiche e la produzione di materiale pornografico costituissero il fine (c.d. dolo specifico) dello sfruttamento di minori degli anni 18, che rappresentava, perciò, la condotta base e segnava anche il momento consumativo del reato.

---

[1] Il legislatore italiano, per contrastare, da un lato, il fenomeno sempre più allarmante dell'abuso e dello sfruttamento sessuale in danno dei minori e dall'altro, per uniformarsi alle normative comunitarie ed internazionali che regolamentano la materia, qualche anno dopo l'entrata in vigore della legge 66/1996, con la quale ha introdotto nuove disposizioni in materia di violenza sessuale, è tornato sul tema dell'abuso sessuale in danno dei minori approvando la legge del 3 agosto 1998 n. 269.

Questa legge, con riferimento ai minori, ha inserito una serie di reati del tutto nuovi nel nostro sistema penale, quali: il delitto di prostituzione minorile (art. 600 *bis* c.p) ed i delitti legati alla pedopornografia, quali la pornografia minorile (art. 600 *ter* c.p.), la detenzione di materiale pornografico (art. 600 *quater* c.p.), le iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile (art. 600 *quinquies* c.p.).

La legge 268/1998, segnalata come una delle prime leggi in Europa in materia di abuso sessuale sui minori, scaturiva da alcuni documenti internazionali, quali la Convenzione sui diritti del fanciullo dell'ONU (20 novembre 1989), ratificata in Italia con la legge 176/1991 e la Conferenza di Stoccolma contro lo sfruttamento sessuale dei bambini ai fini commerciali, svoltasi nell'agosto 1996. La sua finalità era quella di varare una normativa volta a tutelare lo "sviluppo fisico, psicologico, spirituale, morale e sociale" dei minori, attraverso la repressione di comportamenti ritenuti in grado di attentare all'integrità di tali beni.

La formulazione della norma in questione, tuttavia, risultò infelice, tanto è vero che dottrina e giurisprudenza sollevarono dubbi interpretativi sul significato di "pornografia" e di "sfruttare". Ciò perché il legislatore utilizzò il termine "pornografico" senza darne una definizione positiva, né specificò se per avere sfruttamento fosse necessaria o meno una finalità di lucro da parte dell'agente.

A placare i contrasti intervenne la Corte di Cassazione a S.U. [(2)] che escluse, diversamente da quanto sostenuto dalla dottrina dell'epoca [(3)], che ai fini della realizzazione del reato, fosse necessario sia la sussistenza di un fine lucrativo in capo allo sfruttatore del minore, sia che vi fosse un'organizzazione di tipo imprenditoriale. Ciò in quanto il termine "sfruttare" doveva essere inteso nel significato di utilizzare a qualsiasi fine, non necessariamente di lucro e voleva dire impiegare i minori come mezzo, anziché rispettarli come fine e come valore in sé.

Ne conseguì che per il perfezionamento della fattispecie, necessitava che la condotta dell'agente avesse una consistenza tale da implicare il concreto pericolo di diffusione del materiale pornografico prodotto [(4)].

In altre parole, secondo i giudici, l'*intentio legis* era di reprimere, predisponendo una tutela anticipata e complementare a quella della libertà sessuale, condotte prodromiche che mettevano a repentaglio lo sviluppo del minore, mercificando il suo corpo ed immettendolo nel circuito della pedofilia e la *ratio* della norma era di impedire la visione del minore ad una cerchia indeterminata di pedofili. Di conseguenza, non configurava l'ipotesi di reato la produzione pornografica destinata a restare nella sfera strettamente privata dell'autore [(5)], ma era necessario

---

[(2)] Cass., s.u., 5 luglio 2000, Bove, in *Cass. pen*., 2000, 2983, e in *Riv. polizia*, 2000, 658.

[(3)] La dottrina era intervenuta sulla questione ritenendo che per l'integrazione del reato *de quo* fosse necessaria l'utilizzazione di più minori con finalità lucrativa o commerciale o comunque con ricaduta economica. Sicché, esulava il reato se la condotta mirava solo al soddisfacimento della lussuria privata dell'agente, ovvero, se veniva utilizzato un solo minore.

[(4)] Cass., s.u., 5 luglio 2000, cit.: "….oltre alla preesistente tutela penale della libertà (di autodeterminazione e maturazione) sessuale del minore, viene introdotta una tutela penale anticipata volta a reprimere quelle condotte prodromiche che mettono a repentaglio il libero sviluppo personale del minore, mercificando il suo corpo ed immettendolo nel circuito perverso della pedofilia. Il criterio teleologico consente così all'interprete di qualificare la fattispecie di cui al primo comma dell'art. 600 *ter* c.p. come reato di pericolo concreto. Per conseguenza il reato è integrato quando la condotta dell'agente che sfrutta il minore per fini pornografici abbia una consistenza tale da implicare concreto pericolo di diffusione del materiale pornografico prodotto".

[(5)] Cass., s.u., 5 luglio 2000, cit.: "…non appare possibile realizzare esibizioni pornografiche, cioè spettacoli pornografici, se non offrendo il minore alla visione

che sussistesse il concreto pericolo di diffusione del materiale pornografico prodotto, il cui accertamento era demandato al giudice [6].

2. *La riforma del 2006 (legge 38/2006) e la nuova formulazione dell'art. 600* ter

Nel 2006, il legislatore italiano da un lato per risolvere i dubbi interpretativi che si erano creati sul significato di "sfruttare" e di "pornografico" e dall'altro per uniformarsi alla decisione quadro emessa dall'Unione Europea nel 2003 [7], ha rimodellato l'art. 600 *ter* c.p. apportando due modifiche di rilievo. La prima è stata l'impiego della locuzione "utilizzando minori degli anni 18 realizza esibizioni pornografiche o produce materiale pornografico" in luogo di quella: "sfrutta minori degli anni 18 al fine di realizzare esibizioni pornografiche o di produrre materiale pornografico", con conseguente trasformazione della norma *de qua* da reato a dolo specifico a reato a dolo generico. L'attività che prima era descritta quale secondo atto non compiuto ("chiunque…al fine di realizzare esibizioni pornografiche o produrre materiale pornografico") oggetto, solo, del dolo specifico dell'agente è stata trasformata in condotta consumativa del reato. La seconda è stata l'introduzione della nuova ipotesi delittuosa dell'induzione del minore a partecipare ad esibizioni pornografiche.

---

perversa di una cerchia indeterminata di pedofili; così come, per attrazione di significato, produrre materiale pornografico sembra voler dire produrre materiale destinato ad essere immesso nel mercato della pedofilia…".

[6] Secondo i giudici di Cassazione, il giudice doveva accertare di volta in volta se ricorresse il concreto pericolo di diffusione del materiale pornografico, facendo ricorso ad elementi sintomatici della condotta, quali: l'esistenza di una struttura organizzativa anche rudimentale, atta a corrispondere alle esigenze del mercato dei pedofili; il concreto collegamento dell'agente con soggetti pedofili, potenziali destinatari del materiale pornografico; la disponibilità materiale di strumenti tecnici (di produzione e/o di trasmissione, anche telematica) idonei a diffondere il materiale pornografico in cerchie più o meno vaste di destinatari, l'utilizzo, contemporaneo o differito nel tempo, di più minori per la produzione del materiale pornografico; i precedenti penali, la condotta antecedente e le qualità soggettive del reo, quando fossero connotati dalla diffusione commerciale di pornografica minorile; altri indizi significativi che l'esperienza poteva suggerire.

[7] Decisione quadro 2004/68/GAI del 22 dicembre 2003 relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile. Conf. Pistorelli, *Colmate le lacune della pregressa disciplina*, in *Guida dir.*, 2006, n. 9, 45; Pistorelli, *Attenzione spostata sulla perversione del reo*, in *Guida dir.*, 2006, n. 9, 51; Di Donato, *La legge 6 febbraio 2006 n. 38, " disposizioni in materia di lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia anche a mezzo internet" tra esigenze reali di tutela e offese virtuali*, in *Crit. dir.*, 2006, 68 ss.

È chiaro che il legislatore ha sostituito il termine "sfruttamento" con il termine "utilizzazione" per fugare, una volta per tutte, le incertezze circa la necessità che la condotta, per integrare la fattispecie penale, dovesse essere connotata da un ritorno economico per l'agente, ossia da una finalità lucrativa o commerciale [8]. È oramai in equivoco che, la semplice utilizzazione del minore per la produzione di esibizioni o di materiale pedopornografico, a prescindere da qualsiasi finalità lucrativa o commerciale, è sufficiente ad integrare la fattispecie tipica.

Ad essere rimasto irrisolto è, invece, il dubbio interpretativo sul significato di "pornografico" posto che il legislatore ha nuovamente omesso di fornirne una definizione.

La consapevole omissione sarebbe dovuta all'estrema difficoltà di darne una definizione, ragione per la quale il legislatore ha pensato di fare riferimento alla pornografia come elemento elastico della fattispecie, definito attraverso un concetto normativo extragiuridico e suscettibile di essere riempito di contenuto nel caso concreto [9].

---

[8] LUPO, *I reati sessuali sui minori a seguito delle leggi di riforma in materia. La nuova disciplina sulla pedopornografia alla luce della legge 38/2006: disposizioni in materia di lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia a mezzo internet*, in *L'abuso sessuale sui minori: prassi giudiziarie e novità normative introdotte dalla legge 38/2006 sulla pedopornografia*, a cura di LORUSSO - MANNA, Milano, 2007, 21 ss.: "La dottrina prevalente e parte della giurisprudenza ritenevano che la condotta di sfruttamento fosse orientata necessariamente in termini di lucro o di fine commerciale, circoscrivendo l'applicabilità della fattispecie solo a quei comportamenti tesi a trarre un'utilità economica dalla produzione del materiale o dalle esibizioni pornografiche. Questo orientamento comportava l'esclusione della fattispecie penale di tutte quelle ipotesi in cui il materiale fosse di produzione artigianale, ipotesi che secondo i dati statistici sono di frequentissima consumazione. La dottrina minoritaria, per converso, optava per una lettura più ampia del concetto di "sfruttamento", che prescindesse dal ritorno economico all'agente, identificando la condotta in chi effettivamente approfitti di minori per realizzare spettacoli e pubblicazioni a carattere pornografico".

[9] Conf. Relazione introduttiva del d.l. n. 4599 presentato il 13 gennaio 2004. La dottrina continua ad essere divisa sul significato di "pornografia minorile". Secondo un'interpretazione più restrittiva, vi sarebbe pornografia minorile solo quando vi è la realizzazione di atti sessuali da parte del minore o sul minore, in quanto solo in questo caso esiste un effettivo pericolo per lo sviluppo psicofisico del minore, bene giuridico tutelato già dalla legge del 1998. Secondo un'interpretazione più estensiva, si considera pornografico ogni oggetto o spettacolo consistente essenzialmente in manifestazioni dell'istinto sessuale espresso con la riproduzione, rappresentazione o l'esibizione di organi genitali.

Contrasti interpretativi sono emersi anche in giurisprudenza, in particolar modo si è discusso se nella nozione di "materiale pornografico" potesse rientrarvi anche la sola raffigurazione del nudo, dal momento che, secondo alcuni, il nudo, in assenza di qualsivoglia rapporto sessuale in atto, rientra nel concetto di erotismo e non in

Altro quesito rimasto aperto è se l'art. 600 *ter* comma 1 c.p., abbia natura di reato di pericolo concreto o di danno. Dottrina e giurisprudenza continuano a chiedersi, infatti, se il produrre il materiale pornografico richieda anche il pericolo concreto di diffusione del materiale prodotto o se, invece, sia sufficiente soltanto la creazione del materiale pornografico, senza preoccuparsi di accertare se detto materiale sia riservato all'uso esclusivo del produttore o sia destinato ad essere distribuito a terzi. A seconda di come si interpreta la norma, peraltro, la produzione di materiale pornografico ad uso domestico, costituisce reato di danno o fatto atipico di reato [(10)].

Dopo la riforma del 2006 [(11)], i giudici di legittimità hanno ribadito e con ciò non discostandosi da quanto sancito dalla sentenza delle S.U 13/2000, che il reato di pedopornografia minorile ha natura di reato di pericolo concreto. La *ratio* della norma, infatti, sarebbe quella di impedire che il materiale pornografico prodotto venga visto da un numero indeterminato di pedofili. È necessario, quindi, ai fini della sussistenza del reato, che il giudice, di volta in volta, accerti il concreto pericolo di diffusione del materiale. Di conseguenza, non configura l'ipotesi di reato la produzione pornografica destinata a restare nella sfera strettamente privata dell'autore [(12)].

---

quello di pornografico. Da ultimo, tuttavia, i giudici di legittimità si sono espressi nel senso che possono definirsi pornografiche immagini aventi ad oggetto minori ripresi in pose che ne lascino scoperti anche parzialmente la zona mammaria e la zona pubica, atteso che ai fini di una corretta applicazione dell'art. 600 *ter*, rileva la valutazione della natura erotica delle pose assunte o dei movimenti del minore. La natura pornografica di un'immagine, secondo la Corte, deve essere individuata in base all'accertamento della destinazione della rappresentazione ad eccitare la sessualità altrui e della sua idoneità a detto scopo. Ne consegue che un' immagine potrà definirsi pornografica non soltanto quando i soggetti rappresentati compiano atti sessuali, ma anche quando i soggetti siano rappresentati o ripresi in tutto o in parte nudi, purché l'immagine ritratta sia idonea ad eccitare la sessualità altrui. Sembra allora potersi concludere che ciò che è erotico e, quindi, idoneo a stimolare la sessualità altrui, può essere ricondotto nella categoria del pornografico. Cfr. Cass., sez. VI, 3 novembre 2003, Di Giacomo, in *Cass. pen*., 2005, 1585.

[(10)] Cass., sez. III, 20 novembre 2007, Fraticelli, in *Cass. pen.,* 2008, 4169 ss., con nota di La Rosa, *Pornografia minorile e pericolo concreto un discutibile binomio*.

[(11)] Nella sentenza sopra richiamata, si trattava di giudicare per i reati di cui agli artt. 81 cpv., 609 *quater*, 600 *ter*, 600 *quater* c.p. Tizio, personaggio noto per l'organizzazione di sfilate e manifestazioni mondane, per l'essersi messo in contatto con numerose minorenni desiderose di sfondare nel settore della moda e dello spettacolo allo scopo di fare provini. Le ragazze erano fotografate anche in atteggiamenti di chiara valenza sessuale e provocanti.

[(12)] Nel caso di specie, i giudici del merito accertarono che l'imputato, almeno in alcuni casi, aveva mostrato il materiale prodotto a terzi e che deteneva in auto una cartella di foto pornografiche, in tal modo dimostrando che era pronto ad esibirle.

3. *La pornografia minorile quale reato di pericolo concreto. Critica*

Già prima della novella del 2006, attenta dottrina aveva evidenziato come il riferimento alla presenza del pericolo concreto di diffusione delle immagini pornografiche, diveniva ultroneo, rispetto allo "sfruttamento" dei minori perché l'offensività del fatto era in *re ipsa*. Pertanto, secondo la dottrina in esame, infondata e contraddittoria era la tesi del reato di pericolo, mentre era da condividere la soluzione che qualificava la pornografia minorile *ex* art. 600 *ter* comma 1, come reato di danno [13].

Rivolgendo, infatti, l'attenzione al tema del pericolo concreto nella struttura del reato, secondo la dottrina citata, si coglieva la caratterizzazione del pericolo come relazione tra un fatto considerato pericoloso ed un fatto ipotizzato come possibile, *rectius* probabile, risultato lesivo. Ne discendeva che il pericolo è un concetto vuoto se manca di un altro

---

Sicché, tanto i giudici del merito che quelli di legittimità, hanno ritenuto tale circostanza sintomatica del concreto pericolo di diffusione del materiale pornografico prodotto e pertanto integrato il reato di cui all'art. 600 *ter*, comma 1, c.p. Tuttavia, qualora l'imputato, avesse utilizzato detto materiale per scopo esclusivamente privato, secondo i giudici, sarebbe andato esente da condanna per il reato di pornografia minorile.

Nessun problema si è posto, invece, per il delitto di cui all'art. 609 *quater* c.p. che i giudici tanto del merito che di legittimità hanno ritenuto sussistesse in capo all'imputato sulla base delle risultanze processuali.

Per quel che, infine, riguarda il reato di detenzione di materiale pornografico (art. 600 *quater* c.p.), la Corte di legittimità ne ha condivisibilmente escluso la configurazione. Benché, infatti, il delitto di detenzione di materiale pornografico può essere commesso da chiunque, l'espressa clausola di riserva ivi inserita, seleziona la cerchia dei soggetti attivi al di fuori delle ipotesi previste dall'art. 600 *ter* c.p.. Ne consegue che se taluno produce e poi detiene il materiale pornografico, non sarà punibile per il delitto di cui all'art. 600 *quater*, poiché, in tal caso la detenzione costituisce l'ultimo anello di una catena di variegate condotte antigiuridiche, di lesività decrescente, vale a dire un *post factum* non punibile. V. Cass., sez. III, 20 novembre 2007, Fraticelli, in *Guida dir*., 2008, n. 14, 66, con nota di Natalini, *Chi produce materiale pedopornografico non è punibile per la successiva detenzione*.

[13] Marra, *Pornografia minorile: contenuti e limiti di una definizione*, in *Cass. pen*., 2005, 3878; Monaco, *Art. 600 ter*, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di Crespi – Stella – Zuccalà, Padova, 2003, 1956 s., Mantovani, *Diritto Penale. Parte Speciale*, vol. I, Padova, 2005, 402 ss.; Peccioli, *Lotta contro lo sfruttamento sessuale dei minori e pedopornografia*, in *Dir. pen. proc*., 2006, II, 945; Palumbieri, *Introduzione,* in *Reati contro lo sviluppo psicofisico dei minori,* a cura di Cadoppi – Canestrari, vol. III, Torino, 2006, 337. In questo senso nella giurisprudenza di merito si segnala Trib. Milano, 21 dicembre 2006, ord., M., in *Corr. merito*, 2007, 3, 338, per il quale il reato di cui all'art. 600 *ter* c.p. si configura indipendentemente dal pericolo di diffusione del materiale prodotto; Peccioli, *Lotta contro lo sfruttamento sessuale di minori e la pedopornografia. Le norme penali*, in *Dir. pen. proc*., 2006, 939.

termine di riferimento. Nel caso di specie era evidente come "il concreto pericolo di diffusione" del materiale pornografico finiva con il risolversi, in termini di danno, con l'incremento del mercato illegale basato sullo sfruttamento sessuale. L'offesa, invece, si esauriva già nella lesione del corretto sviluppo psico-fisico del minore. Per tale ragione, secondo la dottrina in esame, con un'inversione di piani di tutela, si spostava il disvalore primario dal fatto dello sfruttamento concreto, alla diffusione, eventuale, del materiale pornografico [(14)].

Del resto, ricostruire una fattispecie incriminatrice come reato di pericolo concreto, significa considerare fatto tipico di reato, anche quelle condotte che pur non offendendo il bene giuridico tutelato dalla norma nella forma del danno, lo offendono nella forma del pericolo.

Ora, nel caso dell'art. 600 *ter* comma 1 c.p., il bene giuridico tutelato è la "libertà sessuale" del minore ed "il suo corretto sviluppo psicofisico". Leggere, quindi, questa norma come reato di pericolo concreto, significa reprimere tutte quelle condotte in grado di ledere, anche solo potenzialmente, tale bene.

Si pensi, allora, al caso di un pedofilo che, per uso puramente privato, scatta delle foto ad un minore in pose ed atteggiamenti di valenza sessuale.

Come si può sostenere che tale condotta non altera il corretto sviluppo psicofisico del minore e non lede, almeno potenzialmente la sua libertà sessuale, per il solo fatto che le foto scattate sono rimaste nella esclusiva disponibilità di chi le ha fatte e non sono state mostrate a terzi?

Nello stesso istante in cui la foto è stata scattata, infatti, e per ciò solo, la libertà sessuale del minore e la sua integrità psicofisica sono stati compromessi.

Sulla scorta della sentenza a S.U. n. 13/2000, invece, non solo una tale condotta non era idonea a ledere, nella forma del danno, il bene giuridico tutelato dalla norma, ma nemmeno era in grado di metterlo in pericolo, in quanto mancava il concreto pericolo di diffusione del materiale pedopornografico realizzato, *condicio sine qua non*, secondo i giudici, senza la quale la libertà sessuale del minore ed il suo corretto sviluppo psicofisico, non potevano correre alcun pericolo di lesione!

I giudici di legittimità, quindi, nella sentenza 13/2000, se pur animati dall'intento di interpretare la volontà del legislatore del '98, in modo estensivo e, quindi, punire anche le condotte prodromiche che mettono a repentaglio lo sviluppo del minore, mercificando il suo corpo

---

[(14)] MANNA, *Profili problematici della nuova legge in tema di pedofilia*, in *Indice pen.*, 1999, 53; MUSACCHIO, *La nuova normativa penale in materia di sfruttamento sessuale dei bambini e pedopornografia a mezzo internet*, in *Riv. pen.*, 2006, 399 ss.

ed immettendolo nel circuito della pedofilia, finirono per restringere l'ambito di applicazione della norma, in quanto il pericolo concreto di lesione del bene giuridico protetto, fu ancorato arbitrariamente, senza che il legislatore si fosse espresso in tal senso, al pericolo di diffusione del materiale pornografico prodotto.

Così facendo, quindi, venne creato un pericoloso vuoto di tutela dell'integrità psicofisica del minore e della sua libertà sessuale, posto che la produzione pornografica per uso domestico non costituisce reato!

Ancora meno condivisibile è l'interpretazione fatta dai giudici di legittimità dell'art. 600 *ter* comma 1 c.p., come reato di pericolo concreto ancorato al pericolo di diffusione del materiale pornografico, dopo la novella del 2006 e dopo che nel nostro ordinamento penale è stato introdotto l'art. 600 *quater* 1.

A seguito delle modifiche apportate dalla legge 38/2006 all'art. 600 *ter* comma 1 c.p., il reato si consuma nel momento in cui l'esibizione pornografica viene realizzata, o il minore viene indotto a parteciparvi, o il materiale pornografico viene prodotto.

C'è da chiedersi, allora, se le nozioni di "produzione" e di "esibizione" richiedano l'inserimento della condotta in un contesto di organizzazione almeno embrionale e di destinazione, anche potenziale, del materiale pornografico alla successiva fruizione da parte di terzi.

Se così fosse, infatti, la produzione di materiale pornografico destinato a restare nell'uso strettamente personale del pedofilo ed a non essere divulgato, non integrerebbe alcuna figura di reato.

A tal fine, sembra non inutile operare un confronto tra il primo ed il terzo comma dell'art. 600 *ter*.

Con riferimento al primo comma dell'art. 600 *ter*, i giudici di legittimità sostengono che per il perfezionamento della fattispecie e, cioè, "la produzione del materiale pornografico", occorre che la condotta dell'agente abbia una consistenza tale da implicare il concreto pericolo di diffusione di detto materiale. Pertanto, la produzione del materiale pornografico non si "perfeziona" e, quindi, il reato non si configura, se non in presenza della destinazione, almeno potenziale, dello stesso ad un numero indeterminato di persone. La giurisprudenza dominante, quindi, amplia la nozione di "produzione" perché ricomprende nella stessa il momento della "diffusione" del materiale. Questo spiega perché anche se, ad esempio, la foto pornografica è stata scattata, il reato non si è perfezionato se non sussiste il pericolo concreto che quella foto giunga nella disponibilità di un numero indeterminato di pedofili. In altre parole, è come se senza il "pericolo di diffusione" si avesse una "produzione incompleta".

Con riferimento al terzo comma dell'art. 600 *ter*, le condotte di "distribuzione", "divulgazione", "diffusione" o "pubblicizzazione" del materiale

si perfezionano nel momento in cui sussiste la possibilità concreta di diffusione del materiale pornografico. I giudici di legittimità, infatti, sostengono che per il perfezionamento di tutte le condotte contemplate dal comma terzo dell'art. 600 *ter* c.p., è necessaria la concreta possibilità di diffusione del materiale pornografico. In particolare, occorre che l'agente ponga in essere le condizioni che consentano la propagazione del materiale interessando un numero indeterminato di persone.

La giurisprudenza, quindi, interpreta anche il terzo comma dell'art. 600 *ter* come reato di pericolo concreto. Ai fini della consumazione del reato, infatti, non è richiesta l'effettiva divulgazione o diffusione del materiale, quanto che sussistano le condizioni che consentano la propagazione dello stesso.

La norma in parola, inoltre, contiene una clausola di riserva che sembra confermare che la diffusione, almeno potenziale, del materiale pornografico, rientra nell'idea di produzione dello stesso.

Solo se il produrre, infatti, contiene in sé, almeno potenzialmente, il diffondere, si comprende perché chi produce materiale pornografico e poi lo diffonde, risponde, in forza del principio di sussidiarietà, solo del reato di cui al primo comma dell'art. 600 *ter*, in quanto l'offesa che egli arreca al bene giuridico con il secondo reato (la diffusione) è meno grave e, quindi, assorbita nell'offesa più grave arrecata al bene giuridico con il primo reato (la produzione).

Tuttavia, se il "produrre" contiene già in sé la "diffusione" o "divulgazione", almeno potenziale, del materiale e se per avere "divulgazione" o "diffusione" dello stesso è sufficiente, avendo il reato natura di pericolo concreto, che sussistano le condizioni perché ciò accada, il terzo comma dell'art. 600 *ter*, relativamente alle condotte di "distribuzione", "divulgazione", "diffusione" o "pubblicizzazione" del materiale pornografico, diviene ultroneo, perché già contenuto nel primo comma dello stesso articolo.

L'art. 600 *ter* comma 1, sul piano soggettivo, inoltre, è stato costruito dal legislatore come reato a dolo generico. Per l'integrazione della fattispecie, quindi, è richiesta la rappresentazione e volontà dell'agente di realizzare un' esibizione pornografica o di produrre materiale pornografico utilizzando minori di anni diciotto.

Sembra, allora, possibile dedurre che, poiché la norma non recita: "chiunque realizza esibizioni pornografiche o produce materiale pornografico *al fine di metterlo in circolazione*", del tutto irrilevante è che nell'intenzione dell'agente, "l'esibizione o il materiale pornografico prodotto", non siano destinati ad essere divulgati.

Ne consegue anche sul piano probatorio che, una volta accertato che l'imputato ha creato il materiale pedopornografico, superfluo diviene qualunque accertamento sui comportamenti successivi alla realizza-

zione del prodotto pornografico e sintomatici della destinazione della *res* all'esterno.

Si può allora concludere che, sia sul piano oggettivo che soggettivo, la norma in esame è stata, condivisibilmente, costruita dal legislatore del 2006 come reato di danno.

Ciò comporta l'impossibilità di inserire nell'idea di "produrre" la "divulgazione", quanto meno potenziale, del materiale prodotto ad un numero indeterminato di terzi, e, quindi, ravvisare un fatto tipico di reato nella produzione di materiale pornografico per uso domestico. Ne consegue, anche, che se taluno produce e divulga materiale pornografico, dovrà rispondere di concorso nei reati di cui ai commi 1 e 3 dell'art. 600 *ter* c.p.. Se, invece, taluno non "produce" ma "diffonde", "divulga", "distribuisce" o "pubblicizza" il materiale, dovrà rispondere del reato di cui all'art. 600 *ter* comma 3, ferma restando la possibilità di ravvisare un concorso *ex* artt. 110, 600 *ter* comma 1 c.p., con il produttore dello stesso.

Ciò perché la produzione del materiale pornografico, lede *ex se* il bene giuridico "integrità psicofisica del minore e libertà sessuale dello stesso", con la conseguenza che se il materiale dopo essere stato prodotto viene anche distribuito, o meglio, qualora dopo la produzione del materiale l'agente ponga in essere le condizioni che consentono la propagazione del materiale ad un numero indeterminato di persone, l'offesa già arrecata al bene giuridico con il primo reato (la produzione) diviene più grave con la commissione del secondo (la diffusione, divulgazione, distribuzione e pubblicizzazione non necessariamente concreta ma anche solo potenziale).

In altre parole se c'è "produzione" e "divulgazione" del materiale pedopornografico, da parte di uno stesso soggetto, non è condivisibile sostenere che il primo reato assorbe l'offesa contenuta nel secondo reato, perché il secondo reato aggrava l'offesa arrecata al bene giuridico dal primo reato.

Sembra possibile, allora, procedere ad una sorta di scomposizione interna alla previsione in tema di pornografia minorile che, quando si realizza secondo le note tipiche descritte dal comma 1 dell'art. 600 *ter* c.p. e 600 *quater*1 comma 1 relativamente all'ipotesi di cui al 600 *ter* primo comma, guarda direttamente alla salvaguardia dell'integrità fisico psichica del minore e deve essere letta come reato di danno, diversamente quando assume le altre forme di manifestazione (commercio, distribuzione, divulgazione, diffusione, pubblicizzazione, offerta o cessione a titolo gratuito, di materiale pornografico), riacquista la sua proiezione originaria, congenita, di fattispecie di pericolo concreto volta a contenere il rischio che le rappresentazioni pornografiche divengano oggetto di un mercato illecito (art. 600 *ter* commi 2, 3, 4 e 600 *quater* 1 relativamente alle ipotesi di cui al 600 *ter* commi 2, 3, 4, c.p.).

Ritenere, invece, il primo comma dell'art. 600 *ter* reato di pericolo concreto, ma ciò nella sua corretta accezione, cioè punire ogni lesione potenziale al bene giuridico "integrità psicofisica e corretto sviluppo sessuale del minore", disancorata dal pericolo di diffusione del materiale prodotto ad un numero indeterminato di pedofili, significherebbe punire, a titolo di delitto consumato, tutte quelle condotte suscettibili di produrre materiale pornografico e, per ciò solo, offensive, nella forma del pericolo, del bene giuridico tutelato dalla norma. Significherebbe, anche, ampliare notevolmente l'area del penalmente rilevante, o meglio punire a titolo di reato consumato, condotte che qualora il reato *de quo*, fosse letto come reato di danno, dovrebbero essere punite a titolo di delitto tentato, ferma restando la necessità che gli atti posti in essere dall'agente siano idonei e diretti in modo non equivoco a commettere il delitto.

Che l'art. 600 *ter* comma 1 c.p., debba essere letto come reato di danno e non di pericolo concreto, trova anche conferma nell'introduzione nel nostro ordinamento, della "pedopornografia virtuale" prevista e regolamentata dall'art. 600 *quater* 1 c.p. [(15)].

[(15)] L'art. 600 *quater* 1 c.p. stabilisce che: "le disposizioni di cui agli articoli 600 *ter* e 600 *quater* si applicano anche quando il materiale pornografico rappresenta immagini virtuali realizzate utilizzando immagini di minori degli anni 18 o parti di esse". Il legislatore, al secondo comma della norma *de qua*, definisce la locuzione immagini virtuali stabilendo che per esse debbono intendersi immagini realizzate con tecniche di elaborazione grafica non associate in tutto o in parte a situazioni reali, la cui qualità di rappresentazione fa apparire come vere situazioni non reali. Tale estensione della punibilità, attua una scelta di politica criminale risalente alla Convenzione Cybercrime del Consiglio d'Europa, sottoscritta dall'Italia già nel 2001, poi fatta propria e meglio puntualizzata dalla Decisione Quadro dell'Unione europea del 2003 nella quale viene fornita la definizione di pornografia minorile come il materiale che ritrae e rappresenta visivamente:

1. Un bambino reale coinvolto in una condotta sessualmente esplicita, fra cui l'esibizione lasciva dei genitali o della zona pubica;

2. Una persona reale che sembra essere un bambino coinvolta nella suddetta condotta;

3. Le immagini realistiche di un bambino inesistente coinvolto nella suddetta condotta.

La Decisione Quadro ha previsto tre cause di esclusione della punibilità, che lo Stato membro può riservarsi di inserire:

1. Quando la persona ritratta nell'opera aveva compiuto 18 anni o aveva un'età superiore al momento della realizzazione dell'immagine;

2. Quando le immagini, ritraggono minori che hanno raggiunto l'età del consenso sessuale, siano prodotte e detenute con il consenso degli stessi (tranne nel caso in cui il consenso sia stato ottenuto dall'agente avvalendosi della sua condizione di superiorità in termini di età, maturità, stato sociale, posizione, esperienza, ovvero abusando dello stato di dipendenza che lega la vittima all'autore) e unicamente per loro uso privato;

La *ratio* di tale scelta legislativa trova giustificazione non solo nell'idoneità delle immagini virtuali di minorenni a determinare un concreto incremento, arricchimento e diversificazione anche qualitativa dell'offerta sull'unico mercato della pedofilia, producendo identici effetti di capillare pubblicità, incentivazione e stimolo della domanda

---

3. Quando il produttore o detentore di immagini pedopornografiche "realistiche" di bambini inesistenti dimostri che si tratti di utilizzo privato delle stesse e a condizione che non vi sia il rischio di diffusione di tali opere.

La Decisione Quadro in parola, pertanto, ha obbligato gli Stati membri a dare rilevanza penale, accanto alla pedopornografia "reale", a quella virtuale che può consistere o nella rappresentazione di una persona reale che sembra essere un bambino, implicata o coinvolta in una condotta sessualmente esplicita, fra cui l'esibizione lasciva dei genitali o della zona pubica, o consistere in immagini realistiche di un bambino inesistente implicato o coinvolto nel medesimo genere di condotta sessualmente esplicita.

Il legislatore italiano dà rilevanza penale alla pornografia virtuale attraverso l'art. 600 *quater* 1 c.p., e la nozione di pornografia virtuale che emerge dal dettato della norma in parola, sembra essere più ampia rispetto a quella delineata dalla decisione quadro e ciò per due ordini di idee: la prima è che il legislatore, così come nell'art. 600 *ter* e *quater*, parla di materiale pornografico senza definire che cosa si debba intendere per pornografia. Pertanto, di sicuro nel termine pornografia tanto reale che virtuale, sono da ricomprendere condotte sessualmente esplicite fra cui l'esibizione lasciva dei genitali o della zona pubica, ma anche tutte quelle altre condotte, non menzionate dalla Decisione Quadro, ma che sono riconducibili al concetto normativo extragiuridico di pornografico utilizzato dal legislatore per descrivere un elemento del reato in parola.

Il legislatore tuttavia, dà al secondo comma dell'art. 600 *quater* 1, una definizione di immagini virtuali, per esse intendendo immagini realizzate con tecniche di elaborazione grafica non associate in tutto o in parte a situazioni reali, la cui qualità di rappresentazione fa apparire come vere situazioni reali.

Da una prima lettura si potrebbe sostenere che il legislatore italiano si sia limitato ad introdurre una circostanza attenuante, applicabile ai reati di cui agli artt. 600 *ter* e *quater* c.p., essendo la diminuzione di pena, non eccedente un terzo, conforme a quanto previsto dal codice penale per le attenuanti comuni. Conseguentemente si dovrebbe applicare la relativa disciplina, compresa quella del giudizio di prevalenza od equivalenza con eventuali circostanze aggravanti concorrenti (art. 69 c.p.). Tale interpretazione però non convince, innanzitutto per un dato letterale. Il rinvio contenuto nell'art. 600 *quater* 1 c.p., è alle molteplici incriminazioni distintamente tipizzate, trasformate così in altrettante fattispecie autonome nascenti dalla combinazione con la norma estensiva, non essendo scritto che alle condizioni tipizzate si applichi ad esse il trattamento attenuato, bensì che esse si applicano anche alle situazioni descritte dalla nuova norma.

In secondo luogo vi è un rilievo sistematico: tutte le nuove ipotesi meno gravi non sarebbero altrimenti punibili, essendo da escludere un rapporto di specialità con le norme richiamate, che non delineano, quindi, altrettante fattispecie base, attenuate nei casi indicati, bensì ipotesi eterogenee rispetto a quelle che divengono ora punibili.

di rapporti sessuali con fanciulli nonché, indirettamente della loro prostituzione[16], ma anche nel rendere effettiva la tutela del bene giuridico "libertà psicofisica e autodeterminazione del fanciullo" nelle proprie scelte ed esperienze che riguardano la sua sfera sessuale.

Tuttavia, anche per la norma in esame si ripropone il problema se la produzione del materiale pornografico virtuale per uso privato, integri o meno, il reato di pedopornografia virtuale, o se a tal fine dovrà sussistere la possibilità concreta che il materiale prodotto venga divulgato ad un numero indeterminato di terzi.

La decisione quadro 2004/68/GAI, aiuta a trovare una soluzione al quesito sopra esposto.

Tale decisione quadro, infatti, ha creato, accanto alla "pornografica reale", una nuova figura di "pornografia", quella "virtuale". Ha definito, infatti, la "pornografia infantile" come il materiale che ritrae e rappresenta visivamente sia "un bambino reale implicato o coinvolto in una condotta sessualmente esplicita", sia "una persona reale che sembra essere un bambino", nonché "immagini realistiche di un bambino inesistente". La decisone quadro, inoltre, ha previsto tre cause di esclusione della punibilità che i singoli Stati membri possono riservarsi di inserire nell'ambito della propria legislazione.

Tali sono, per ciò che riguarda la pornografia reale, "quando la persona rappresentata sembri essere un bambino, ma abbia in realtà 18 anni o un'età superiore ai 18 anni nel momento in cui è stata ritratta" e "quando, trattandosi di produzione e possesso, le immagini di bambini che abbiano raggiunto il consenso sessuale siano prodotte e detenute con il loro consenso e unicamente a loro uso privato".

Con riferimento alla "pornografia virtuale", invece, "quando il materiale in cui sono contenute le immagini realistiche di un bambino inesistente sia prodotto e posseduto unicamente ad uso privato e purché l'atto non comporti rischi quanto alla diffusione del materiale".

Iniziando dalla "pornografia virtuale", dalla decisione quadro, si evince che qualora uno Stato membro, inserisca nel proprio ordinamento la causa di non punibilità all'uopo prevista, la produzione di materiale pedopornografico virtuale non sarà punibile, qualora detto materiale sia posseduto esclusivamente ad uso privato e purché non sussista il rischio di diffusione del materiale in questione. Qualora, invece, la causa di non punibilità *de qua*, venga omessa, sarà punibile

---

[16] Petruccelli, *Pedofilia e valutazione del danno psicologico della vittima*, in AA.VV., *La pedofilia*, 2003, 155; Nigro, *Lotta contro lo sfruttamento sessuale dei minori e pedopornografia*, in *Dir. pen. proc*., 2006, II, 820; Picotti, *I delitti di sfruttamento sessuale dei bambini, la pornografia virtuale e l'offesa dei beni giuridici*, in AA.VV., *Scritti per Federico Stella*, Milano, 2007, 1268 ss.

anche la produzione di materiale pornografico virtuale ad uso meramente privato.

In altre parole, la regola è che la produzione di materiale pornografico virtuale sia esso ad uso privato oppure destinato ad essere divulgato a terzi, per ciò solo costituisce reato, a meno che lo Stato membro, non decida di inserire quale causa di non punibilità, la produzione privata di detto materiale realizzato con il consenso del minore la cui sussistenza esclude non il reato ma la punibilità dello stesso.

Con riferimento alla legislazione italiana, poiché il Legislatore nel dare attuazione alla decisione quadro sopra richiamata, non ha introdotto cause di non punibilità in materia di pedopornografia virtuale, volendo e dovendo leggere in modo conforme alla legislazione europea, la legislazione interna, è doveroso concludere che, nel nostro ordinamento, in mancanza di diversa ed espressa disposizione di legge, la produzione di materiale "pornografico virtuale", anche a scopo esclusivamente domestico, costituisce reato ed è punibile.

Se così è per la produzione di "materiale pornografico virtuale", *a fortiori* lo sarà per la produzione di materiale "pornografico reale", posto che, in tale seconda ipotesi, l'offesa al bene giuridico tutelato dalla norma è più grave rispetto alla prima. Cosa, del resto, condivisa dal legislatore che per le ipotesi di reato di cui all'art. 600 *quater* 1 ha previsto una diminuzione della pena di un terzo rispetto a quelle di cui agli articoli 600 *ter* e *quater*.

Il legislatore italiano, inoltre, anche in relazione alla "pornografia reale", non ha introdotto, quale causa di non punibilità la produzione di immagini di bambini che abbiano raggiunto il "consenso sessuale" qualora vi sia il loro consenso alla produzione e qualora il materiale prodotto sia destinato unicamente a loro uso privato. Ne consegue, da un lato, che anche qualora il legislatore italiano avesse introdotto la causa di non punibilità sopra descritta, comunque la stessa non si sarebbe applicata ai minori al di sotto dei 14 anni. Pertanto, in ogni caso, avrebbe costituito reato e sarebbe stata punibile la sola e semplice produzione, quindi, anche quella a scopo privato, di materiale pornografico realizzato con minori degli anni 14. Dall'altro che in assenza di causa di non punibilità, costituisce reato ed è punibile la produzione ad uso domestico di materiale pornografico dei minori di età ricompresa tra i 14 ed i 18 anni [(17)].

[(17)] *Contra* CADOPPI, *L'assenza delle cause di non punibilità mette a rischio le buone intenzioni*, in *Guida dir.*, 2006, n. 9, 42. In particolare: "….l'acquisizione della libertà sessuale, nel nostro Paese la si ha ai 14 anni e che, sebbene si possa diversificare la libertà sessuale dalla libertà di farsi fotografare nudi dal fidanzatino è anche vero che un conto è riconoscere una tale libertà come tale, un conto, è all'opposto, affibbiare come minimo sei anni di galera a un ragazzino che ha fatto una foto osè alla partner quasi diciottenne con il telefonino e con il suo pieno consenso".

Tuttavia, se per le ragioni esposte del tutto corretta, non solo dal punto di vista giuridico ma anche da quello etico, appare la qualificazione del reato di pornografia minorile "reale" come reato di danno, eccessive sono le conseguenze penali in materia di pornografia minorile virtuale. Interpretare, infatti, la norma in parola come reato di danno, significherebbe punire, a titolo di delitto consumato, anche chi disegna immagini realistiche di bambini inesistenti per uso esclusivamente privato.

Irragionevole sarebbe, infatti, considerare l'art. 600 *ter* comma 1 come reato di danno e l'art. 600 *quater* 1 come reato di pericolo concreto, posto che tale ultima norma richiama espressamente il disposto degli artt. 600 *ter* e *quater* e li applica alla "pornografia virtuale".

Sarebbe, pertanto, auspicabile un intervento legislativo volto ad introdurre la causa di non punibilità prevista dalla decisione quadro in materia di pedopornografia virtuale.

Al termine di questo breve lavoro e a supporto delle conclusioni raggiunte, riporto le parole scritte da Sabine Dardenne, la ragazzina che riuscì a salvarsi nel 1996 dal "mostro di Marcinelle" dopo 80 giorni di prigionia durante i quali subì abusi da Marc Dutroux. Sabrine scrive: "avevo 12 anni, ho preso la mia bici e sono partita per andare a scuola…è in quel momento che un mostro ha rubato la mia infanzia….Quello schifoso esercitava sin dagli anni ottanta. Era stato condannato a 13 anni di prigione per stupro e numerosi misfatti ma era stato liberato nel 1992 per buona condotta, contro il parere dello psicologo del carcere e della pubblica accusa. E aveva giurato a se stesso di ricominciare, ma questa volta senza farsi prendere… Sono una delle ragazze sopravvissute, che hanno avuto la fortuna di sfuggire a questo assassino, questo racconto mi era necessario, perché si smetta di guardarmi in maniera "strana" e perché nessuno mi faccia più domande in futuro. Ma se ho avuto il coraggio di ricostruire questo calvario, è soprattutto perché nessun giudice rilasci più i pedofili a metà della loro pena per buona condotta e senza altre forme di precauzione. Alcuni di loro sono stati dichiarati responsabili delle loro azioni e in possesso delle proprie facoltà mentali. Li si considera capaci di intendere e di volere, quindi psicologicamente normali. Questo atteggiamento è di un'ingenuità spaventosa….È la recidiva che mi fa arrabbiare….La giustizia può dotarsi di strumenti adeguati e spetta al governo deciderlo. Per favore, in futuro non dimenticatelo" [(18)].

ADELINDA MORETTI

[(18)] DARDENNE, *Il diario degli 80 giorni con il mostro di Marcinelle*, Milano, 2004, 1 ss.

ASPETTI CRITICI DEI PROFILI GIURISPRUDENZIALI IN TEMA DI CONCUSSIONE E CORRUZIONE

1. *Dal criterio dell' "iniziativa" a quello del* "metus publicae potestatis"

Da lungo tempo, dottrina e giurisprudenza, si affannano nella ricerca di sicuri criteri di riferimento per una precisa differenziazione tra il reato di corruzione e quello di concussione, questione, come noto, ricca di rilevantissime conseguenze pratiche [(1)].

Il primo criterio elaborato da una giurisprudenza oramai risalente, è stato quello dell'iniziativa, secondo il quale nella concussione, l'iniziativa parte dal pubblico ufficiale, mentre nella corruzione dal privato. Di conseguenza, si ha concussione, quando il pubblico ufficiale prende l'iniziativa e chiede una retribuzione indebita che il privato gli dà o promette. Si ha corruzione, quando il pubblico ufficiale accetta la retribuzione non dovuta che il privato, assumendo l'iniziativa, gli ha offerto [(2)].

[(1)] Per una diffusa analisi dei criteri discretivi tra corruzione e concussione cfr: SANTORO, *La concussione*, Padova, 1997, 160 ss.; PALOMBI, *La concussione*, Torino, 1998, 21 ss.; POMANTI, *La concussione*, Milano, 2004, 169 ss.; BENUSSI, *In tema di concussione e corruzione*, in *Indice pen.*, 1985, 409 ss.; AMATO, *Sulla distinzione tra concussione e corruzione*, in *Foro pen*., 1967, 445; CONTENTO, *Artt. 317, 317 bis*, in *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, a cura di PADOVANI, Torino, 1996, 58; BENUSSI, *Art. 317 c.p*., in *Codice penale commentato*, a cura di MARINUCCI - DOLCINI, Milano, 2006, 2221; CHIAROTTI, *Concussione*, in *Enc. dir*., VIII, Milano, 1961, 700; MARTUSCELLI, *Sulla distinzione fra concussione e corruzione*, in *Mass. pen*., 1947, 229; NUVOLONE, *Concussione e corruzione*, in *Indice pen*., 1983, 144; RAPACI. *Sui caratteri distintivi fra concussione e corruzione*, in *Foro it*., 1942, II, 137; RICCIO, *Concussione*, in *Noviss. dig. it*., III, Torino, 1967, 1066 ss.; ROSSO, *Distinzione tra concussione e altri reati,* in *Giur. compl. Cass. pen*., 1947, I, 134.

[(2)] Cass., sez. II, 23 giugno 1930, Nardi, in *Giust. pen*., 1931, I, 643; Cass., sez. II, 15 luglio 1932, Paparone, in *Giust. pen*., 1933, II, 114; Cass., sez. I, 15 febbraio 1939, Tallona, in *Giust. pen*., 1940, II, 103.

Tale criterio, tuttavia, è stato ampiamente superato dalla stessa giurisprudenza, in quanto i fatti storici successivi, hanno dimostrato che si può avere concussione anche senza l'iniziativa del pubblico ufficiale, come nel caso che questi, con un comportamento volutamente ostruzionistico, spinga il privato a prendere l'iniziativa e a fare l'offerta e che, d'altra parte, si ha corruzione e non concussione, nel caso in cui, pur partendo l'iniziativa dal pubblico ufficiale, l'atto cui essa si riferisce rappresenta, anche per il privato, un vantaggio indebito in danno dell'amministrazione [3]. Ben può verificarsi, inoltre, il caso in cui il privato si determini a prendere l'iniziativa dell'illecita promessa o dazione proprio in forza del comportamento prevaricatore, realizzato anche in forme blande o larvate, del pubblico ufficiale a ciò specificamente indirizzato [4].

Superato il criterio dell'iniziativa, la giurisprudenza ha elaborato quello del vantaggio ingiusto. Secondo tale criterio non può ravvisarsi il delitto di concussione, allorché il denaro sia versato dal privato, sia pure per iniziativa del pubblico ufficiale, al fine di permettergli, mediante la violazione dei doveri d'ufficio, il conseguimento di un vantaggio ingiusto in danno della pubblica amministrazione. In tal caso, infatti, il soggetto compartecipa al compimento di un'azione lesiva per la pubblica amministrazione [5].

La giurisprudenza successiva, però, si convinse che, accertato lo stato di soggezione del privato, doveva ritenersi irrilevante il vantaggio eventualmente da questi perseguito. La causa della consegna di denaro o altra utilità, infatti, non era costituita da una libera determinazione del soggetto passivo ma dalla pressione psicologica su di lui esercitata. Il danno del soggetto passivo, inoltre, non era previsto quale elemento integrativo del delitto di cui all'art. 317 c.p. [6].

Anche il criterio del vantaggio ingiusto, quindi, fu ritenuto inidoneo dalla giurisprudenza a fungere da sicuro argine di separazione tra con-

---

[3] ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale,* I, Milano, 1997, 700; CHIAROTTI, *Concussione*, cit., 706.

[4] Cass., sez. I, 27 giugno 1960, Comini ed altri, in *Giust. pen*., 1961, II, 97; Cass., sez. III, 10 luglio 1961, Di Milito ed altri, in *Cass. pen*., 1962, 10; Cass., sez. III, 9 marzo 1966, Aimì, in *Mass. cass. pen*., 1967, 510; Cass., sez. IV, 18 gennaio 1971, Serra, *ivi*, 1972, 1201; Cass., sez. VI, 27 febbraio 1988, Aricò, in *Riv. pen*., 1988, 1200; Cass., sez. VI, 23 settembre 1993, Cardillo ed altri, in *Riv. pen*. 1994, 932.

[5] Cass., sez. III, 20 gennaio 1966, Donato ed altri, in *Giust. pen*., 1966, II, 770; Cass., sez. VI, 15 aprile 1969, Di Fonzo ed altri, in *Mass. cass. pen*., 1970, 1637; Cass., sez. VI, 10 novembre 1971, Tartaro ed altri, in *Cass. pen*., 1973, 225; Cass., sez. VI, 2 luglio 1982, Gamba, in *Riv. pen*., 1983, 423; Cass., sez. VI, 7 dicembre 1989, Lombardo, in *Riv. pen*., 1990, 877.

[6] Cass., sez. VI, 20 gennaio 2006, P. A. M., in *Cass. pen.* 2007, 1341; Cass., sez. VI, 10 luglio 2008, S. F., in *Rass. foro Arianese*, I, 2009, 113.

cussione e corruzione e, perciò, fu abbandonato e sostituito da quello del *metus publicae potestatis.*

Secondo tale ultimo criterio, mentre nella corruzione, vi è una posizione paritaria tra le parti, che raggiungono un accordo per la vendita della funzione o del servizio, nella concussione, vi è una posizione di superiorità del pubblico ufficiale, alla quale corrisponde una posizione di soggezione del privato, la cui volontà viene ad essere viziata dal prepotere del soggetto qualificato, che si esprime nella forma della coazione o dell'induzione [(7)].

Nonostante l'evidente sforzo giurisprudenziale, il confine tra i reati in parola, continua ad essere incerto, indice questo, dell'impossibilità, a parere di chi scrive, di utilizzare un unico criterio differenziale per tutte le ipotesi di concussione - corruzione e della necessità di usarne di diversi a seconda delle caratteristiche del singolo caso concreto.

Gli avvenimenti storici dimostrano che, i criteri sino ad oggi elaborati dalla giurisprudenza, non si prestano ad essere "assolutizzati", perché non sono in grado di distinguere, sempre e comunque, l'ipotesi corruttiva da quella concussiva. Ogni singolo fatto storico è, per così dire, un caso a sé e necessita dell'applicazione del criterio, tra quelli elaborati dalla giurisprudenza, che meglio permetta di valutare e ponderare tutti gli aspetti che caratterizzano la singola vicenda, senza tralasciare nulla.

Compito dei giudici, sarà allora quello, di valutare sapientemente e con attenzione ogni dettaglio del caso concreto e di capire quale sia il criterio da applicare in quella specifica vicenda che si è realizzata con quelle particolari modalità, al fine di garantire la maggiore tutela possibile al buon andamento, all'imparzialità, al decoro della pubblica amministrazione e di più correttamente valutare il comportamento e gli interessi del privato, che troppo spesso, passa da colpevole a vittima.

Applicare lo stesso criterio a fatti diversi, inoltre, significa trattare allo stesso modo, anche sul piano della sanzione, situazioni tra loro differenti ed il rischio che si corre è quello di ledere il fondamentale principio di uguaglianza sostanziale, sancito dall'art. 3, comma 2, della Costituzione. Tale principio, infatti, si rivolge e vincola non soltanto l'attività del legislatore, ma anche quella dei giudici, cui raccomanda di giudicare allo stesso modo, soltanto coloro che hanno commesso gli stessi fatti. Ne consegue che il giudice potrà e dovrà utilizzare parametri diversi per valutare fatti diversi, in quanto, il principio in parola, fa divieto di trattare in modo sempre uguale le complesse situazioni che

---

[(7)] Cass., sez. VI, 4 marzo 1977, Corselli, in *Cass. pen*., 1988, 1172; Cass., sez. VI, 17 febbraio 1989, Reggi, in *Riv. pen*., 1989, 1221; Cass., sez. VI, 8 marzo 1995, Nicolazzi, in *Riv. pen*., 1995, 584; Cass., sez. VI, 1 dicembre 1995, Filisetti ed altri, in *Giust. pen*., 1996, II, 321.

si presentano nella realtà giuridica e sociale, poiché ciò non sempre si rileva conforme a diritto.

L'analisi di una recente vicenda giudiziaria in tema di concussione, può aiutare a chiarire la portata dell'esposto problema.

Si trattava di giudicare un'imputata che era stata ritenuta colpevole del reato di concussione, perché, abusando della qualità e dei poteri connessi alla sua funzione di addetta alla Direzione provinciale del Lavoro, aveva costretto un lavoratore, a versarle indebitamente un milione di lire, per annullare alcune giornate lavorative che risultavano a carico dello stesso e che, essendo fittizie, perché accavallatesi con altro rapporto lavorativo in corso, avrebbero potuto comportare ben più gravi conseguenze di carattere patrimoniale.

I giudici di cassazione, hanno rigettato il ricorso presentato dalla difesa ed hanno confermato la decisione dei giudici di merito, sull'assunto che la volontà del privato si fosse determinata "per costrizione" all'indebita promessa, costrizione causalmente connessa all'abuso della qualità o dei poteri da parte del pubblico ufficiale [8].

2. *L'abuso della propria funzione*

Per stabilire se, nel caso di specie, sia o meno condivisibile la qualificazione che i giudici, tanto di merito che di legittimità, hanno dato ai fatti sopra esposti, è necessario, brevemente, analizzare la struttura del reato di concussione.

La concussione è caratterizzata, sul piano oggettivo, dall'abuso, da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio, delle proprie qualità o dei propri poteri, a cui consegue, mediante costrizione o induzione, la determinazione della volontà del privato a dare o a promettere indebitamente, a lui o ad un terzo, denaro o altra utilità.

Le ipotesi di concussione, pertanto, sono due, quella per costrizione e quella per induzione. Elemento essenziale e comune a queste due ipotesi è l'abuso di potere o delle qualità di pubblico ufficiale, a causa del quale la volontà del soggetto passivo si determina sotto l'influenza del *metus publicae potestatis*. La differenza è nel mezzo usato per la realizzazione dell'evento. Infatti, nella concussione per costrizione, la persona offesa si determina a dare o a promettere l'indebito, per effetto del timore incussogli dal pubblico ufficiale mediante l'esercizio della violenza o della minaccia. Nella concussione per induzione, invece, il mezzo usato dal pubblico ufficiale per ottenere il medesimo risultato illecito, è un'attività di persuasione, suggestione o frode [9].

---

[8] Cass., sez. VI, 20 gennaio 2006, P. A. M., cit., 1341.

[9] Cass., sez. VI, 10 ottobre 1979, Biagetti, in *CED on line*, n. 144524.

Poiché, quindi, l'abuso è uno degli elementi costitutivi del delitto di concussione, è necessario chiedersi se sussista o meno abuso nei casi, quali quello di specie, in cui l'agente pubblico strumentalizza un'attività lecita o doverosa per ottenere l'indebita dazione o promessa ed, altresì, se possa essere concepita come minaccia la manifestazione, da parte del pubblico funzionario, della volontà di esercitare il potere secondo la legge.

Parte della dottrina, è orientata per la soluzione negativa [(10)].

Osserva, infatti, che, se ad esempio, il pubblico ufficiale minaccia un arresto, peraltro obbligatorio, prospettando al tempo stesso la possibilità di non effettuarlo, non vi sarebbe concussione, ma corruzione propria o istigazione alla corruzione propria (secondo che il privato accetti o no). La soluzione è adottata considerando che il male minacciato (nell'esempio, l'arresto) non corrisponde ad un esercizio abusivo della pubblica funzione, ma, piuttosto, al suo normale svolgimento.

Così ragionando, nel caso in esame non si ravviserebbero gli estremi di alcuna minaccia, né, tanto meno della violenza. Sarebbe da escludere, infatti, che il prospettare l'esito più grave della vicenda e cioè, la restituzione delle indennità percepite dal lavoratore nell'intero anno 1995, possa qualificarsi come male ingiusto, quanto, piuttosto, come giusta sanzione per un comportamento fraudolento tenuto dal privato ai danni della p.a.

In altre parole, il pubblico ufficiale, non minaccia alcun danno al privato, ma gli prospetta il possibile esito di quello che sarebbe stato un doveroso procedimento amministrativo ed il privato non è indotto alla promessa dal *metus* della minaccia, ma dalla finalità di evitare la sanzione, alla quale, senza la complicità del pubblico ufficiale, dovrebbe sottostare.

Secondo altra parte della dottrina, invece, la soluzione sopra esposta non convince, poiché in tali casi si configurerebbe la manifestazione della volontà di compiere un abuso, costituito dall'omesso esercizio del potere (nell'esempio l'arresto), in alternativa all'uso legittimo del potere. Sicché si avrebbe abuso fin dal compimento di tale manifestazione della volontà di commettere, in futuro, tale abuso in senso stretto [(11)].

Si configurerebbe, inoltre, la minaccia perché il pubblico agente prospetta pur sempre un male futuro, nell'esempio l'arresto, il cui verificarsi dipende dalla sua volontà. Più precisamente, la prospettazione

---

[(10)] CONTENTO, *La concussione*, cit., 58 ss.; PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte speciale*, Milano, 2008, 106; BENUSSI, *In tema di concussione e corruzione,* in *Indice pen*., 1985, 420; MARINI, *La concussione*, in *Enc. giur. Treccani*, II, Roma, 1995, 1 ss.

[(11)] CERQUETTI, *Tutela penale della p.a e tangenti*, Napoli, 1996, 64 ss.

dell'accadimento futuro ha ad oggetto, alternativamente, l'esercizio legittimo del potere, costituente male per il privato, e l'esercizio o il non esercizio illegittimo del potere, costituente l'abuso.

È irrilevante, secondo la dottrina in esame, che il male sia associato al primo oppure al secondo degli accadimenti futuri che il pubblico agente prospetta per costringere o indurre il privato a dare o a promettere l'indebito. È irrilevante, anche, che il male prospettato non sia ingiusto: ciò che conta è che tale prospettazione possa costringere o indurre il privato, e tale possibilità appare più rilevante nell'ipotesi in cui il male sia lecito o doveroso, che in quella in cui il male sia ingiusto, e, come tale, impedibile nei modi previsti dalla legge.

Infine, secondo l'orientamento in esame, l'ingiustizia del male non è un requisito essenziale della minaccia, tanto che l'art. 612 c.p. prevede espressamente il danno ingiusto come requisito ulteriore rispetto alla stessa minaccia [12].

Così argomentando, nel caso *de quo*, non si potrebbe escludere la configurabilità della minaccia. Infatti, il pubblico agente prospetta pur sempre un male futuro, la restituzione delle indennità percepite nel 1995, il cui verificarsi dipende dalla sua volontà. Egli, inoltre, abusa del proprio potere perché omette di esercitarlo ed il fatto che il male minacciato rappresenta, per lui, un dovere, rende l'abuso ancora più rilevante [13].

Questa analisi dei fatti, tuttavia, non tiene in debito conto che l'annullamento delle giornate lavorative fittizie, rappresentava un vantaggio per il privato e che tale utilità era del tutto illegittima, nel senso che il privato non vi avrebbe potuto legittimamente aspirare senza l'intervento abusivo del pubblico funzionario.

3. *Necessità di recuperare il criterio del vantaggio ingiusto*

Anche se non può disconoscersi che il criterio del vantaggio ingiusto

---

[12] Cerquetti, *Tutela penale*, cit., 67; *contra*, Pioletti, *Concussione*, in *Dig. disc. pen*., III, Torino, 1994, 7, secondo il quale: "nei casi in esame, non vi è concussione ma corruzione poiché l'atto è legittimo e, quindi, non idoneo a fini coattivi, sebbene l'agente persegua fini illeciti, poiché non vi è coazione del privato che, versando in illecito, non è minacciato di un male ingiusto, ma si vede proporre la compra-vendita dell'omissione dell'atto dell'ufficio, alla quale ha interesse; sicché si ha corruzione propria".

[13] *Contra*, Antolisei, *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, cit., 309 e *ivi*, nt. 77. Nei casi in questione, peraltro, qualora il privato dia o prometta l'indebito al fine di realizzare l'illecito vantaggio costituito dall'omesso esercizio del potere prospettato dal pubblico agente, è controversa la sussistenza della concussione, in particolare sotto il profilo della possibilità o meno di rinvenire nel privato il *metus publicae potestatis*.

non è in grado di fondare sempre e comunque l'ipotesi corruttiva, argomentando dal fatto che in questa il privato *certat de lucro captando*, non è da condividere l'orientamento giurisprudenziale seguito dalla decisione qui esaminata che propende per la sua assoluta irrilevanza. Invero, non si può negare che l'elemento del vantaggio perseguito e/o ricavato dal privato, a determinate condizioni, è idoneo a dimostrare la sussistenza della fattispecie corruttiva piuttosto che di quella concussiva, in quanto porta ad escludere, logicamente e razionalmente, proprio la reale sussistenza della condizione di *metus* del privato rispetto al pubblico ufficiale [(14)].

Il problema, semmai, è quello di capire quali sono le condizioni in presenza delle quali, tale criterio è idoneo a qualificare una fattispecie concreta come corruttiva anziché come concussiva.

Ciò sembra dipendere dalla natura del vantaggio che il privato persegue. Se esso si sostanzia in una utilità illegittima, cui questi non potrebbe legittimamente aspirare senza l'intervento abusivo del pubblico funzionario, si configura una ipotesi di corruzione. Invece, se esso è soltanto l'effetto naturale della mancata realizzazione del danno ingiusto prospettato dal pubblico funzionario per costringerlo o indurlo alla dazione o alla promessa illecita, non c'è dubbio che si configuri una fattispecie concussiva. Si pensi, all'ipotesi tipica, in cui il privato persegua una determinata utilità alla quale potrebbe legittimamente aspirare anche prima e senza l'intervento abusivo del soggetto pubblico e, alla quale, sarebbe altrimenti costretto a rinunciare se rifiutasse di soggiacere alla pretesa indebita. In questo caso, la finalità di vantaggio che muove il privato non sembra tale da far venir meno lo stato di soggezione e di timore in cui questo versa per effetto della condotta abusiva del pubblico funzionario: ciò risulta evidente dalla considerazione che la mancata accettazione della pretesa indebita determinerebbe la realizzazione di un vero e proprio danno ingiusto, attraverso il mancato conseguimento del vantaggio cui si avrebbe legittimamente diritto [(15)]. Nel caso in esame, il *lucrum captando* da parte del privato e cioè, l'annullamento delle giornate lavorative fittizie, con il conseguente venir meno del pregiudizio patrimoniale a cui sarebbe stato esposto se la sua frode fosse stata scoperta, non è soltanto l'effetto naturale della mancata realizzazione del danno ingiusto, ma costituisce la finalità esclusiva o prevalente del favore offerto dal soggetto pubblico, favore rispetto al qua-

---

[(14)] In tal senso cfr. AMATO, *La prevaricazione del pubblico ufficiale resta elemento essenziale della concussione*, in *Guida dir.*, 1999, n. 41, 93.

[(15)] Cass., sez. VI, 17 dicembre 1996, Malossini ed altri, in *CED on line*, n. 206226; AMATO, *Sulla distinzione tra corruzione e concussione*, in *Arch. pen*., 1967, 455.

le, il lavoratore, non può vantare alcun diritto né legittima aspettativa. Stando così le cose, l'applicazione del criterio del vantaggio ingiusto al caso di specie, ne avrebbe probabilmente favorito la qualificazione come ipotesi di corruzione propria.

La corruzione propria, infatti, richiede che il pubblico ufficiale riceva per sé o per un terzo danaro o altra utilità, per omettere o ritardare o per aver omesso o ritardato un atto del suo ufficio, ovvero per compiere o per aver compiuto un atto contrario ai doveri di ufficio; e non è forse che tali comportamenti integrano un abuso di potere da parte del pubblico ufficiale?

Sembra necessario, allora, chiedersi, al fine di stabilire se ci siano elementi di distinzione tra corruzione propria e concussione, se e quali, tra gli elementi oggettivi costitutivi del delitto di concussione, sono presenti anche nel delitto di corruzione propria.

4. *"Abuso delle qualità e dei poteri" ed " illecita pretesa" nella corruzione propria*

Gli elementi essenziali costitutivi del reato di concussione sono i seguenti: l'abuso di funzioni da parte del pubblico ufficiale; la illiceità della pretesa; l'esercizio di una pressione psichica sul privato [16].

Nell'ipotesi di corruzione per atto contrario ai doveri di ufficio, invece, l'elemento materiale del delitto, consiste nel fatto di corrompere il pubblico ufficiale dandogli o promettendogli denaro o altra utilità, così da indurlo a commettere un fatto contrario ai doveri di ufficio, inteso questo, come un qualsiasi atto che sia in contrasto con norme giuridiche e con istruzioni di servizio e che comunque violi i doveri di fedeltà, di imparzialità ed onestà che debbono osservarsi per chiunque eserciti una pubblica funzione, ovvero di obbedienza, segretezza e vigilanza [17].

Nell'ipotesi concussiva, il legislatore, parlando di abuso di poteri, ha inteso far riferimento alle ipotesi di condotte rientranti nella competenza tipica del soggetto, quali manifestazioni delle sue potestà funzionali, per scopo diverso da quello per il quale è stato investito. Per abuso delle qualità, invece, ha inteso riferirsi alle ipotesi di condotte che, indipendentemente dalle competenze proprie del soggetto, consentono una strumentalizzazione della posizione di preminenza ricoperta dal medesimo, rispetto al privato. Sicché, il delitto in parola, si configura anche quando il pubblico ufficiale si attribuisce poteri che esulano dalla sua competenza [18].

---

[16] Cass., sez. VI, 11 gennaio 1984, Belmonte, in *CED on line*, n. 163273.

[17] Cass., sez. VI, 15 marzo 1993, D'Annibale, in *CED on line*, n. 194036.

[18] Cass., sez. VI, 21 ottobre 1987, Marinaro, in *CED on line*, n. 177064: "l'abuso posto in essere al fine di costringere o di indurre all'indebita dazione, consiste nella

Se questa è la nozione di abuso dei poteri e delle qualità, sembra pacifico affermare che se il pubblico ufficiale riceve danaro o altra utilità per ritardare od omettere un atto del suo ufficio o per compiere un atto contrario ai doveri del proprio ufficio, abusa dei propri poteri. Infatti, in tali casi il funzionario, esercita le proprie potestà funzionali per scopo diverso da quello per il quale è stato investito.

Inoltre, anche nel caso in cui il pubblico ufficiale riceva la promessa o la dazione di denaro o altra utilità per compiere un atto del proprio ufficio, comunque si ha abuso di potere da parte sua. Infatti, anche nell'ipotesi di corruzione impropria, il funzionario viola il principio di correttezza e il dovere di imparzialità, il cui rispetto gli è imposto, *in primis*, dalla Carta Costituzionale, che all'art. 97 comma 1, sancisce: "I pubblici ufficiali sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione".

Passando all'esame dell'illecita pretesa, tale elemento, è presente tanto nella fattispecie concussiva, quanto in quella corruttiva. L'art. 317 c.p., infatti, richiede che il privato dia o prometta indebitamente al pubblico funzionario o ad un terzo, denaro o altra utilità. L'art. 319 c.p., richiede che il pubblico ufficiale riceva per sé o per un terzo denaro od altra utilità, o ne accetti la promessa. La differenza sembra essere nel fatto che, mentre nella corruzione è il privato che induce il pubblico ufficiale ad accettare l'utilità o il denaro promesso in cambio di qualche favore, nella concussione è il pubblico ufficiale che induce o costringe il privato all'indebita dazione.

Pertanto, l'unico elemento presente nel delitto di concussione e del tutto assente in quello corruttivo, sembra essere la pressione psichica, costrittiva o induttiva, che il pubblico ufficiale esercita sul privato e cioè il *metus publicae potestatis* [19].

---

strumentalizzazione da parte del pubblico ufficiale della propria qualifica soggettiva o della funzione esercitata. Mentre il primo si verifica quando il pubblico ufficiale si avvale, per costringere o indurre altri a promettere, della sua qualità indipendentemente dalla correlazione con atti del proprio ufficio – e l'abuso in tal caso è di facile percezione e dimostrazione – l'abuso delle funzioni presuppone nell'agente la capacità di esercitarle legittimamente, in quanto rientranti nei limiti della sua competenza e consiste nell'esercizio della potestà di cui il pubblico ufficiale risulta investito, in difformità dallo scopo per cui la legge gliel'ha conferita. In questo secondo caso, proprio perché il pubblico ufficiale commette l'abuso, esercitando legittimamente e nei limiti della propria competenza le funzioni a lui conferite, ma in modo abnorme ed arbitrario, l'abuso è di più difficile individuazione".

[19] Cass., sez. VI, 8 novembre 2002, D'A., in *CED on line*, n. 222971: "….la costrizione o induzione che caratterizza l'ipotesi di concussione non si identifica nella superiorità, nell'influenza o nell'autorità che il pubblico ufficiale può vantare

Ciò, probabilmente, ha indotto la giurisprudenza più recente a ravvisare nel *metus* l'elemento più sicuro per distinguere i due delitti in esame.

5. *Critica al criterio del* "metus publicae potestatis"

Già si è detto che la giurisprudenza tanto di merito, quanto di legittimità, ritiene che, nel reato di corruzione, il pubblico ufficiale ed il privato, agiscono su di un piano di parità, sicché la qualità ed i poteri del pubblico ufficiale non determinano in alcun modo l'illecita condotta del privato, il quale decide autonomamente e liberamente di compiere o promettere un sacrificio economico, per evitare delle conseguenze giuridiche a lui note e a cui ha commisurato la perdita economica conseguente alla promessa o dazione, in favore del pubblico ufficiale infedele. Mentre, nel delitto di concussione la posizione del privato non è paritaria rispetto a quella del pubblico ufficiale, ma di soggezione. Il rapporto tra le parti, quindi, è viziato da *vis compulsiva* per prevaricazione di quest'ultimo sul primo. Il pubblico ufficiale, cioè, esercita una pressione psichica sul privato che fa nascere nello stesso, uno stato psicologico di timore, il *metus publicae potestatis*, in forza del quale si determina alla promessa o alla dazione dell'indebito.

La giurisprudenza più recente, inoltre, afferma che ciò che conta più dello stesso *metus* e, quindi, dello stato psicologico di timore, è la soggezione psicologica nella quale il privato viene a trovarsi e in virtù della quale si determina alla prestazione indebita anche soltanto per evitare maggiori danni o per non avere noie [(20)].

Seguendo tale logica, i giudici, configurano il delitto di concussione sia nell'ipotesi in cui nel privato sussista uno stato psicologico di timore nei confronti del concussore, tale da determinarlo a cedere alla richiesta indebita di denaro o di altra utilità, sia quando sussista nel privato uno stato di soggezione nei confronti del pubblico ufficiale che però non si identifica con uno stato psicologico di timore, ma con il proprio interesse di evitare maggiori danni o di non avere noie.

---

rispetto al privato e, correlativamente, nella soggezione connaturata al rapporto privato – pubblica amministrazione, occorrendo ai fini dell'integrazione del reato, una costrizione o induzione qualificata, ossia prodotta dal pubblico ufficiale con l'abuso della sua qualità o dei suoi poteri, sicché la successiva promessa o azione indebita è l'effetto di siffatta costrizione o induzione e cioè conseguenza della coazione psicologica esercitata dal pubblico ufficiale sul privato mediante l'abuso della sua qualità o dei suoi poteri".

[(20)] Cass., sez. VI, 20 gennaio 2006, P. A. M., cit., 1341, Cass., sez. VI, 22 dicembre 1997, Todini, in *CED on line*, n. 28736; Cass., sez. VI, 13 luglio 2000, A. e A., in *CED on line*, n. 217650.

Ritenendo, quindi, che: "…ciò che conta più dello stesso *metus*, è la soggezione psicologica nella quale il privato viene a trovarsi e in virtù della quale si determina alla prestazione indebita anche soltanto per evitare maggiori danni o per non avere noie", i giudici superano il criterio del *metus* ed estendono l'ambito di applicazione del delitto di concussione a tal punto che diviene assai difficile, se non addirittura impossibile, distinguerla dalla fattispecie corruttiva [21].

Posto, infatti, che il privato può determinarsi alla dazione sia per il *metus*, sia per una sua convenienza, diviene difficile stabilire quando è che, privato e funzionario, agiscono su di un piano paritario e quando, invece, c'è prevaricazione da parte di quest'ultimo. Come si fa, cioè, a capire ed a dimostrare se il privato abbia deciso di compiere o promettere un sacrificio economico per evitare delle conseguenze giuridiche a lui note e a cui ha commisurato la perdita economica conseguente alla promessa o dazione in favore del pubblico ufficiale, in modo autonomo e libero, o perché spintovi dal pubblico ufficiale?

Infatti, quando si afferma che, ai fini della qualificazione giuridica dei fatti, occorre accertare se vi fu o meno un libero accordo tra pubblico ufficiale e terzo, si è costretti a far rientrare nella concussione i casi in cui il privato è indotto a cedere alle pressioni del funzionario proprio a causa della situazione *contra ius* nella quale si trova e che viene sfruttata dal pubblico ufficiale per ricavarne un utile illecito. Senza tener conto, però, che in questo caso il privato per uscire dalla condizione di illiceità nella quale si è messo, trova conveniente ed opportuno cedere alle pressioni del pubblico agente, aderendo ad un accordo, alla base del quale vi è una bilateralità di interessi che conduce le parti a concluderlo.

Mettendo a fuoco gli effettivi motivi di determinazione della volontà privata, si rileva che questa è libera di aderire o meno alla proposta formulata dal pubblico ufficiale e se vi aderisce, ciò non fa per effetto del timore incusso dal funzionario, ma per una motivazione interna che parte da ragioni di convenienza nella realizzazione di un vantaggio *contra legem.* La pressione esercitata dal pubblico funzionario non ha efficacia causale esclusiva nella decisione del privato di aderire alla richiesta, assumendo, piuttosto, importanza decisiva su tale risoluzione volitiva la finalità illecita che il privato si propone di perseguire. Il criterio del *metus*, quindi, si rivela inidoneo a risolvere la problematica di differenziazione tra i due reati, giacché una posizione di preminenza del pubblico ufficiale, derivante dalla possibilità di esercitare una pressione sulla volontà del privato, non esclude che questi, perseguendo un

---

[21] Cass., sez. VI, 20 gennaio 2006, P. A. M., cit., 1341.

obiettivo costituito da un tornaconto personale, si mostri interessato all'accordo illecito, subendone gli effetti [22].

6. *Conclusioni*

Alla luce di quanto sino ad ora esposto, può ritenersi che aderendo al criterio secondo il quale nella concussione, più dello stesso *metus* ciò che conta è la soggezione psicologica nella quale il privato viene a trovarsi e in virtù della quale si determina alla prestazione indebita anche solo per evitare maggiori danni o per non avere noie, la giurisprudenza, giunge ad una interpretazione per così dire, *abrogatrice* della fattispecie corruttiva. Tale fattispecie criminosa, infatti, finisce nella maggior parte dei casi, per essere disapplicata a favore dell'ipotesi concussiva. Ciò perché, sul piano probatorio, diviene estremamente difficile dare la prova della sussistenza del libero accordo tra le parti, visto che, se il privato agisce per ottenere un proprio tornaconto personale che, senza il contributo del pubblico ufficiale non riuscirebbe a raggiungere, comunque, secondo i giudici, versa in una condizione di soggezione psicologica rispetto al pubblico ufficiale. Fatto questo che, da solo, porta ad escludere la sussistenza di una condizione di parità tra le parti e, quindi, ad escludere la sussistenza del delitto di corruzione, con immensa gioia del privato che finisce sempre per farla franca!

ADELINDA MORETTI

---

[22] In senso conforme cfr: PALOMBI, *La concussione*, cit., 23 ss. Cfr. Cass., sez. VI, 8 novembre 1996, M. M. ed altri, in *CED on line*, n. 206226: "…in tema di distinzione fra concussione e corruzione, premesso che la prima di dette figure di reato è caratterizzata dal *metus publicae potestatis,* per cui, di regola, il concusso *certat de damno vitando,* mentre, nella corruzione, il corruttore *certat de lucro captando,* deve ritenersi che sussista il reato di concussione ogni qual volta vi sia, da parte del soggetto investito di qualifica pubblicistica, la prospettazione di un danno ingiusto, evitabile soltanto con l'indebita dazione o promessa di denaro o altra utilità da parte del privato, nulla rilevando che anche quest'ultimo possa a sua volta sperare di trarre da ciò un vantaggio, sempre che, tuttavia, si tratti di utilità alle quali il privato avrebbe potuto legittimamente aspirare anche prima dell'intervento del soggetto pubblico, ed al quale sarebbe altrimenti costretto a rinunciare, costituendo proprio tale forzata rinuncia l'oggetto della prospettazione di danno ingiusto da parte del concessore. Per converso, se il *lucrum captandum* da parte del privato non sia soltanto l'effetto naturale della mancata realizzazione del danno ingiusto, ma costituisca la finalità esclusiva o prevalente del favore offerto dal soggetto pubblico o a lui richiesto, ponendosi l'accordo fra le parti in termini di sinallagmaticità e, quindi, di libera contrattazione, con esclusione di ogni soggezione del privato nei confronti del soggetto pubblico, il reato configurabile risulta quello di corruzione".

LEGISLAZIONE

COMMENTO SISTEMATICO ALLA LEGGE REGIONALE N. 13 DEL 2009 (sulla pianificazione di area vasta e sul c.d. piano casa).

Commentario a cura di ANTONIO BARTOLINI

I. *Linee evolutive della pianificazione regionale di area vasta in Umbria,* di ANTONIO BARTOLINI

II. *Il Principio di coesione alla luce delle norme regionali umbre «per il governo del territorio e la pianificazione»,* di ANNALISA GIUSTI

III. *Il c.d. Piano casa,* di DIEGO DE CAROLIS

IV. *Legge regionale 26 giugno 2009, n. 13*

I

LINEE EVOLUTIVE DELLA PIANIFICAZIONE REGIONALE DI AREA VASTA IN UMBRIA[*]

SOMMARIO: 1. *Premessa.* – 2. *Il primo Put (Piano urbanistico territoriale)* – 3. *Il secondo Put.* – 4. *Verso un sistema bipartito di pianificazione regionale di area vasta: a) il Piano urbanistico strategico territoriale (Pust).* – 5.b. *(…segue) il Piano paesaggistico regionale (Ppr).* – 6. *Considerazioni conclusive*. – 7. *Nota bibliografica.*

1. *Premessa*

In Umbria il quadro della pianificazione di area vasta è in una fase di profonda trasformazione, visto che dopo circa 25 anni dalla prima legge sul Put (piano urbanistico territoriale) il legislatore umbro (con la l. reg. 26 giugno 2009, n. 13) ha completamente ridisegnato il sistema pianificatorio regionale.

Va, peraltro, osservato che il pregresso modello di pianificazione non è ancora venuto meno, in quanto il passaggio effettivo al nuovo sistema avverrà solo con la concreta adozione ed approvazione dei nuovi piani previsti dalla nuova legge regionale, cioè il Pust (Piano urbanistico strategico territoriale) ed il Ppr (Piano paesaggistico regionale) [(1)].

Essendo, dunque, ancora in mezzo al guado, sembra necessario affrontare il tema mediante la descrizione delle linee evolutive della

---

[*] Rielaborazione della relazione sull'Umbria tenuta in occasione del Convegno "L'esperienza della pianificazione territoriale regionale: paesaggio e territorio a confronto" (Padova, 5 giugno 2009, Facoltà di Giurisprudenza) e di quella su "Pust e Ppr" in occasione della giornata di presentazione della legge regionale 26 giugno 2003, n. 13 – Norme per il governo del territorio e la pianificazione e per il rilancio dell'economia attraverso la riqualificazione del patrimonio edilizio esistente, tenutasi presso la Scuola di Amministrazione Pubblica Villa Umbra (Pila, 22 luglio 2009).

[(1)] V. art. 100, l. reg. n. 13/2009.

legislazione umbra in materia di pianificazione regionale di area vasta, per poi approfondire i contenuti proposti dal recente *ius superveniens*.

2. *Il primo Put (Piano urbanistico territoriale)*

Il tassello iniziale del percorso evolutivo in esame è costituito dal primo statuto dell'Umbria, dove venne previsto che la regione "*adotta con legge … un piano urbanistico territoriale per l'ordinato sviluppo degli insediamenti umani e produttivi e delle infrastrutture sociali*" [2].

In attuazione di tale previsione nel 1975 venne approvata la legge volta a disciplinare il piano urbanistico territoriale (Put) [3].

Il Put, per quanto riguarda il suo oggetto, viene così a configurarsi: da un lato, come piano d'invarianti, diretto a tutelare i valori paesaggistico-ambientali, storico culturali del territorio regionale e, dall'altro, come un piano di coordinamento infrastrutturale della regione. Del tutto residuale risulta essere la funzione di programmazione economica – come invece voluto dallo statuto – essendo assorbita nel piano regionale di sviluppo [4].

Per quanto concerne la forza giuridica, il Put è essenzialmente un piano di direttive, ponendo delle previsioni vincolanti solo per la pianificazione sottordinata; peraltro viene previsto che, in via eccezionale, con le norme di attuazione del piano, possa disporsi la conformazione della proprietà privata [5].

Il procedimento di formazione segue essenzialmente l'articolazione delle scansioni procedurali del Prg: in questo ambito agli enti territoriali è riservato un ruolo collaborativo, potendo presentare osservazioni a seguito dell'adozione del Put [6].

L'approvazione avviene, mercè lo statuto, con legge [7].

La durata del piano è decennale [8].

La concreta attuazione di tale legge è avvenuta circa un decennio dopo, con la legge di approvazione del *Piano urbanistico territoriale* [9].

Innanzitutto, val la pena di ricordare, dal punto di vista storico, che il Put umbro è stato il primo, del suo genere, a presentarsi sul territorio italiano.

---

[2] Art. 17, comma 3, Statuto della regione Umbria (l. reg. 22 maggio 1971, n. 344).

[3] L. reg. 3 giugno 1975, n. 40.

[4] Cfr. art. 2, l. reg. n. 40 /1975.

[5] Art. 9, l. reg. cit.

[6] Art. 6, l. reg. cit.

[7] Art. 8, l. reg. cit.

[8] Art. 4, comma 1, l. reg. cit.

[9] L. reg. 27 dicembre 1983, n. 52.

Inoltre, sul medesimo Put umbro è fondamentale la descrizione datane da M.S. Giannini, che lo definì come un piano avente una triplice caratteristica, essendo "tutt'insieme piano di disciplina di usi del territorio e piano determinativo di prescrizioni per i piani territoriali comunali; è poco piano di vocazione del territorio".

Va, inoltre, rilevato che il Put, sotto il profilo paesaggistico, non conteneva alcuna diposizione di pianificazione paesistica: e ciò coerentemente alla rilevanza e alla funzione ad esso assegnato dalla legge organica del 1975, essendo prefigurato come uno strumento di mera definizione dei vincoli e dei criteri operativi della pianificazione territoriale. Conteneva, viceversa (proprio in ottemperanza a tale funzione) una serie di disposizioni di disciplina urbanistico-territoriale (peraltro, di assoluto rilievo) suscettibili di interferire con la tutela del paesaggio (parchi, aree di particolare interesse ambientale e naturale, corpi idrici, aree boschive). Demandava, infine, ai piani urbanistici comprensoriali (Puc), mai venuti in essere, l'individuazione dei beni da vincolare, senza, peraltro, nulla dire sulla zonizzazione e la disciplina d'uso.

Con una successiva disciplina del 1984 la funzione di individuare i vincoli e darne la disciplina d'uso fu attribuita ai Prg [(10)]. Tuttavia, anche la soluzione di attribuire ai Prg la valenza paesistica fallì, poiché, per quanto è dato conoscere, non vi è stato mai alcun comune che abbia ottemperato a tale disposizione.

Nel 1989, a seguito dell'entrata in vigore della c.d. legge Galasso, con cui venivano vincolati tutta una serie di beni ambientali a prescindere dal loro valore estetico, la regione Umbria dettò una serie di norme volte ad adeguare il Put ai principi della legge ambientale.

Onde provvedere a tale adeguamento il legislatore regionale ridefinì, da un lato, i contenuti del Put, attribuendo alla originaria disciplina ivi contenuta (che venne sostanzialmente mantenuta) una caratterizzazione vagamente attuativa della Galasso; dall'altro, ridisciplinò i contenuti e la funzione dei Puc, attribuendo ai medesimi la funzione di individuazione dei beni paesistici (in scala adeguata, al 10 mila), con particolare riferimento alle aree interessate dai vincoli *ex lege* n. 1479 del 1939 e n. 431 del 1985 e di articolazione della loro disciplina d'uso, cui, poi, si sarebbero dovuti adeguare i Prg comunali [(11)].

Infine, tale legge descrisse, mediante la mera riproduzione del contenuto dell'art. 1 della Galasso (ove applicabile), i vincoli per categoria di beni contenuti nella disposizione medesima.

[(10)] L. reg. 8 giugno 1984, n. 29.
[(11)] L. reg. 18 agosto 1989, n. 26.

In questo ambito va osservato che il modello del Put, così come venuto a delinearsi, è parso essere elusivo della normativa nazionale in materia di pianificazione paesaggistica: difatti, mancava il contenuto essenziale consistente nella articolazione di una specifica normativa d'uso e di valorizzazione ambientale del territorio (che continuava ad essere attribuito ai Puc).

Il quadro si chiuse nel 1991 con il trasferimento del potere di approvazione dei Puc dalle associazioni dei comuni alle province, che in base alla l. n. 8 giugno 1990, n. 142, vennero rese competenti a dotarsi del piano territoriale di coordinamento provinciale (Ptcp).

3. *Il secondo Put*

Ovviamente la regione, di fronte all'inattuazione dell'intricato sistema, intraprese la via di una nuova stagione riformatrice, tramite un ripensamento complessivo della pianificazione territoriale (tra cui anche quella paesaggistica), avvenuto con la legge regionale 10 aprile 1995, n. 28.

Anche con quest'ultima legge il Put continua ad essere un piano d'invarianti paesistico-ambientali e di coordinamento infrastrutturale. Viene attribuita, inoltre, anche la funzione di piano di sviluppo. Per quanto riguarda le previsioni paesaggistiche, la relativa potestà di pianificazione viene confermata in capo alle province, residuando al piano regionale il potere di individuare i territori ad elevata sensibilità ambientale, quali le zone di interesse naturalistico, paesistico, archeologico e storico artistico, nonchè le aree protette, anche ai fini di quanto previsto dalla legge 8 agosto 1985, n. 431 [(12)].

Il Put continua ad avere natura di piano-direttore, vincolando il potere di piano provinciale e comunale. Viene, peraltro, precisato che le N.T.A. del Put hanno la possibilità di stabilire quali siano le prescrizioni e vincoli di natura conformativa della proprietà [(13)].

Il procedimento ricalca, *grosso modo*, quello precedente, limitando il potere dei comuni e province alla possibilità di partecipare a Conferenze partecipative [(14)].

L'approvazione viene riservata, ancora, dallo statuto alla legge regionale.

La durata, di norma, dovrebbe essere decennale, anche se poi, pilatescamente, il legislatore regionale aggiunge che comunque il Put possa rimanere in vigore fino all'approvazione di quello nuovo [(15)].

[(12)] Cfr. art. 5, comma 3, l. reg. n. 28/1995.
[(13)] Art. 10. l. reg. cit.
[(14)] Art. 7, l. reg. cit.
[(15)] Art. 8, comma 3, l. reg. cit.

Alla legge regionale è seguito, circa cinque anni dopo, il nuovo Put, anch'esso approvato con l. reg. 24 marzo 2000, n. 27.

Le principali caratteristiche del medesimo sono quelle di:

a) piano di sviluppo, in quanto prende come base i riferimenti programmatici adottati in sede europea e delinea le principali linee di trasformazione socio-economica del territorio regionale [16];

b) piano d'invarianti, poiché recepisce piani d'interesse nazionale, come quello triennale dell'anas, il piano generale dei trasporti, il piano di bacino, il piano dell'energia, il piano sanitario nazionale [17];

c) piano conformativo del territorio e della proprietà, visto che, da un lato, indica obiettivi cui devono uniformarsi i piani provinciali e comunali e, dall'altro, vincola direttamente la proprietà, dettando previsioni immediatamente prescrittive per le zone ad elevata diversità floristica-vegetazionale, per i siti di interesse naturalistico e per le aree di particolare interesse geologico [18];

d) piano di disciplina urbanistica, indicando gli *standard* da osservare nelle zone territoriali omogenee, dando la disciplina delle monetizzazioni e delimitando le fasce di rispetto [19].

Il sistema così delineato è risultato sicuramente un passo avanti rispetto alla situazione previgente, presentando, tuttavia, ancora diversi aspetti critici.

In primo luogo, il vincolo statutario di approvare il Put con legge ha reso eccessivamente rigido il sistema pianificatorio di area vasta, impedendo meccanismi di copianificazione ed obbligando di rinviare molte scelte a valle, tramite l'impiego di strumenti più flessibili.

In secondo luogo, sotto il profilo paesaggistico, l'assetto venuto in essere è risultato per molti versi ancora insoddisfacente. A parte alcune zone ad elevata sensibilità ambientale vincolate direttamente dal Put, viene, difatti, confermata la scelta di demandare al Ptcp la funzione di piano paesaggistico [20]. Peraltro questa funzione, alla luce della successiva l. reg. urbanistica del 21 ottobre 1997, n. 31, viene fatta condividere con i comuni, tramite un assetto tripartito: a) la provincia individua le parti del territorio da sottoporre a specifica normativa d'uso; b) il comune, mediante il Prg, parte strutturale, definisce l'uso dei beni ambientali e paesaggistici [21]; c) sempre il comune, tramite il Prg, parte

---

[16] Art. 2, l. reg. n. 27/2000.
[17] Art. 3, l. reg. cit.
[18] Artt. 12, 13 e 14, l. reg. cit.
[19] Rispettivamente artt. 59 ss., 61 e 65 ss., l. reg. cit.
[20] Art. 13, comma 1, lett. e), l. reg. n. 28/95.
[21] Art. 2, comma 2, lett. d), l. reg. n. 31/97.

operativa, individua i beni paesaggistici ed ambientali sottoponendoli ad una specifica disciplina d'uso [22].

Sotto il profilo giuridico questo sistema è stato criticato per la sua complessità, volta sostanzialmente a snaturare la funzione unitaria del piano paesaggistico. Inoltre si è rilevato che la concreta individuazione dei beni da vincolare è *au fond* demandata al Prg, parte operativa, il quale, peraltro, non è sottoposto, ai fini della sua approvazione, al controllo provinciale, vanificando, pertanto, la funzione di *command and control* attribuita in questo campo alla provincia.

Per quanto concerne l'attuazione pratica, in sede di prima applicazione, è emersa un'assoluta genericità delle previsioni provinciali, che non hanno svolto appieno alla propria funzione di delimitazione delle parti del territorio da sottoporre a disciplina d'uso (specie per quanto concerne i beni ambientali). Parimenti, da un'analisi sul campo, risulta che neanche i comuni abbiano assolto alle proprie funzioni paesistiche: "la conseguenza è che la pianificazione comunale finisce per essere assai spesso generica nella sua pletoricità, attestata com'è sulla disciplina di principio (che spetta ad altri livelli di pianificazione) piuttosto che su quella puntuale".

Un correttivo è stato introdotto dalla seconda legge urbanistica regionale (l. 22 febbraio 2005, n. 11), che ha attribuito esclusivamente al Prg, parte strutturale il compito di individuare i beni paesaggistico-ambientali [23], di modo che vi sia un controllo provinciale sul punto. Va, peraltro, aggiunto che l'ottanta per cento dei prg umbri sono stati approvati con le procedure ed i contenuti di cui alla l. reg. n. 31 del 1997, per cui la nuova disposizione, nel breve periodo, ha trovato e troverà un limitato campo di applicazione.

Un terzo aspetto critico emerge dalla comparazione tra la l. reg. n. 11 del 2005 e la n. 28 del 1995: mentre, infatti, per le procedure di approvazione dei piani regolatori viene introdotta una disciplina di copianificazione, in modo da mettere in asse gli strumenti di area vasta con la pianificazione urbanistica comunale, non è previsto l'inverso, cioè la copianificazione in sede di approvazione degli strumenti di area vasta. In altre parole manca un principio generale di copianificazione (o cooperazione) esteso a tutti i livelli pianificatori, come, invece, accade in regioni quali l'Emilia-Romagna e la Toscana.

---

[22] Art. 3, comma 2, lett. d), l. reg. cit.
[23] Art. 3, comma 1, lett. d), l. reg. n. 11/2005.

4. *Verso un sistema binario di pianificazione regionale di area vasta: a) il piano urbanistico strategico territoriale (Pust)*

La seconda stagione si è, peraltro, da poco conclusa.

Difatti, nel corso di questo decennio si sono affacciate due novità normative che stanno portando ad un ripensamento della pianificazione di area vasta.

In primo luogo, il codice Urbani, che, come noto, impone alle regioni di dotarsi di un piano paesaggistico (o di un piano urbanistico territoriale con questa valenza) concernente tutto il territorio regionale e che abbia come oggetto, da un lato, l'individuazione e la definizione delle forme d'uso dei beni paesaggisitici (di non comune bellezza ed a carattere ambientale), e dall'altro, la definizione del paesaggio regionale sotto il profilo identitario, tramite l'indicazione di obiettivi di qualità.

In secondo luogo, è intervenuto il nuovo statuto della regione Umbria che ha delegificato la pianificazione territoriale regionale [(24)].

Questi due fattori concorrenti hanno portato a riesaminare integralmente il sistema di area vasta, tramite l'approvazione della l. reg. 26 giugno 2009, n. 13.

Con questo nuovo intervento legislativo viene abbandonato lo schema unitario del Put a favore di uno sistema binario fondato su due distinti atti, cioè il Piano urbanistico strategico territoriale (Pust) ed il Piano paesaggistico regionale (Ppr).

Occorre, pertanto, vedere quali siano i contenuti e le specificità di questi due nuovi strumenti di programmazione territoriale.

Il legislatore regionale, per quanto riguarda il Pust, prevede che quest'ultimo debba costituire il quadro programmatico per la pianificazione di livello provinciale e comunale, nonché per i piani di settore [(25)]. Viene, inoltre, precisato che il medesimo Pust individua i temi settoriali per la costruzione della visione strategica ed integrata del territorio regionale sulla base delle potenzialità paesaggistico-ambientali e territoriali, nonché dei riferimenti programmatici comunitari, nazionali e regionali [(26)]. La visione così elaborata si esplicita attraverso obiettivi e linee strategiche di sviluppo, costituenti priorità e riferimento per programmi e progetti di territorio [(27)]. Inoltre fornisce criteri per la costruzione e la valutazione di progetti integrati di iniziativa dei territori, finalizzati a favorire la partecipazione delle comunità locali

---

[(24)] Art. 18, nuovo statuto della regione Umbria (l. reg. 16 aprile 2005, n. 21).

[(25)] Art. 10, comma 2, l. reg. n. 13/2009.

[(26)] Art. 11, comma 1, l. reg. cit.

[(27)] Art. 11, comma l. reg. cit.

tramite la presentazione di progetti strategici territoriali (Pst) [28].

Il Pust mira, dunque, a rendere selettiva la programmazione territoriale regionale. Difatti il medesimo, superando lo schema degli interventi a pioggia, tende ad individuare un numero limitato di interventi strategici territoriali di area vasta, destinando, a tal fine, le risorse provenienti in gran parte dai fondi comunitari.

Il Pust dovrà, pertanto, essere attuato e sviluppato mediante 'progetti strategici territoriali' elaborati in sede locale: a tal fine il piano regionale deve indicare i criteri per la scelta e la selezione di tali progetti [29]. Questi progetti andranno a formare la c.d. Agenda regionale.

La l. reg. n. 13 del 2009 si premura anche di precisare che "il Pust … costituisce il quadro programmatico per la pianificazione di livello provinciale e comunale, nonché per i piani di settore" [30].

Quest'ultima disposizione ci consente di affrontare una questione centrale, ovvero quale sia la forza giuridica da attribuire al Pust. In altre parole occorre chiedersi che valore abbia per comuni e province il quadro programmatico delineato dal Pust.

Per poter affrontare correttamente detta problematica, occorre premettere che nel disegno originario (cioè nel disegno di legge licenziato dalla giunta regionale umbra) il Pust non doveva essere un piano strategico, ma un documento strategico territoriale (Dst). Cioè un qualcosa di meno di piano.

Difatti, l'idea primigenia in cui affonda (l'odierno) Pust è di chiara derivazione europea. Il documento strategico programmatico (ora Pust) è un tassello del sistema di programmazione negoziata, rientrante nel Quadro strategico nazionale per la politica di coesione 2007-2013 (Qsn). Come noto il Qsn è il documento sottoposto ad una valutazione di coerenza della Commissione CE, con cui viene garantita la conformità delle politiche di sviluppo nazionali con gli obiettivi della programmazione esennale comunitaria [31]. In questo quadro il Qsn si forma attraverso un processo collaborativo con le regioni, che sono tenute a presentare un proprio *Documento strategico preliminare,* in cui si deve indicare "come mettere a coerenza la programmazione economica per le diverse forme di governo del territorio, anche al fine di contestualizzare priorità, vincoli e strumenti di intervento sul territorio stesso" [32].

---

[28] Art. 11, comma 2-3, l. reg. cit.

[29] Art. 11, comma 2, l. reg. cit.

[39] Art. 10, comma 2, l. reg. cit.

[31] V. *Regolamento per la disciplina dei fondi strutturali* n. 1083/2006/CE, del 31 luglio 2006.

[32] Conferenza unificata, *Intesa sulla nota tecnica relativa alla definizione del quadro strategico nazionale per la politica di coesione 2007-2013*, del 3 febbraio 2005.

Il Pust è, dunque, un documento programmatico, inserito nella programmazione nazionale e comunitaria, più vicino ad una metodologia di progetto che a quella della pianificazione, in cui sono innestate anche logiche concorsuali e competitive. Trattasi alla fine di un modulo procedimentale.

Che il Pust sia un documento programmatico e non un piano territoriale, del resto, emerge anche da un'analisi più approfondita dei contenuti attribuiti al medesimo dalla l. reg. n. 13 del 2009.

Il legislatore regionale si è, infatti, preoccupato di precisare che il Pust è uno strumento di pianificazione "di dimensione strategico e programmatica" [(33)], consistente nella "definizione di obiettivi, scelte e decisioni di medio e lungo termine, in una prospettiva di sviluppo socio-economico territoriale" [(34)]. Sempre secondo la legge regionale, il Pust non ha, invece, una funzione regolativa (come altri piani tra cui il Ppr, il Ptcp ed il Prg) diretta a "definire indirizzi, regole di uso del suolo e modalità di tutela e trasformazione del territorio nella loro dimensione funzionale e spaziale" [(35)], tramite "una disciplina articolata in criteri di indirizzo, di direttive e di norme prescrittive" [(36)].

Il Pust, pertanto, da un punto di vista giuridico ha una forza debole, poiché le proprie previsioni hanno valenza solamente strategica, non vincolando in maniera puntuale i destinatari. Tanto che il legislatore regionale ha tenuto a precisare che le previsioni strategiche richiedono alla pianificazione sottordinata di muoversi in una linea di coerenza con i contenuti espressi dal Pust, senza, dunque, un obbligo di pedissequa conformazione.

In altri termini, le previsioni del Pust sono (giuridicamente) delle blande direttive espresse nei confronti degli enti locali territoriali, i quali seppur sono tenuti a tenerle presenti nei propri strumenti di pianificazione, hanno, tuttavia, la possibilità di discostarsene con un motivo plausibile.

Ne consegue che il Pust non può essere considerato di per sé un piano territoriale, poiché la caratteristica di quest'ultimo è quella di contenere non solo previsioni a carattere strategico, ma anche regolative (*rectius*: conformative del territorio e della proprietà). Basta a tal fine richiamare la legge urbanistica nazionale, dove al piano territoriale viene attribuita chiaramente la funzione di porre prescrizioni perlomeno vincolanti nei confronti degli enti territoriali, tramite

---

[(33)] Art. 6, comma 3, lett. a), l. reg. n.13/2009.
[(34)] Art. 5, comma 1, lett. a), l. reg. cit.
[(35)] Art. 5, comma 1, lett. b), l. reg. cit.
[(36)] Art. 25, comma 3, l. reg. cit.

l'esercizio del potere di conformazione del territorio. Carattere invece del tutto assente nel Pust.

A questo punto, occorre chiedersi il motivo per cui il legislatore regionale abbia sentito il bisogno di qualificare come 'piano' il documento strategico territoriale in esame.

Il problema nasce da un difetto di collegamento tra il ddl presentato dalla Giunta regionale ed il nuovo Statuto della regione Umbria.

Difatti, nel testo originario presentato dall'esecutivo regionale lo strumento in esame era stato correttamente denominato come documento strategico territoriale (Dst). Nel medesimo disegno di legge, peraltro, era prevista anche l'abrogazione della legge n. 27 del 2000 sul Put. Per cui nel disegno originario vi era la sostituzione del Put con questo nuovo strumento chiamato Dst.

In sede dei lavori consiliari sono stati, tuttavia, espressi dei dubbi sulla legittimità di simili previsioni, atteso che il nuovo statuto regionale prevede la presenza necessaria, tra gli atti pianificatori regionali, del piano urbanistico territoriale. Sul punto la previsione statutaria è inequivoca: "il piano regionale di sviluppo, il documento di programmazione ed il piano urbanistico territoriale sono strumenti generali della programmazione regionale" [37].

Al fine di ovviare a quanto disposto dallo statuto si è deciso di trasformare il Documento strategico (Dst) in un Piano urbanistico strategico territoriale (Pust).

La trasformazione, peraltro, è stata solo nominalistica, poiché i contenuti dell'originario Dst non sono stati modificati, per cui il Pust non ha i contenuti di un piano territoriale, ma quelli di un documento strategico.

Tanto che sembra legittimo domandarsi se tale mutamento nominalistico (e non di sostanza) sia sufficiente a rendere conforme la l. reg. n. 13 del 2009 con la previsione dello Statuto regionale.

A tal proposito va rammentato che la Corte costituzionale, in alcuni autorevoli precedenti, ha affermato a chiare lettere che il mutamento di nome di un determinato istituto giuridico non è sufficiente, di per sé, a salvare una legge da una pronuncia di incostituzionalità: esemplare è il caso del mutamento nominalistico della licenza edilizia in concessione edilizia, che non salvò la legge Bucalossi dalla pronuncia di incostituzionalità per la mancata corresponsione dell'indennità di esproprio dello *ius aedificandi* [38].

---

[37] Art. 18, nuovo statuto della regione Umbria.

[38] Si v. la nota e fondamentale pronuncia di Corte cost., 20 gennaio 1980, n. 5.

Il Pust, pertanto, non avendo il contenuto di un piano territoriale, non è sufficiente a rendere statutariamente legittima l'abrogazione della l. reg. n. 27 del 2000 sul Put [39].

La scelta statutariamente corretta doveva essere probabilmente un'altra. Rammentando che un piano territoriale deve avere contenuti sia strategici che regolativi, la scelta migliore sarebbe stata quella di sdoppiare il Put (mantenendolo in vita) in due parti: una, strategica-programmatica, denominata Dst; l'altra regolativa, corrispondente a quella odiernamente (ri)denominata come "Norme per la pianificazione urbanistica territoriale" (l. reg. n. 27 del 2000). Facendo, inoltre, attenzione a non creare doppioni tra le previsioni contenute nelle predette "Norme sulla pianificazione urbanistica territoriale" ed il Ppr che costituisce l'altra novità della l. reg. n. 13/2009.

5.b. *(… segue) il Piano paesaggistico regionale (Ppr)*

Il secondo snodo su cui si muove la legge in esame è, per l'appunto, il 'piano paesaggistico regionale' (Ppr).

Il legislatore regionale ha, infatti, preso atto della volontà del d.lgs. n. 42 del 2004 di imporre alle regioni, entro il 31 dicembre 2009, la redazione o, comunque, l'adeguamento dei piani regionali di area vasta alle novità, in materia di paesaggio, contenute nel medesimo Codice Urbani [40].

L'ordinamento statale ha, in particolare, affidato il compito di disciplinare il paesaggio alle regioni, mediante la redazione di piani paesaggistici o piani urbanistici territoriali con specifica considerazione dei valori paesaggistici [41].

---

[39] In realtà, più che di una abrogazione sostanziale, si è trattata di una abrogazione formale. A tal fine, va, infatti, preliminarmente precisato che "fino al conseguimento dell'efficacia del Pust, disciplinato dalla presente legge, rimangono in vigore le disposizioni di cui alla l. reg. n. 27/2000 abrogate dalla presente legge" (art. 100, comma 1, l. reg. n. 13 del 2009). E che, comunque, una volta entrato in vigore il Pust gran parte delle disposizioni del vecchio Put continueranno a produrre i loro effetti: l'art. 67, l. reg. n. 13 del 2009, dispone l'abrogazione espressa limitatamente a: "articolo 1; articolo 2; articolo 3; articolo 4; commi 1 e 3 dell'articolo 7; commi 1, 2 e 3 dell'articolo 11; comma 2 dell'articolo 21; articolo 36; articolo 37; articolo 38; comma 5 dell'articolo 39; articolo 40; articolo 49; articolo 53; articolo 54".

Quindi, da un punto di vista sostanziale gran parte della legge sul Put (anche se con alcune modifiche apportate dagli artt. 46-66) rimarrà in vigore anche dopo l'approvazione del Pust. Però, da un punto di vista formale, la l. reg. n. 27/2000 non sarà più la legge di approvazione del Put, poiché la l. reg. n. 13 del 2009 la ha ridenominata come "Norme per la pianificazione urbanistica territoriale" (art. 44).

[40] Art. 156, comma, 1, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, come modificato dall'art. 2, lett. ff), d.lgs. 26 marzo 2008, n. 63.

[41] Art. 135, comma 1, d.lgs. n. 42/2004 e s.m.i.

Oggetto della disciplina paesaggistica sono, da un lato, i beni paesaggistici d'*antan*, cioè i beni di non comune bellezza [42] e quelli ambientali vincolati *ex lege* [43]; dall'altro il 'paesaggio identitario', cioè la forma del territorio, non precedentemente vincolata, in cui si identifica la popolazione interessata (ma su questo aspetto v. *amplius infra*).

In questo ambito compito della regione attraverso uno dei predetti strumenti di pianificazione territoriale è quello di: a) delimitare il territorio regionale in ambiti paesaggistici; b) dettare prescrizioni di ordine conservativo; c) riqualificare le aree degradate; d) individuare le linee di sviluppo urbanistico ed edilizio in funzione della compatibilità paesaggistica [44].

Il legislatore regionale, con la l. reg. n. 13 del 2009, si è preoccupato di individuare una disciplina normativa volta ad attuare le prescrizioni del legislatore nazionale. In primo luogo, ha compiuto la scelta di dotarsi di un piano paesaggistico autonomo, tramite, per l'appunto, il Ppr. In secondo luogo, rispetto al quadro precedentemente descritto, ha deciso di spogliare le province di gran parte delle funzioni paesaggistiche, attesa la volontà statale di attribuire tale compito alle regioni.

Per quanto riguarda i contenuti, il Ppr deve contenere, a mente della l. reg. n. 13 del 2009, previsioni volte, da un lato, a disciplinare i beni paesaggistici (cioè quelli vincolati) e dall'altro, il paesaggio identitario.

Per quanto concerne il primo aspetto, al Ppr viene affidato il compito di individuare, tutelare e, soprattutto, definire la disciplina di tutela e valorizzazione dei beni vincolati [45]. In sostanza al piano regionale viene demandato il compito di 'vestire' i vincoli, attraverso la determinazione delle prescrizioni d'uso.

Inoltre, ai sensi dell'art. 143, comma 1, lett. e) del codice Urbani, il Ppr può individuare, ulteriori contesti, da sottoporre a specifiche misure di salvaguardia e di utilizzazione: in particolare la regione potrà individuare, a tal fine, gli intorni dei beni paesaggistici [46]. Si tratta in sostanza di vincoli indiretti posti a presidio dei beni paesaggistici: peraltro le attività di trasformazione da svolgere sulle aree oggetto di vincolo indiretto non potranno essere sottoposte alla disciplina sull'autorizzazione paesaggistica, ma solo al controllo di conformità svolto in sede di rilascio del titolo edilizio.

Ulteriore compito affidato al Ppr, in relazione ai beni paesaggistici, è quello dell'individuazione delle aree ed immobili da sottrarre al pro-

---

[42] Di cui all'art.136, d.lgs. cit.
[43] *Ex* art. 142, d.lgs. cit.
[44] Art. 135, comma 2, d.lgs. cit.
[45] Art. 15, comma 5, l. reg. n. 13/2009.

cedimento autorizzatorio paesaggistico (come consentito dall'art. 143, comma 4, codice Urbani) [47].

La legge regionale si occupa, inoltre, con maggior carica innovativa anche della disciplina del paesaggio identitario.

Per poter meglio comprendere le novità introdotte dalla l. reg. n. 13, occorre premettere che la materia in esame risulta essere notevolmente condizionata dalla Convenzione europea del paesaggio (Firenze 2000), in cui quest'ultimo è definito come quella "determinata parte del territorio così come è percepita dalle popolazioni, il cui carattere deriva dall'azione dei fattori naturali e/o umani e dalle loro interrelazioni" [48]. In questo ambito la Convenzione si preoccupa di specificare che il paesaggio, come forma del territorio, riguarda gli spazi naturali, rurali, urbani e periurbani e si può articolare in paesaggi terrestri, acque interne e marine, paesaggi eccezionali, della vita quotidiana e degradati [49].

Emerge, dunque, una concezione di paesaggio completamente disancorata dai canoni estetici o da considerazioni di pregio ambientale, in quanto il territorio viene tutelato come tale, nel suo valore identitario. Come efficacemente segnalato in dottrina abbiamo, dunque, un "paesaggio a strati".

La figura del paesaggio a strati viene puntualmente recepita dal legislatore regionale, che con la l. reg. n. 13 prevede tre distinte tipologie di paesaggio, ovvero a) il paesaggio regionale [50], b) i paesaggi d'area vasta [51], c) i paesaggi locali a scala comunale [52].

Al Ppr è affidato il precipuo compito di rappresentare il paesaggio alla scala regionale e la sua caratterizzazione rispetto alle articolazioni più significative, intese come specifici paesaggi regionali. All'uopo il piano regionale dovrà riconoscerne gli aspetti e i caratteri peculiari, nonché la caratteristiche, dettando le prescrizioni di tutela e valorizzazione, comprese le linee di sviluppo urbanistico [53].

Inoltre il Ppr perimetra i paesaggi di area vasta, definendone, nel 'quadro di assetto del paesaggio' (cioè un documento allegato al Ppr medesimo), gli obiettivi di qualità, nonché le discipline di tutela e valorizzazione [54]. Spetterà, poi, alle province (col proprio Ptcp) definire

---

[46] Art. 16, comma 1, lett. e), l. reg. cit.
[47] Art. 16, comma 2, l. reg. cit.
[48] Art. 1, comma 1, lett. a), Convenzione europea del paesaggio.
[49] Art. 2, Convenzione paesaggio.
[50] Art. 16, comma 1, lett. a), l. reg. n. 13/2009.
[51] Art. 16, comma 1, lett. b), l. reg. cit.
[52] Art. 16, comma 1, lett. b), l. reg. cit.
[53] Argomentando *ex* art. 135, d.lgs. n. 42, cit.
[54] Art. 17, comma 1, lett. d), l. reg. n. 13/2009.

i predetti paesaggi d'area vasta tramite norme prescrittive, entro un anno dall'approvazione del Ppr [55].

Infine, il Ppr definisce i criteri per la delimitazione dei paesaggi locali a scala comunale, sulla base degli obbiettivi di qualità previsti all'interno dei paesaggi regionali [56]. I paesaggi d'area vasta, come definiti dalla provincia, sono di riferimento per la definizione dei paesaggi locali [57].

I comuni sono tenuti a conformare il proprio Prg al Ppr nei termini ivi stabiliti, che non devono essere superiori a due anni [58].

L'inutile decorso dei predetti termini, da parte delle province o dei comuni, comporta l'impossibilità per tali soggetti di assumere gli atti conseguenti all'espletamento delle procedure connesse con la formazione, adozione e approvazione di qualsiasi strumento di programmazione e pianificazione, comprese le loro varianti, salvo gli atti finalizzati all'adeguamento al Ppr medesimo [59].

All'esito della descrizione della disciplina regionale, si vogliono condurre alcune considerazioni di massima sullo strumento in esame, partendo da una valutazione sulla sua forza giuridica.

Il Ppr in base alla medesima legge regionale viene definito come uno strumento avente non solo una dimensione strategica, ma anche regolativa (cioè conformativa del territorio e, se del caso, della proprietà) [60]. Anzi a dire il vero, risulta assolutamente prevalente – almeno in linea teorica – la funzione conformativa della proprietà, sia laddove disciplina i beni vincolati, che quelli rientranti nel paesaggio identitario.

Difatti, per quanto concerne i beni vincolati (e i loro intorni) il Ppr non ha solo il compito di individuarli, ma anche quello di dettarne la disciplina di uso e di valorizzazione. A tal proposito la legge regionale risulta essere abbastanza vaga sui caratteri che dovrà avere il processo di vestizione dei vincoli, per cui una valutazione su tale aspetto potrà essere data solo a seguito dell'approvazione del Ppr.

Ma anche l'individuazione del paesaggio identitario ed in particolare dei paesaggi regionali e d'area vasta avverrà tramite l'esercizio del potere conformativo della proprietà: ciò risulta inequivocabilmente da un lato, dall'art. 16, comma 1, lett. b) che impone la perimetrazione dei paesaggi d'area vasta; e, dall'altro, dall'art. 17, comma 1, lett. d) della l. reg. n. 13 del 2009, laddove dispone che il 'quadro di assetto del paesaggio regiona-

---

[55] Art. 21, comma 1, l. reg. cit.
[56] Art. 16, comma 1, lett. b), l. reg. cit.
[57] Art. 21, comma 4, l. reg. cit.
[58] Art. 21, comma 2, l. reg. cit.
[59] Art. 21, comma 3, l. reg. cit.
[60] Art. 6, comma 3, lett. b), l. reg. cit.

le' è tenuto alla "definizione degli obiettivi di qualità e delle discipline di tutela e valorizzazione, con particolare riferimento ai beni paesaggistici e ai loro intorni, nonché agli ambiti locali di pianificazione paesaggistica con specifiche normative d'uso prevalenti sui piani regolatori comunali ai sensi dell'articolo 135, commi 2 e 3 del d.lgs. n. 42/2004".

Avrà, invece, natura di piano direttore e, quindi, conformativo del territorio, la parte del Ppr destinata a prescrivere i criteri per l'individuazione dei paesaggi locali: del resto come già rilevato in dottrina, la funzione paesaggistica di province e comuni sarà prevalentemente quella volta ad individuare i paesaggi della vita quotidiana e quelli degradati.

Problematico, inoltre, sarà il raccordo tra le disposizioni e prescrizioni del Ppr e quelle contenute nella l. reg. n. 27 del 2000 rubricata "Norme per la pianificazione territoriale urbanistica".

Come già in precedenza rammentato [(61)], la l. n. 27 del 2000 contiene una serie di norme assolutamente rilevanti per la definizione e la disciplina d'uso dei beni paesaggistici e del paesaggio identitario: a tal fine basti rammentare l'art. 10 sulle unità regionali di connessione ecologica, l'art. 12 sulle zone di elevata diversità floristica vegetazionale, l'art. 13 sulle aree Sic, l'art. 14 sulle aree di particolare interesse naturalistico ambientale, l'art. 15 sulle aree boscate, etc.

Una parte rilevante della normativa d'uso in materia di beni paesaggistici e di paesaggio è, dunque, contenuta in una legge regionale.

Ciò in astratto potrebbe creare dei problemi di legittimità costituzionale, atteso che il Ppr, in forza del Codice Urbani, deve essere posto all'apice del sistema pianificatorio territoriale, compresi i piani di settore [(62)]: mentre la legge regionale, in forza del principio di gerarchia, è in una posizione *potiore* rispetto al Ppr (essendo quest'ultimo un atto amministrativo generale o, comunque, a natura mista).

Per cui in sede di redazione del Ppr si dovrà aver cura di porre una disciplina che non crei contrasti con le previsioni paesaggistiche della l. reg. n. 27 del 2000, potendo a tal fine compiere un'operazione di rinvio recettizio a quest'ultima (e fermo restando l'assenso da parte dei Ministeri competenti, *ex* art. 143, d.lgs. n. 42/2004 e s.m.i.).

Qualche perplessità desta, inoltre, il procedimento di formazione del Ppr, in cui sono scarsamente coinvolte le popolazioni interessate.

All'uopo giova rammentare che il paesaggio identitario, secondo la convenzione di Firenze del 2000, è tale in quanto è quella parte del "territorio, così come è percepita dalle popolazioni" [(63)].

[(61)] In particolare si v. la precedente nota 39.

[(62)] Cfr. art. 145, d.lgs. n. 42 del 2004.

[(63)] Art. 1, lett. a), Convenzione europea paesaggio.

Sono, dunque, le popolazioni il principale attore delle politiche paesaggistiche, essendo l'esclusivo interlocutore da cui si può inferire la concezione di paesaggio identitario.

La formazione del Ppr dovrebbe, dunque, essere il frutto di una forte interlocuzione con le popolazioni interessate. Per cui a monte di tutte le attività di redazione e formazione del Ppr ci dovrebbe essere una partecipazione attiva – in chiave propositivia – delle popolazioni interessate.

Invece, il nostro legislatore regionale ha previsto una partecipazione a valle, più in chiave collaborativa che (come invece dovrebbe essere) propositiva: la legge regionale, infatti, prevede la partecipazione dei soggetti interessati e delle associazioni portatrici di interessi diffusi solo dopo la preadozione ed adozione del Ppr da parte della giunta regionale [(64)].

Da ultimo va notato come in sede di redazione del Ppr sia del tutto assente un richiamo all'operatività del principio di copianificazione, che, invece risulta essere operante per la redazione del Ptcp e del Prg parte strutturale: in questo modo la copianificazione è chiaramente un'anatra zoppa.

6. *Considerazioni conclusive*

All'esito di questa carrellata è arrivato il momento di trarre alcune considerazioni conclusive.

Il *trend* esposto mostra chiaramente come la logica che ha sorretto il Put sia fallita.

Lo sforzo del legislatore regionale, negli ultimi venti anni, è stato quello di fornire uno strumento generale di programmazione territoriale di area vasta fondato sulla logica del piano direttore.

L'evoluzione dell'impianto legislativo ma soprattutto l'attuazione concreta ha mostrato, peraltro, la debolezza dello strumento, che non ne ha consentito una realizzazione in termini pratici soddisfacente.

La scelta del moderno legislatore è, pertanto, diretta a superare il Put, a favore di un sistema binario che scinda i problemi del coordinamento infrastrutturale e dello sviluppo regionale, dal tema dei beni paesaggistici e del paesaggio. In questo quadro il Pust tende ad assumere le vesti di un documento di sviluppo territoriale, contenente delle direttive deboli; il Ppr assume, invece, i caratteri di un piano conformativo della proprietà privata, piuttosto che del territorio.

La legge del 2009 recepisce la volontà del legislatore statale di indi-

---

[(64)] Art. 13, l. reg. n. 13 del 2009.

viduare e vestire i vincoli puntuali; inoltre, sulla scorta dell'esperienza passata, impone con sanzioni indirette il recepimento da parte delle province e dei comuni degli obiettivi di qualità da seguire nella definizione dei paesaggi identitari, d'area vasta e locali. Di modo che non succeda, come nel passato, l'inattuazione degli obiettivi posti dalla regione.

Sotto diverso profilo il tema dello sviluppo economico viene declinato in una nuova maniera, poiché gli obiettivi di trasformazione territoriale sono inseriti nell'ambito delle politiche di coesione sociale europea.

Viene, così, meno un modello di centralismo regionale debole (rappresentato dal Put) a favore di un disegno che vede la regione calata in un sistema multilivello, che condiziona le scelte regionali sia nell'ottica comunitaria, per quanto concerne i finanziamenti al territorio, che in quella nazionale, per quanto riguarda il paesaggio. In questo ambito la regione acquista una nuova centralità come primo attore del governo del territorio e come distributore delle risorse (non solo) europee, tramite la selezione dei progetti territoriali meritevoli.

Resta, peraltro, da vedere se tali condivisibili obiettivi saranno concretamente raggiunti: ma questo è un tema che potrà essere affrontato in occasione di una nuova riflessione, quando la regione si doterà di un proprio Pust e del Ppr. Per cui non ci resta che congedare il lettore con un *ad maiora*.

7. *Nota bibliografica*

1-2. Per una ricostruzione del sistema normativo regionale che ha caratterizzato la prima stagione del Put si veda il volume coordinato da Migliorini, *Urbanistica, edilizia ed ambiente nell'ordinamento della regione dell'Umbria*, Padova, 1988. Con specifico riguardo alla l. reg. 27 dicembre 1983, n. 52 con cui è stato approvato il primo Put umbro si legga la collettanea curata da Amorosino (a cura di), *Il piano territoriale regionale dell'Umbria*, Milano 1984, con *Prefazione* di Massimo Severo Giannini, dove viene espressa la definizione sul Put medesimo riportata nel testo.

3. Per la redazione del terzo paragrafo, dedicato alla seconda stagione del Put, si è fatto soprattutto riferimento a Bartolini, Velatta, *La legislazione regionale umbra sulla pianificazione paesaggistica in teoria ed in pratica*, in questa *Rivista*, 1999, 653 ss., dei quali è anche la frase riportata tra virgolette sullo stato della situazione paesaggistica in Umbria (664).

4. Per compiere la verifica sulla natura giuridica del Pust ci si è basati sulla fondamentale ricostruzione di Morbidelli, *Piano territoriale*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 705 ss., dal quale è anche tratta la definizione

di direttiva in senso debole, ovvero quella che non ha la forza di vincolare i destinatari, i quali sono tenuti solo a tenerle presenti e non discostarsene senza un motivo plausibile (711).

5. Per la ricostruzione delle problematiche attuali riguardanti il paesaggio ed i compiti che attendono le regioni si è tenuta presente, in particolar, modo la collettanea curata da CARTEI (a cura di), *Convenzione europea del paesaggio e governo del territorio*, Bologna, 2007 ed il Numero speciale su *Codice del Paesaggio. La nuova disciplina del paesaggio: commento alla riforma del 2008*, in *Riv. giur. urb*., 2009, 12 ss. L'immaginifica descrizione di "paesaggio per strati" è di BOSCOLO, *Appunti sulla nozione giuridica di paesaggio identitario*, in *Urb. e app*., 2008, 797 ss.

Il riferimento al ruolo di province e comuni nell'individuazione dei paesaggi degradati e della vita quotidiana è contenuta nel testo dattiloscritto di MARZARO, *Paesaggio e autonomie territoriali*, presentato in occasione del convegno su "L'esperienza della pianificazione territoriale regionale: paesaggio e territorio a confronto" (Padova, 5 giugno 2009, Facoltà di Giurisprudenza).

ANTONIO BARTOLINI

II

IL PRINCIPIO DI COESIONE ALLA LUCE DELLE NORME REGIONALI UMBRE «PER IL GOVERNO DEL TERRITORIO E LA PIANIFICAZIONE»[*]

SOMMARIO: 1. *Premessa: la dimensione territoriale delle politiche di coesione.* – 2. *Dall'affermazione del principio alla ricerca di soluzioni concrete: i tentativi del legislatore umbro.* – 3. *(segue) Alcune sintetiche (e conclusive) considerazioni su una possibile lettura del P.U.S.T. in chiave di coesione*.

1. *Premessa: la dimensione territoriale delle politiche di coesione*

Il principio di coesione, nella sua articolazione in termini sia di coesione economica che di coesione sociale, trova nel territorio e nelle sue dinamiche il proprio ambito privilegiato di attuazione. L'immediatezza di una simile relazione, del resto, si coglie già ad una prima lettura delle disposizioni del Trattato, laddove, l'art. 158, in apertura del titolo XVII, dedicato, per l'appunto, alla coesione economica e sociale, individua nello «sviluppo armonioso dell'intera collettività» e nella riduzione del divario fra i livelli di sviluppo delle varie regioni, l'obiettivo cui indirizzare le politiche comunitarie ispirate a tale principio. Del resto, lo stesso impianto dei Fondi Strutturali [(1)], braccio operativo delle politiche

---

[*] Il testo rappresenta la rielaborazone dell'intervento al Convegno "Le Politiche Comunitarie di Coesione Economica e sociale. Aspetti Giuridici dell'Evoluzione degli Obiettivi dell'Architettura Istituzionale dei Profili Attuativi e delle Modalità di Finanziamento, in una Logica di Multi-Level Governance per il periodo 2004-2013", Roma, 17 settembre 2009.

[(1)] L'impianto dei Fondi Strutturali europei e le dinamiche che ad esso attengono può essere compreso nelle sue componenti normative essenziali attraverso i canali tematici dei siti internet istituzionali ad esso specificamente dedicati, cui sì è fatto

comunitarie (anche) di coesione [2], si concretizza – e a sua volta trova la sua ragion d'essere – in una serie di azioni che favoriscano la riduzione delle differenze strutturali esistenti tra le regioni dell'Unione, lo sviluppo equilibrato del territorio comunitario e la promozione di un'effettiva parità di opportunità tra le persone.

Il concetto di coesione, in estrema sintesi, non può essere concepito esclusivamente in base a parametri economici e sociali, senza alcun inserimento in una specifica dimensione territoriale [3]. È questo, allora, il senso primigenio dell'accostamento, fra gli «obiettivi dell'Unione» [4], della coesione territoriale alla coesione economica e sociale, compiuto all'art. I – 3 del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa (la c.d. Costituzione europea), esplicitando così e completando il quadro entro cui articolare quelle stesse azioni già indicate all'art. 159 del Trattato C.E. e, di nuovo, inserite negli articoli III – 220 e III- 221 della Costituzione europea.

La dimensione territoriale della coesione se, da un lato, ne integra e rafforza il profilo economico e sociale, dall'altro, assume una sua peculiare connotazione, ponendosi in una prospettiva più ampia. Si legge infatti nel «Libro verde sulla coesione territoriale», che il «concetto di coesione territoriale getta dei ponti fra efficienza economica, coesione sociale ed equilibrio ecologico, ponendo lo sviluppo sostenibile al centro

---

riferimento come momento iniziale anche nello studio che ha condotto alla stesura di queste brevi note. Su tali aspetti, si rinvia a *http://ec.europa.eu/regional_policy/index_it.htmste*. Per una disamina complessiva delle politiche di coesione, si veda il quadro tracciato da Claroni, *Politiche di coesione*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da Cassese, V, Milano, 2006, 4345 ss.

[2] Sulla correlazione fra fondi strutturali e politiche di coesione, si veda Predieri (a cura di), *Fondi strutturali e coesione economica e sociale nell'Unione Europea*, Milano, 1996 e, più nello specifico, Id., *Europeità dei fondi strutturali*, *ibidem*, 46 ss.

[3] Sul punto, si veda la Relazione del Parlamento Europeo «sul Libro verde sulla coesione territoriale e lo stato della discussione sulla futura riforma della politica di coesione » (2008/2174 (INI)), del 20.02.2009, considerando B, in cui si afferma espressamente che «il concetto di coesione territoriale è implicito nella politica di coesione sin dagli albori di tale politica ed è alla base del suo sviluppo», essendo stato reso solo «più esplicito ed evidente» dal Trattato di Lisbona e dal Libro Verde. Pur facendosi riferimento al Libro verde *infra* nel testo, occorre fin da adesso precisare che con tale espressione si richiama, sinteticamente, il "Libro verde sulla coesione territoriale. Fare della diversità territoriale un punto di forza", Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato delle Regioni e al Comitato economico sociale europeo, del 6.10.2008 (COM (2008) 0616). Entrambi i documenti citati sono consultabili al sito *www.europa.eu.*, nella sezione dedicata alla "politica regionale – Inforegio".

[4] Il successivo art. I -14 al comma 2, lett. c) indica la "coesione economica, sociale e territoriale" fra i "principali settori" in cui l'Unione ha una competenza concorrente con quella degli Stati membri.

dell'elaborazione politica». La coesione territoriale impone una visione complessiva del territorio e delle sue articolazioni, ponendosi come elemento di equilibrio e di possibile convergenza fra le diverse – se non contrapposte – esigenze di crescita (economica e sociale), conservazione e valorizzazione dell'esistente e delle sue diversità, rileggendone, dunque, le diverse componenti in chiave di sostenibilità.

Pur non essendo questa la sede per ripercorrere e sviluppare la coesione nelle diverse accezioni sin qui evidenziate, occorre - anche allo scopo di individuare il senso delle brevi riflessioni che si intende proporre - focalizzare l'attenzione su due specifici aspetti. La codificazione del principio di coesione territoriale, infatti, se, da un lato, esplicita la consapevolezza della stretta e necessaria incidenza sul territorio delle politiche di coesione economica e sociale, dall'altro, fa emergere la difficoltà di individuare le forme e gli strumenti in grado di renderlo effettivo nelle sue peculiarità.

La coesione territoriale, dunque, se intesa non solo quale aspetto di completamento e rafforzamento di quella economica e sociale, si presenta come un concetto ancora da esplorare [(5)] e che pone questioni nuove, chiamando al dibattito interlocutori sia nazionali che comunitari [(6)]. Emerge, in sintesi, un'esigenza di concretezza e di azioni che consentano di superare la mera petizione del principio per tradursi in una gamma di possibili soluzioni pratiche, a livello politico, legislativo ed amministrativo.

[(5)] La Commissione, infatti, con il Libro verde ha avviato un dibattito aperto "a tutte le parti interessate" sulle principali tematiche in esso affrontate, assegnando come termine finale per la trasmissione delle risposte e delle eventuali osservazioni supplementari il 28 febbraio 2009. Fra i diversi interventi, anche ai fini della prospettiva di indagine prescelta nel presente contributo, può essere ricordata la posizione espressa dalla Regioni e dalle province autonome, riferita nel documento elaborato dalla Conferenza delle Regioni e delle province autonome il 26.02.2009, in cui si legge che «le Regioni e P.A. ritengono fondamentale che venga assunta una prospettiva di lettura complessa che consenta sia di programmare la politica di coesione, considerando gli aspetti territoriali come fondamento delle politiche di sviluppo, sia di valutare gli effetti territoriali delle politiche settoriali rispetto agli obiettivi strategici ed incrementare la competitività del sistema territoriale, in cui la dimensione spaziale della coesione economica e sociale diventa elemento fondamentale dell'insieme delle politiche di coesione. In tal senso si ritiene fondamentale mettere in valore le diversità e la ricchezza territoriale come patrimonio delle Regioni e delle città europee.»

[(6)] Per una disamina sul ruolo del partenariato fra i diversi soggetti istituzionali ai fini della pratica attuazione delle politiche di coesione correlate ai fondi si veda Scettri, *La riforma dei fondi strutturali ed il partenerariato. Alcuni cenni all'esperienza italiana in corso*, in *Rassegna italiana di valutazione*, a. IX, 32/2005, 155 ss.

2. *Dall'affermazione del principio alla ricerca di soluzioni concrete: i tentativi del legislatore umbro*

Nello spazio che separa l'affermazione del principio [7] e la sua effettiva realizzazione si collocano una pluralità di possibili azioni e protagonisti. Le considerazioni che seguono, in particolare, fotografano il tentativo compiuto a livello di legislazione regionale di veicolare nelle politiche di governo del territorio e, in particolare, negli strumenti di pianificazione, gli obiettivi di efficienza economica, coesione sociale e sostenibilità in precedenza richiamati. Nello specifico, l'occasione per tale riflessione nasce dalla recente approvazione della legge della Regione Umbria, n. 13 del 26 giugno 2009, n. 13 recante «Norme per il governo del territorio e la pianificazione e per il rilancio dell'economia attraverso la riqualificazione del patrimonio edilizio esistente», con la quale il legislatore umbro ha, da un lato, ridefinito gli strumenti della pianificazione, anche in attuazione dell'art. 156, comma 1 del d.lgs. 22 gennaio 2004 (il c.d. Codice Urbani) e, dall'altro ha dato attuazione al c.d. Piano casa, disciplinando con legge i contenuti dell'intesa Stato – Regioni - Enti locali siglata il 31 marzo 2009.

Nel complesso delle norme che compongono la richiamata legge regionale, l'attenzione si incentra sull'esame del Piano Urbanistico Strategico Territoriale (di seguito indicato con l'acronimo P.U.S.T.), definito (art. 6, comma 3, lett. a) uno strumento di pianificazione «di livello e scala regionale, di dimensione strategica e programmatica» e collocato espressamente dal legislatore in una posizione di vertice, quale «strumento generale della pianificazione territoriale regionale».

Diversi sono gli elementi alla base della scelta di trarre spunto dal P.U.S.T. quale momento di riflessione per una possibile convergenza, a livello di strumenti di pianificazione, fra «governo del territorio» e coesione economica, sociale e territoriale. L'aspetto di maggiore evidenza – salvo poi tornare su alcuni specifici punti – sta nella sua configurazione quale piano di

---

[7] Si vedano, in proposito, le osservazioni critiche contenute nella Relazione del Parlamento sul Libro Verde sulla coesione in cui si rileva come "il Libro verde manchi di ambizione, in quanto omette di proporre una definizione chiara di coesione territoriale o di indicare obiettivi al riguardo e non aumenta in misura significativa la comprensione di questo nuovo concetto, di modo che esso possa contribuire efficacemente ad attenuare le disparità socio-economiche fra le regioni; rileva (il Parlamento, *n.d.r.*) inoltre con rammarico che il Libro verde non spiega in che modo la coesione territoriale sarà integrata nel quadro esistente della politica di coesione o attraverso quali strumenti metodologici o quali risorse cesserà di essere un quadro di principi per trasformarsi in un meccanismo operativo da applicare sul campo nel corso del prossimo periodo di programmazione".

sviluppo, nel quale vengono tracciate le linee per la «costruzione della visione strategica ed integrata del territorio regionale», considerando, da un lato, le specifiche «potenzialità paesaggistico – ambientali e territoriali», dall'altro «i riferimenti programmatici comunitari, nazionali e regionali» [8].

Il P.U.S.T., insomma, sembrerebbe porre le basi per una politica regionale improntata ai canoni della coesione e della sostenibilità, secondo una logica di bilanciamento fra le esigenze di sviluppo e competitività da un lato e di conservazione e valorizzazione delle risorse esistenti, dall'altro.

L'uso del condizionale, invero, è d'obbligo; ad imporlo, infatti, vi è non solo la novità del dato legislativo e l'incertezza, anche sul fronte transnazionale, nell'attribuzione di contenuti concreti alla coesione nella sua dimensione territoriale. A fare da sfondo a queste sintetiche riflessioni stanno anche, fondamentalmente, la pregressa incapacità di valorizzare strumenti di pianificazione simili e già conosciuti nell'esperienza legislativa regionale [9], in uno con le difficoltà, spesso di natura pratica e burocratica, legate alla concreta ricaduta sul territorio dei programmi e delle politiche comunitarie di coesione.

Al tempo stesso, però, la crescente attenzione comunitaria alle dinamiche della coesione economica, sociale e territoriale e, soprattutto, la volontà chiara di individuare soluzioni pratiche e concrete, coinvolgendo il più ampio numero di interlocutori, potrebbero condurre ad una consequenziale valorizzazione anche di tali strumenti, in uno con la realizzazione di quegli obiettivi cui essi sono correlati.

Rimanendo, dunque, su un piano strettamente previsionale e programmatico, possono tracciarsi brevemente i tratti caratterizzanti il P.U.S.T., considerandolo nel più ampio quadro della pianificazione regionale e nel contesto di un disegno complessivo di (ri)organizzazione della disciplina del «governo del territorio».

Secondo quanto in precedenza anticipato, la scelta del legislatore umbro segue un percorso già avviato all'indomani della legge n. 40 del 3 giugno 1975, allorché, in attuazione dell'allora vigente previsione statutaria, venne disciplinato il primo Piano Urbanistico territoriale [10] (di seguito indicato con l'acronimo P.U.T.), chiamato a porre una serie di

---

[8] Così, espressamente, art. 11, l. reg. n.13/2009 (Contenuti del Piano Urbanistico Strategico Territoriale).

[9] Si tratta di una notazione critica tratta da BARTOLINI, *Linee evolutive della pianificazione regionale di area vasta in Umbria*, in questa *Rivista*, *supra,* nella quale sono ripercorse e valutate le diverse tappe compiute dal legislatore umbro nella definizione degli strumenti di pianificazione di area vasta, a partire dal primo Piano Urbanistico Territoriale del 1983 fino alla più attuale esperienza del P.U.T.

[10] Sul primo P.U.T si veda AMOROSINO (a cura di), *Il Piano territoriale regionale dell'Umbria*, Milano, 1984.

direttive «per l'ordinato sviluppo degli insediamenti umani e produttivi e delle infrastrutture sociali» [11]. Vanificando gli intendimenti statutari, però, il Piano approvato con la l. reg. 27 dicembre 1983, n. 52 poneva in posizione recessiva la funzione di programmazione economica, dedicando invece spazi maggiori a prescrizioni di tutela del paesaggio e dei beni ambientali, storici e culturali e al coordinamento infrastrutturale della regione [12].

Una maggiore vocazione strategica, invece, caratterizzava il P.U.T. approvato con la l. reg. 24 marzo 2000, n. 27 [13]. Il rinnovamento dello strumento di pianificazione, più nello specifico, trovava le proprie radici nell'esigenza di garantire il più ampio «diritto della popolazione attuale e delle generazioni future dell'Umbria ad avere un ambiente integro e vivibile» (art. 1, comma 2), in una dimensione di sostenibilità nella quale al P.U.T. sarebbe stato affidato il compito di indicare le «modalità dello sviluppo sostenibile» (art. 1, comma 3), rimettendo invece al Piano Regionale per lo Sviluppo la definizione del «quadro delle azioni necessarie per raggiungere l'obiettivo dello sviluppo sostenibile».

Difficile, realisticamente, saggiare, ora per allora, la reale capacità dei principi evocati [14] di porsi come vincolanti nella disciplina del P.U.T. e, di conseguenza, la concreta possibilità per quello strumento di pianificazione di fungere da veicolo per l'effettiva realizzazione degli obiettivi fissati. Vero è, in ogni modo, che il P.U.T., così come disegnato dal legislatore del 2000, si è, di fatto, rivelato uno strumento di pianificazione di poca efficacia, nonostante – per quanto riguarda la prospettiva di studio prescelta – contenesse un rinvio specifico ai riferimenti programmatici comunitari (art. 2).

Il P.U.T., per l'appunto, avrebbe dovuto assumere come riferimenti programmatici «gli atti di indirizzo adottati dalla Commissione, dal Consiglio e dal Parlamento dell'Unione Europea, con particolare riferimento

---

[11] Il riferimento testuale è all'art. 17, comma 3 dello Statuto della Regione Umbria (l. reg. 22 maggio 1971, n. 344).

[12] In ordine a questa fase della pianificazione umbra si veda MIGLIORINI (a cura di), *Urbanistica, edilizia ed ambiente nell'ordinamento della Regione dell' Umbria*, Padova, 1988.

[13] Sulle peculiarità di questo strumento di pianificazione, si veda l'attenta ricostruzione compiuta da BARTOLINI, VELATTA, *La legislazione regionale umbra sulla pianificazione paesaggistica in teoria ed in pratica*, in questa *Rivista*, 1999, 653 ss.

[14] Incertezze, del resto, giustificate dal fatto che il legislatore italiano, solo nel 2008, con il d.lgs. 16 gennaio 2008, n. 4 intervenendo sul *corpus* originario del Codice dell'Ambiente ha codificato i "principi generali in tema di tutela dell'ambiente" (art. 3 *bis*, d.lgs. n. 152/2006), fra cui, all'art. 3 *quater* anche il "principio dello sviluppo sostenibile".

a quello denominato "Europa 2000" approvato dalla Commissione Europea e pubblicato nell'anno 1995» (art. 2, comma 1). La Regione, inoltre, attraverso il P.U.T. avrebbe dovuto promuovere ed attuare le iniziative necessarie affinché «il territorio, le attività imprenditoriali e il patrimonio insediativo» divenissero «coerenti con le opzioni programmatiche contenute nello Schema di Sviluppo dello Spazio Europeo (S.S.S.E.)». L'idea, dunque, era quella di uno strumento di pianificazione che si facesse veicolo di coesione e, nello specifico, degli obiettivi di coesione territoriale fissati a livello comunitario, stante per l'appunto i richiami sia ad «Europa 2000» sia allo «Schema di Sviluppo dello Spazio Europeo (S.S.S.E.)». Sul punto – sia consentita l'estrema sintesi – occorre ricordare che con «Europa 2000» [15] si individua il documento contenente una serie di principi e di orientamenti guida per una politica comunitaria territoriale volta alla correzione degli squilibri territoriali fra le varie regioni della Comunità, mentre lo S.S.S.E. [16] costituisce un quadro

---

[15] Nel 1991, la Direzione generale per le Politiche Regionali approvava il documento "Europa 2000", "Prospettive per lo sviluppo del territorio comunitario" (Comunicazione della Commissione Europea, Dg XVI [COM (90) 544]), quale strumento di discussione per favorire l'armonizzazione delle politiche di sviluppo territoriale adottate dai singoli Stati Membri e la cooperazione transfrontaliera. Il rapporto – sinteticamente – conteneva una serie di principi e di orientamenti guida per una politica territoriale comunitaria volta alla correzione degli squilibri (territoriali) fra le diverse regioni della Comunità, assumendo quale premessa fondante la relazione fra crescita economica dell'Europa e uso del suo territorio. Ad "Europa 2000", nel 1994, ha fatto seguito "Europa 2000 +", (Commissione Europea, Dg XVI [COM(94)354]. Il rapporto, recependo i contenuti del Trattato di Maastricht e del c.d. "Libro bianco Delors" su "crescita, competitività, occupazione", poneva la coesione economica e sociale tra i Paesi membri, lo sviluppo delle reti transeuropee di trasporto e telecomunicazioni e la protezione dell'ambiente quali obiettivi comunitari relativi alla sfera territoriale, concentrandosi, nello specifico, su profili strettamente attinenti la pianificazione territoriale. L'analisi di "Europa 2000 +", infatti, poneva l'accento sul «crescente consenso sulla necessità di una pianificazione territoriale a livello europeo fra gli Stati membri» e sull'esigenza di un'azione comune di programmazione del territorio fondata su una «struttura reciprocamente concordata alla quale possano fare riferimento i responsabili della pianificazione territoriale a livello nazionale, regionale o locale".

[16] Nell'incontro di Potsdam del 10 e 11 maggio1999, il Consiglio informale dei Ministri responsabili per il territorio ha approvato lo Schema di Sviluppo dello Spazio Europeo, "Verso uno sviluppo equilibrato e durevole del territorio dell'Unione europea", finalizzato a costituire uno strumento di orientamento per le politiche della Comunità e degli Stati membri aventi un impatto sul territorio "nonché per gli enti regionali e locali che devono contribuire ad uno sviluppo equilibrato e duraturo del territorio europeo". Lo S.S.S.E. si fonda su tre principi guida: lo sviluppo di un sistema urbano equilibrato e policentrico e un nuovo rapporto tra aree urbane e rurali, la garanzia di parità di accesso alle strutture formative e infine lo sviluppo

di orientamento politico finalizzato a migliorare la cooperazione tra le politiche comunitarie settoriali che abbiano un impatto significativo sul territorio.

L'insuccesso del P.U.T., probabilmente, può essere interpretato quale riflesso delle incertezze allora (e forse tuttora) esistenti sulle effettive capacità degli strumenti di pianificazione di sintetizzare gli obiettivi di coesione, sostenibilità e competitività fissati dalla S.S.S.E. e, più nello specifico, delle difficoltà di tradurre in misure concrete e operative siffatte finalità.

Tralasciando, in ogni modo, l'analisi del P.U.T. nelle sue specifiche componenti, così come ogni considerazione sui possibili profili di criticità insiti nella sua disciplina [17], occorre invece focalizzare l'attenzione sul significato, complessivo, del percorso intrapreso dal legislatore regionale, per poi passarne ad analizzare la tappa successiva - e finale, ai fini di queste sintetiche riflessioni - cioè la codificazione del P.U.S.T.

Da un'analisi complessiva degli strumenti di pianificazione, sembra emergere un dato di fondo che assurge a premessa costante nella attività pianificatoria compiuta a diversi livelli e con differente efficacia.

La disciplina del governo del territorio, per la complessa articolazione delle dinamiche e dei fattori che lo compongono, esige ormai un approccio integrato, fondato su una visione strategica che sia capace, da un lato, di indirizzare e promuovere la crescita economica e la rimozione delle disuguaglianze sociali, dall'altro, di valorizzare e preservare le risorse esistenti, in una logica di sintesi espressa, con sempre maggiore frequenza, in termini di sostenibilità [18]. In questo contesto, allora, siffatta visione deve ispirare, con una sorta di effetto a cascata, dapprima quegli

---

sostenibile, la gestione intelligente e la conservazione della natura e del patrimonio culturale. Obiettivo dello S.S.S.E. è quello di costituire un quadro di orientamento non solo per le politiche comunitarie incidenti sul territorio ma anche per quelle degli Stati membri, delle Regioni e degli Enti locali, per una strategia unitaria di assetto e di governo del territorio europeo. Sullo S.S.S.E. si veda AMOROSINO, *Gli indirizzi dell'Unione europea per l'organizzazione del territorio comune e le funzioni statale e regionali locali*, in PREDIERI, MORISI (a cura di), *L'Europa delle reti*, Torino, 2001, 255 ss. Per questi aspetti, nel contesto di una più ampia disamina sul ruolo della Comunità Europea nel governo del territorio, si veda CHITI, *Il ruolo della Comunità Europea nel governo del territorio*, in CIVITARESE MATTEUCCI, FERRARI, URBANI (a cura di), *Il Governo del Territorio*, Pubblicazioni dell'Associazione Italiana di Diritto Urbanistico, 7, Milano, 2003, in particolare 169 ss.

[17] Per una attenta disamina del P.U.T., anche con riferimento al sistema delle fonti regionali, si rinvia al contributo di BARTOLINI, *Linee evolutive*, cit.

[18] Il senso di questa sintesi ben può essere compreso se si guarda alla connotazione oggi assunta dal principio dello sviluppo sostenibile, anche alla luce dell'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 152/2006, che ne estende la portata applicativa all'intera attività

strumenti che costituiscano il quadro generale per la programmazione e per la pianificazione [19], per poi tradursi in azioni concrete, "localizzate" nella fase più propriamente attuativa [20]. In definitiva, questa opera di sintesi, pena la sua permanenza ad una mera affermazione di principio, deve manifestarsi in azioni concrete, sì da poter rendere effettivo questo nuovo modo di atteggiarsi del "governo del territorio".

---

amministrativa discrezionale. Una simile scelta codificatoria, infatti, fa sì che il suddetto principio travalichi il limite disciplinare del diritto dell'ambiente, divenendo principio generale dell'attività amministrativa. In questo senso, allora, assume un significato giuridicamente rilevante il richiamo più volte compiuto dalla legge umbra in esame alla sostenibilità quale momento capace di unificare le diverse esigenze correlate alla disciplina pianificatoria espressa con il P.U.T. e quella individuata con il P.P.R. Nell'interpretazione del dato normativo in termini di sostenibilità, si è inteso far riferimento alle tesi di Fracchia, *Diritti delle generazioni future e sviluppo sostenibile*, relazione al Convegno "*Cittadinanza e diritti delle generazioni future*", Copanello (Cz), 3- 4 luglio 2009.

[19] Sul punto, a titolo esemplificativo, può essere compiuto un ulteriore richiamo alla legislazione regionale umbra e, in particolare, alla disciplina del Piano Regolatore Generale così come introdotta dalla legge 22 febbraio 2005, n. 11 (Pubblicata nel *B.U.R.* Umbria 9 marzo 2005, n. 11, suppl. ord. n. 1.) ed alla scelta di articolarne i contenuti fra una Parte strutturale ed una parte operativa. Si tratta, infatti, di un'opzione legislativa che, sul fronte più stretto delle tecniche di pianificazione, ricalca la volontà di differenziare il momento strategico da quello più propriamente attuativo, secondo un modello di pianificazione differenziato ed una visione multilivello del territorio su cui si intenda operare. Su questa diversa dimensione della pianificazione e sulla sua portata nel più ampio contesto delle politiche urbanistiche si veda Urbani, *Territorio e poteri emergenti. Le politiche di sviluppo tra urbanistica e mercato*, Torino, 2007, 112 ss.; Bartolini, *Questioni problematiche sull'efficacia giuridica della pianificazione strutturale ed operativa*, in *Riv. giur. edil*., 2007, 262. Per una disamina dei rapporti fra pianificazione territoriale ed urbanistica, si veda G. Morbidelli, *Pianificazione territoriale ed urbanistica*, in *Enc. giur*. *Treccani*, XXIII, Roma, 1990. Sulla relazione fra ambiente e pianificazione si veda Portaluri, Brocca, *L'ambiente e la pianificazione*, in *Ambiente, attività amministrativa e codificazione,* Pubblicazioni dell'Associazione Italiana Diritto Urbanistico, Milano, 2006, 369.

[20] In proposito, sempre a titolo esemplificativo, può essere richiamata l'esperienza della Regione Toscana e del Piano Integrato di Sviluppo Urbano Sostenibile (di seguito, P.I.U.S.S.), che costituisce un insieme coordinato di interventi, pubblici e privati, per la realizzazione di obiettivi di sviluppo socio-economico, attraverso il miglioramento della qualità urbana ed ambientale e una razionale utilizzazione dello spazio urbano. Il P.I.U.S.S., in particolare, rappresenta lo strumento di attuazione dell'Asse V del POR CreO 2007-2013 e si basa su un approccio integrato ed intersettoriale di diversi tipi di operazioni. Il progetto in questione prevede l'attuazione di una pianificazione complessa urbana, come strumento di sviluppo economico locale e di rigenerazione urbana, che opera prevalentemente mediante interventi di recupero, riqualificazione, riconversione e valorizzazione del patrimonio urbano esistente. Può essere presentato da un Comune del territorio regionale con popolazione residente superiore a 20.000 abitanti e deve interessare ambiti definiti, circoscritti

Da queste premesse, allora, dovrebbe ripartirsi nell'esame del P.U.S.T.

Con la legge n. 13 del 29 giugno 2009, la Regione Umbria ha inteso compiere una operazione di riordino e coordinamento dei diversi strumenti di pianificazione, nel contesto più ampio di una normativa volta a disciplinare le «funzioni di governo del territorio», definite come il «complesso coordinato, organico e sinergico delle attività conoscitive, regolative, valutative, attuative, di vigilanza e controllo, nonché di programmazione, anche della spesa, riguardanti gli interventi di tutela, valorizzazione ed uso del territorio ai fini dello sviluppo sostenibile» (art. 2).

Già da questa prima enunciazione, come anticipato, emerge una nuova concezione - integrata e strategica - del territorio e delle sue componenti, in cui l'esercizio delle funzioni amministrative ad esso correlate appare finalizzata ad un obiettivo, complessivo, di sostenibilità. Governare il territorio, (anche) attraverso gli strumenti pianificatori che si andranno a disciplinare, significa considerarne, contestualmente, tanto gli aspetti strettamente inerenti l'allocazione spazio – temporale degli interventi dell'uomo quanto profili più strettamente legati ad esigenze di conservazione e tutela delle risorse esistenti.

L'idea di fondo, dunque, è quella di una sintesi fra esigenze (tendenzialmente contrapposte) di trasformazione, valorizzazione e conservazione del territorio e delle sue risorse. Ed una siffatta sintesi, superando il livello della affermazione dei principi, viene ad essere realizzata, innanzitutto, sul fronte pianificatorio, ponendo al vertice il P.U.S.T. - quale «strumento generale della programmazione territoriale regionale» - nonché, in posizione pariordinata e parallela, il Piano Paesaggistico Regionale (di seguito, indicato con l'acronimo P.P.R.), «strumento unico di pianificazione paesaggistica del territorio regionale», finalizzato a «governare le trasformazioni del territorio al fine di mantenere i caratteri identitari peculiari del paesaggio umbro perseguendo obiettivi di qualità paesaggistica» [(21)].

---

ed omogenei di una città dove possa essere garantita la contiguità spaziale e la connessione funzionale degli interventi. L'ambito spaziale è quello di dimensione sub-comunale, caratterizzato da particolari specifiche criticità sociali, ambientali, economiche e territoriali. Tendenzialmente, l'ambito di intervento di un P.I.U.S.S. coincide con i Piani Attuativi presenti nei Piani Strutturali comunali approvati e deve essere coerente con gli strumenti urbanistici Comunali, Provinciali (Piani Territoriali di Coordinamento) e Regionali (Progetti Integrati Territoriali).

[(21)] Emerge, dunque, anche attraverso questa specifica connotazione del P.P.R. un'idea di "paesaggio" quale "forma del territorio dell'ambiente", secondo quella connotazione da tempo attribuitagli da autorevole dottrina - Predieri, *Paesaggio*

Il «governo del territorio», dunque, in questa sua rinnovata accezione esige una azione integrata fra funzioni più strettamente di "governo" e funzioni invece improntate alla "tutela" [22], fra loro coordinate in chiave di sostenibilità. Questa relazione, allora, fa sì che il P.U.S.T. detti le linee programmatiche e di sviluppo del territorio «in correlazione» con quanto espresso dal P.P.R. in termini di salvaguardia, conservazione e valorizzazione dei beni paesaggistici e ambientali, per costituire, sia consentita ancora la ripetizione, il "quadro sistematico di governo del territorio regionale" (art. 6, comma 4). Leggendo, dunque, fra le righe di tale correlazione, è necessario che le linee programmatiche espresse nel P.U.S.T. siano, utilizzando un'espressione del legislatore regionale, «paesaggisticamente sostenibili».

(voce), in *Enc. dir*., XXI, Milano, 1981, 503 – e ripresa anche dalla giurisprudenza costituzionale (si veda Corte cost., 24 giugno 2004, n. 196). Sulla relazione fra paesaggio, ambiente e beni culturali attraverso la lettura delle norme costituzionali, si veda Cecchetti, *Ambiente, paesaggio e beni culturali*, in Corso, Lopilato (a cura di), *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, parte speciale, Vol. I, Milano, 2006, 307 ss.

[22] Per questa efficace differenziazione dell'aspetto della "tutela" da quello del "governo" il richiamo è alla lettura del testo costituzionale dell'art. 117 compiuta da Fracchia, in *Governo del Territorio e ambiente*, in Civitarese Matteucci, Ferrari, Urbani (a cura di), *Il Governo del Territorio*, cit., 242. Vero è che siffatta distinzione, nel contesto del contributo richiamato, è riferita più propriamente al rapporto del "governo del territorio" con la "tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali", quali materie indicate dall'art. 117 Cost., nel fissare i criteri di riparto della potestà legislativa fra Stato e Regioni. La scelta di riprodurre un simile criterio di lettura anche per la definizione del rapporto fra P.U.S.T. e P.P.R. è funzionale non solo al chiarimento dei possibili ambiti di incidenza dei due strumenti di pianificazione, ma anche ad attribuire un contenuto giuridico preciso al frequente richiamo compiuto nella l. reg. n. 13/2009 alla sostenibilità come momento di composizione dei diversi interessi correlati al P.U.S.T. ed al P.P.R. Una simile chiave di lettura della sostenibilità quale bilanciamento e compensazione fra le contrapposte spinte legate alle logiche di sviluppo e di conservazione, la si ritrova, infatti, anche nel citato contributo (cfr. Fracchia, *op. supra cit*., 266) laddove, fra l'altro, fra gli strumenti di governo degli usi del territorio funzionali ad evitare eventuali "tensioni irrimediabili" fra conservazione e sviluppo si individuano anche i Piani territoriali di Coordinamento Provinciale. Pur non essendosi fatto ad esso espresso riferimento nel testo, occorre, in proposito ricordare che la l. reg. n. 13/2009 disciplina anche il Piano Territoriale di coordinamento provinciale, (di seguito, P.T.C.P.) qualificandolo «strumento della pianificazione territoriale, urbanistica e paesaggistica di area vasta del territorio regionale, di dimensione strategica, programmatica e regolativa» (cfr. art. 6, comma 3, lett. c). Nel P.T.C.P. la dimensione strategica e programmatica, si esprime attraverso «la definizione, in coerenza con i contenuti espressi dal P.U.S.T. ed in recepimento del P.P.R., di una visione del proprio territorio per la programmazione di settore provinciale e per i contenuti della pianificazione urbanistica dei comuni» (così, testualmente, art. 25, comma 2 l.reg. cit.).

3. *(segue) Alcune sintetiche (e conclusive) considerazioni su una possibile lettura del P.U.S.T. in chiave di coesione*

Queste brevi considerazioni in merito al quadro sistematico in cui si inserisce il P.U.S.T. divengono funzionali rispetto alla chiarificazione degli intendimenti iniziali del presente contributo, riguardo cioè ad una possibile lettura del Piano Urbanistico Strategico Territoriale quale strumento di coesione, soprattutto se considerata nella sua accezione di coesione territoriale.

La compresenza e la pari ordinazione fra P.U.S.T. e P.P.R. lascia intendere, almeno ad una prima lettura, una scelta di separazione fra i profili più strettamente inerenti agli aspetti economico – sociali correlati alla disciplina ed al governo del territorio e quelli, invece, spostati sul fronte della tutela e della salvaguardia delle risorse correlate al paesaggio. Il paesaggio, di fatto, funge da limite per la programmazione e non si integra nelle dinamiche della programmazione. In definitiva, tornando ai temi che qui ci occupano, siamo di fronte a strumenti che consentono sì di veicolare sul territorio le politiche di coesione economica e sociale ma senza porsi quale espressione e concretizzazione di una diversa, seppur correlata, idea di coesione territoriale.

Nonostante le premesse compiute a livello di affermazione di principi, le scelte consequenziali, sul fronte della pianificazione, appaiono ancora lontane da quell'obiettivo di equilibrio in chiave di sostenibilità professato dal legislatore regionale. La normativa regionale, infatti, non esplicita, al di là di meri richiami ad esigenze di raccordo fra i due strumenti pianificatori, in che modo il P.P.R. vincoli il P.U.S.T. nei suoi contenuti e, parimenti, come i contenuti del P.U.S.T. possano interagire con quelli del P.P.R. Di più. Siffatto rapporto sembra tradursi in una sostanziale prevalenza del Piano Paesaggistico Regionale, laddove l'art. 19 l.reg. n. 13/2009, nel disciplinarne (fra l'altro) l'efficacia, stabilisce che le previsioni in esso contenute non sono derogabili "da parte di piani, programmi e progetti nazionali e regionali di sviluppo economico" (art. 19, comma 1, lett. a)".

Pur con questi profili di criticità – che, invero, solo l'esperienza pratica sarà in grado di smentire o confermare – occorre, in ogni modo, concentrare l'attenzione su quegli aspetti che possano comunque condurre ad una lettura del P.U.S.T. correlata ai temi della coesione.

Il P.U.S.T., come dinanzi ricordato, per espressa definizione normativa, è uno strumento di "dimensione strategica e programmatica" (art. 6, comma 3, lett. a), caratterizzato cioè dalla "definizione di obiettivi, scelte e decisioni di medio e lungo termine, in una prospettiva di sviluppo socio – territoriale" (art. 5, comma 1, lett. a). Manca, dunque, della dimensione regolativa, escludendosi, pertanto, una sua possibile

incidenza conformativa sul territorio e sulla proprietà. Tale dimensione, al contrario, caratterizza non solo il P.P.R. ma anche il Piano territoriale di coordinamento provinciale (P.T.C.P.) ed il Piano Regolatore Generale (P.R.G.) [23].

Siamo quindi di fronte ad uno strumento cui, da un lato, è affidato un ruolo di vertice della pianificazione ma che, dall'altro, parrebbe essere caratterizzato da una intrinseca debolezza quanto alla sua concreta capacità di direzionare la pianificazione di livello inferiore [24].

Vero è che la reale incidenza sul territorio del piano programmatico disegnato dal P.U.S.T. passa attraverso la capacità di costruirne i contenuti veicolando ai singoli obiettivi strategici le risorse necessarie alla loro attuazione.

Il P.U.S.T., fra l'altro, nasce ispirato da una logica di razionalizzazione delle risorse e di (consequenziale) maggiore efficacia degli interventi, nell'intento di costruire un disegno sistematico in cui ricomprendere le diverse iniziative di sviluppo territoriale. L'art. 11, infatti, nel definire i contenuti del Piano Urbanistico Strategico Territoriale, impone, innanzitutto, di individuare dei "temi settoriali di riferimento", da cui partire per definire la "visione strategica ed integrata del territorio regionale"; una volta fissati, nell'ambito di queste macro – aree tematiche, dovranno poi essere esplicitati gli obiettivi da raggiungere e le linee strategiche di sviluppo, intorno alle quali dovranno articolarsi i programmi ed i progetti di territorio.

Sul piano concreto, giacché questi «temi settoriali di riferimento» devono essere definiti tenendo conto «dei riferimenti programmatici comunitari, nazionali e regionali», il P.U.S.T. potrà inserirsi nel sistema della programmazione economica europea, realisticamente, per il periodo successivo a quello attualmente in corso (2007-2013). Rimane, è vero, la difficoltà di ancorare ad uno strumento di pianificazione di scala regionale l'attuazione di misure che la pratica ha dimostrato necessitare di procedimenti amministrativi più snelli e semplificati rispetto a quelli ad oggi vigenti. Mancano, inoltre, indicazioni concrete attraverso cui compiere l'auspicato raccordo fra la programmazione comunitaria

---

[23] A norma dell'art. 6, comma 2, lett. c) il P.R.G. è "strumento di scala e livello comunale, articolato in: Documento Programmatico, di dimensione strategico e programmatica, P.R.G. parte strutturale, di dimensione strategica, programmatica e regolativa, e P.R.G. parte operativa, di dimensione regolativa, ai sensi della l.reg. 22 febbraio 2005, n. 11 (Norme in materia di governo del territorio: pianificazione urbanistica comunale)".

[24] Siffatta debolezza è stata correlata da BARTOLINI, *Linee evolutive*, cit., alla natura del P.U.T. quale mero piano di direttive in senso debole, dalle quali, in sostanza, gli enti territoriali minori potrebbero comunque discostarsi in maniera motivata.

e quella locale, ponendo le premesse affinché quei progetti strategici possano trovare attuazione. Sullo sfondo, infatti, vi è il rischio di una riduzione del P.U.S.T. ad una mera enunciazione di obiettivi e principi che siano di tendenziale orientamento per gli strumenti pianificatori a livello provinciale e comunale senza però offrire misure concrete per la loro traduzione in interventi sul campo. In definitiva, se il quadro strategico appare piuttosto definito o, comunque, di più facile delimitazione, maggiori difficoltà si pongono per gli aspetti più strettamente operativi e strumentali.

La focalizzazione di questi profili di criticità, invero, non si risolve in un giudizio negativo all'idea del P.U.S.T. La recente approvazione della legge, in uno con le numerose questioni ad oggi aperte sul fronte della coesione territoriale - ancora, di fatto, in cerca di una sua precisa connotazione - non lo consentono, esponendo, diversamente, questa sintetica indagine ricognitiva al rischio di tradire l'intendimento iniziale, di una possibile lettura ed inserimento del riassetto della pianificazione umbra (anche) nel quadro più ampio delle politiche di coesione.

La sinergia fra l'evolversi delle vicende, tanto a livello nazionale quanto a livello comunitario, potrà allora dare conferma o smentita a quanto solo sollecitato con questi brevi spunti di riflessione.

ANNALISA GIUSTI

III

IL C.D. PIANO CASA

SOMMARIO: *Premessa.* – 1. *Finalità e ambito di applicazione.* – 2. *Interventi di ampliamento degli edifici a destinazione residenziale.* – 3. *Interventi di recupero su edifici a destinazione residenziale.* – 4. *Interventi di ampliamento di edifici a destinazione produttiva.* – 5. *Condizioni e presupposti per la realizzazione degli interventi.* – 6. *Disposizioni applicative: competenze della Giunta Comunale.* – 7. *Il certificato di agibilità degli edifici oggetto degli interventi.*

Premessa

Il Capo II del Titolo II della legge in commento è dedicato all'attuazione da parte della Regione Umbria dell'intesa raggiunta in sede di Conferenza unificata tra Stato, Regioni ed Enti Locali il 1 aprile 2009.

1. *Finalità e ambito di applicazione*

L'art. 33 della l. reg. n. 13/2009 indica le finalità perseguite dalla Regione in sede di applicazione della ricordata intesa che ha lasciato ampi spazi alla legislazione regionale, stabilendo solo alcuni indirizzi generali.

In particolare, le disposizioni dell'intero Capo II tendono al "miglioramento della funzionalità degli spazi abitativi, produttivi e pertinenziali degli edifici esistenti, in uno con il raggiungimento di più elevati livelli di sicurezza, di efficienza energetica e di qualità architettonica".

Gli edifici esistenti, ai sensi del comma 4 dell'art. 33, sono quelli definiti ai commi 1 e 3 dell'art. 22 del regolamento regionale 3 novembre 2008, n. 9 [(1)], i cui lavori siano stati ultimati alla data del 31 marzo 2009,

---

[(1)] Che detta la Disciplina di attuazione dell'art. 12, comma 1, lettere a) e d-*bis*)

circondati da strade o spazi liberi ed accatastati prima del rilascio del titolo abilitativo per gli interventi consentiti.

Gli interventi consentiti devono essere necessariamente "coerenti" con i caratteri storici, paesaggistici ambientali ed urbanistici delle zone ove tali edifici sono ubicati.

Il richiamo al concetto di "coerenza" pone un chiaro limite, ancorché dai contenuti certamente sfumati, ai Comuni ed ai responsabili dei rispettivi uffici tecnici nonché ai progettisti di verificare ed analizzare, sotto i richiamati profili, il contesto in cui si inseriranno gli interventi.

Per questo, la norma indica degli ulteriori limiti ed i casi in cui gli interventi stesso sono esclusi, *id est* non consentiti in maniera assoluta.

E così la norma individua una serie di fattispecie per le quali la disciplina straordinaria non potrà riguardare gli edifici esistenti.

In primo luogo, vengono esclusi gli edifici ricadenti nei centri storici, di cui alle zone di tipo A del d.m. n. 1444/1968 e nelle aree soggette a vincoli di inedificabilità assoluta in base a normative statali, regionali o previste dallo strumento urbanistico generale comunale.

In secondo luogo, vengo esclusi gli edifici ricadenti nelle zone agricole realizzati successivamente al 13 novembre 1997; peraltro, per quelli realizzati anteriormente a quella data, viene precisato è possibile l'ampliamento entro il limite di superficie complessiva di quattrocentocinquanta metri quadrati previsto dal comma 1 dell'art. 35 della l. reg. n. 11/2005 [(2)].

Ancora sono esclusi gli edifici ricadenti nelle zone boscate, anche se sul punto non viene indicato con esattezza la portata di tale concetto, non essendo sempre agevole appunto delimitare e definire quando una zona debba intendersi tale, salvo non volere fare riferimento all'andamento altimetrico del territorio ed alla presenza di boschi, generalmente ubicati oltre una certa altitudine e di norma presenti in zone già assoggettate a speciali vincoli.

---

della l. reg. 18 febbraio 2004, n. 1 (Norme per l'attività edilizia) – Criteri per regolamentare l'attività edilizia e per il calcolo delle superfici, delle volumetrie, delle altezze e delle distanze relative alla edificazione.

[(2)] L'art. 35, titolato "Interventi relativi agli edifici esistenti", al comma 1, prevede: "1. Nei singoli edifici destinati a residenza sono ammessi gli interventi di manutenzione ordinaria, manutenzione straordinaria, di restauro e risanamento conservativo e di ristrutturazione edilizia, nonché, per quelli già esistenti alla data del 13 novembre 1997, ampliamenti per un incremento massimo di cento metri quadri di superficie utile coperta, purché la superficie utile coperta complessiva del singolo edificio oggetto di intervento, comprensivo dell'ampliamento, non risulti superiore a quattrocentocinquanta metri quadri. In caso di ampliamento, l'altezza massima della parte ampliata può eccedere il limite di metri lineari sei e cinquanta, sino al raggiungimento dell'altezza massima dell'edifici".

Più chiaro, inoltre, si mostra il divieto per le zone a rischio di frana e idraulico.

In questo caso è esplicito sia il richiamo agli articoli 14, 15, 28 e 31 delle Norme Tecniche di Attuazione del Piano di Assetto Idrogeologico [3] e sia, come norma generale, la circostanza che siano ricompresi in zone "comunque riferibili a normative di inedificabilità per analoghe situazioni di rischio".

Di poi, sono esclusi gli edifici: ricadenti negli ambiti sottoposti a consolidamento abitati di cui all'art. 61 del d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380 [4]; ricadenti negli ambiti di riserva integrale e di riserva generale orientata dei parchi nazionali di cui alla l. 6 dicembre 1991, n. 394 nonché nelle zone "A" concernenti la riserva integrale dei parchi regionali di cui alla l. reg. 3 marzo 1995, n. 9 [5]; classificati come beni culturali ai sensi della Parte seconda del d.lgs. n. 42/2004; classificabili, con le modalità previste dagli articoli 3 e 4 dell'Allegato A della deliberazione della Giunta regionale n. 420/2007, come edilizia speciale, monumentale o atipica, ordinaria tradizionale prevalentemente integra, ricadenti nelle aree sottoposte a vincolo paesaggistico ai sensi del d.lgs. n. 42/2004, nonché negli ambiti di cui all'art. 4, comma 2 della l. reg. 18 febbraio 2004, n. 1 [6].

La specifica disposizione esclude gli edifici eseguiti in assenza di titolo abilitativo e che, alla data del 31 marzo 2009, non abbiano conseguito il titolo abilitativo a sanatoria a seguito dell'accertamento di conformità o del condono edilizio. Peraltro, qualora si tratti di edificio che abbia ottenuto il cd. condono edilizio, le superfici realizzate abusivamente

---

[3] Cfr. Piano di bacino Tevere –VI Stralcio funzionale per l'assetto idrogeologico P.A.I., approvato con d.p.r. 10 novembre 2006.

[4] La norma così recita: "1. In tutti i territori comunali o loro parti, nei quali siano intervenuti od intervengano lo Stato o la regione per opere di consolidamento di abitato ai sensi della legge 9 luglio 1908, n. 445 e successive modificazioni ed integrazioni, nessuna opera e nessun lavoro, salvo quelli di manutenzione ordinaria o di rifinitura, possono essere eseguiti senza la preventiva autorizzazione del competente ufficio tecnico della regione.

2. Le opere di consolidamento, nei casi di urgenza riconosciuta con ordinanza del competente ufficio tecnico regionale o comunale, possono eccezionalmente essere intraprese anche prima della predetta autorizzazione, la quale comunque dovrà essere richiesta nel termine di cinque giorni dall'inizio dei lavori.".

[5] Che reca la disciplina regionale in materia di Tutela dell'ambiente e nuove norme in materia di Aree naturali protette.

[6] La norma regionale così recita: "2. La commissione, con riferimento al comma 1, esprime parere relativamente agli interventi che interessano: a) i siti di interesse naturalistico, le aree di particolare interesse naturalistico ambientale, nonché quelle di interesse geologico e le singolarità geologiche di cui agli articoli 13, 14 e 16 della legge regionale 24 marzo 2000, n. 27; b) le aree contigue di cui all'art. 17, comma 3

sono sottratte dagli ampliamenti realizzabili ai sensi degli articoli 34, 35 e 36.

L'ultimo caso di esclusione è previsto per quegli edifici ricadenti in zone omogenee o ambiti ove le normative e lo strumento urbanistico precludono la possibilità di realizzare ampliamenti o ristrutturazioni che riguardino la completa demolizione e ricostruzione dell'edificio.

Quest'ultima previsione, a tutta prima, sembra indicare un ulteriore limite per i Comuni in sede di adozione dell'apposita deliberazione per individuare i casi di esclusione o ulteriori limitazioni all'applicazione delle norme, nel senso che pare inibire eventuali ipotesi di variante alle specifiche previsioni urbanistiche.

Al riguardo, al di là di quanto appena accennato, il comma 3 prevede infatti che i comuni, entro 60 giorni dall'entrata in vigore della legge, possono escludere, con delibera consigliare, l'applicabilità delle norme di cui agli articoli 34, 35 e 36 o stabilire limiti inferiori di ampliamento per specifici immobili o zone del proprio territorio, in ragione delle caratteristiche paesaggistiche e ambientali, nonché del grado di saturazione edilizia esistente.

Dal tenore della disposizione, che non pone particolari questioni in ordine alla possibilità di introdurre ulteriori limiti agli "ampliamenti" ma non a quelli di "recupero" che non sono espressamente menzionati, si evince peraltro che ai comuni è stata riservata la facoltà di optare per la completa obliterazione della norma.

La stessa infatti stabilisce che i comuni con apposito atto deliberativo "possono escludere….l'applicabilità delle norme di cui agli articoli 34, 35 e 36…".

L'opzione del legislatore regionale appare chiara nel volere riservare, peraltro in conformità ai principi desumibili dall'art. 118 Cost., alla piena autonomia comunale la scelta di avvalersi o meno dei benefici previsti dalla legge stessa.

Non è da escludere che a tal proposito possano sorgere delle perplessità, posto che la determinazione di non avvalersi dei benefici cozzerebbe contro gli indirizzi espressi in sede di intesa, quanto meno come obbligo di adeguata motivazione.

Tuttavia, poiché si tratta di meri indirizzi e le concrete scelte sono riservate alle singole legislazioni regionali, le statuizioni della l. reg.

---

della legge regionale n. 27/2000; c) i centri storici, gli elementi del paesaggio antico, l'edificato civile, di particolare rilievo architettonico e paesistico indicati all'art. 29, della legge regionale n. 27/2000; d) gli edifici ricadenti nelle zone agricole censiti dai comuni, ai sensi dell'art. 6 della legge regionale 2 settembre 1974, n. 53 e successive modificazioni ed integrazioni quali immobili di interesse storico-architettonico".

Umbria non sembrano offrire il fianco a profili di illegittimità costituzionale, così come non sarebbe agevole sostenere che il comune debba necessariamente motivare in maniera approfondita ciò che è consentito direttamente dalla legge regionale e cioè la possibilità di avvalersi della facoltà di non volere accedere ai benefici della legge.

Invece, l'obbligo di puntuale motivazione e di esternazione delle ragioni giuridiche della scelta, eventualmente censurabile in sede di impugnativa innanzi al giudice amministrativo, si può ravvisare quando si tratti di "stabilire limiti inferiori di ampliamento per specifici immobili o zone del proprio territorio", appunto "in ragione delle caratteristiche paesaggistiche e ambientali, nonché del grado di saturazione edilizia esistente"; elementi della cui esistenza ed incidenza negativa va fatta puntuale accertamento e dei quali va data contezza in sede di coniugazione tra fattispecie astratta e fattispecie concreta.

Per concludere al riguardo, la scelta di condividere il ruolo fondamentale dei Comuni in tema di gestione del governo del territorio operata dal legislatore regionale appare conforme, da un lato, ai limiti della potestà legislativa concorrente nella materia "governo del territorio" di cui al novellato art. 117, comma 3, della Costituzione; dall'altro, anche dei consolidati principi interpretativi dettati dalla Corte Costituzionale in tema di rapporti tra potestà legislativa regionale ed autonomia dei Comuni [(7)] in materia di esercizio del potere conformativo, *id est* pianificazione, generale ed attuativa, dell'uso del proprio territorio.

Rispetto a certe materie, secondo la Corte costituzionale, non può configurarsi né un assorbimento nei compiti di autogestione del territorio, come espressione dell'autonomia comunale, né tanto meno un'esclusività delle funzioni comunali in forza della stessa autonomia in campo urbanistico.

Attraverso i piani urbanistici il comune può, nella sua autonomia, in relazione ad esigenze particolari e locali, imporre limiti e vincoli più rigorosi o aggiuntivi (anche con riguardo a beni vincolati a tutela di interessi culturali ed ambientali).

È di tutta evidenza che la questione rilevante attiene alle modalità at-

---

[(7)] Cfr. per il principio Corte cost., 26 novembre 2002, n. 478, che ha ribadito il principio in base al quale la legge nazionale, regionale o delle Province autonome può modificare le caratteristiche o l'estensione dei poteri urbanistici dei Comuni, ovvero subordinare questi ultimi a preminenti interessi pubblici, alla condizione di non annullarli o comprimerli radicalmente, garantendo adeguate forme di partecipazione dei Comuni interessati ai procedimenti che ne condizionano l'autonomia, precisando che, a loro volta, attraverso i piani urbanistici i Comuni possono, nella loro autonomia, in relazione ad esigenze particolari e locali, imporre limiti e vincoli più rigorosi o aggiuntivi, anche con riguardo a beni vincolati a tutela di interessi culturali ed ambientali.

traverso le quali si consente di usufruire o meno dei previsti benefici.

Questo, escluse le zone "*off limit*" previste nell'intesa, ovviamente non preclude che i comuni abbiano la possibilità di stabilire in quale parte del territorio troverà applicazione il "piano" regionale ovvero, come in Umbria, di escluderlo del tutto.

Nel caso delle leggi regionali oltre a quelli derivanti direttamente dalla Costituzione e dalla legge fondamentale urbanistica, sono stati introdotti degli autolimiti che Stato e Regioni si sono imposti con la più volte ricordata intesa [(8)], demandando alle regioni la facoltà di individuare gli ambiti nei quali gli interventi sono esclusi o limitati, con particolare riferimento ai beni culturali e alle aree di pregio ambientale e paesaggistico, nonché gli ambiti nei quali i medesimi interventi sono favoriti con opportune incentivazioni e premialità finalizzate alla riqualificazione di aree urbane degradate.

A sua volta la Regione Umbria ha fatto corretto uso di tali parametri e quadro di riferimento nonché in conformità ai dettami dell'art. 118 Cost. e, se vogliamo, per quanto attiene la potestà regolamentare (ad es.

[(8)] Nel testo dell'intesa si precisa: "Le regioni si impegnano ad approvare entro e non oltre 90 giorni proprie leggi ispirate preferibilmente ai seguenti obiettivi:

a) regolamentare interventi - che possono realizzarsi attraverso piani/programmi definiti tra regioni e comuni - al fine di migliorare anche la qualità architettonica e/o energetica degli edifici entro il limite del 20% della volumetria esistente di edifici residenziali uni-bi familiari o comunque di volumetria non superiore ai 1000 metri cubi, per un incremento complessivo massimo di 200 metri cubi, fatte salve diverse determinazioni regionali che possono promuovere ulteriori forme di incentivazione volumetrica;

b) disciplinare interventi straordinari di demolizione e ricostruzione con ampliamento per edifici a destinazione residenziale entro il limite del 35% della volumetria esistente, con finalità di miglioramento della qualità architettonica, dell'efficienza energetica ed utilizzo di fonti energetiche rinnovabili e secondo criteri di sostenibilità ambientale, ferma restando l'autonomia legislativa regionale in riferimento ad altre tipologie di intervento;

c) introdurre forme semplificate e celeri per l'attuazione degli interventi edilizi di cui alle lettere a) e b) in coerenza con i principi della legislazione urbanistica ed edilizia e della pianificazione comunale.

Tali interventi edilizi non possono riferirsi ad edifici abusivi o nei centri storici o in aree di inedificabilità assoluta.

Le leggi regionali possono individuare gli ambiti nei quali gli interventi di cui alle lettere a) e b) sono esclusi o limitati, con particolare riferimento ai beni culturali e alle aree di pregio ambientale e paesaggistico, nonché gli ambiti nei quali i medesimi interventi sono favoriti con opportune incentivazioni e premialità finalizzate alla riqualificazione di aree urbane degradate.

La disciplina introdotta dalle suddette leggi regionali avrà validità temporalmente definita, comunque non superiore a 18 mesi dalla loro entrata in vigore, salvo diverse determinazioni delle singole regioni".

i regolamenti edilizi) all'art. 117, comma 6, Cost., che ha fatto assurgere a rango costituzionale il potere regolamentare dei Comuni in ordine alle funzioni ad essi attribuite.

Infine, ma parimenti rilevante, il comma 5 offre due precisazioni: innanzitutto che gli incrementi della superficie utile coperta, di seguito S.U.C. [9], previsti agli articoli 34, 35 e 36 sono consentiti fatte salve le disposizioni del codice civile o eventuali obblighi assunti con atto registrato e trascritto; in secondo luogo, prescrive che gli incrementi della S.U.C. non si cumulano con quelli eventualmente consentiti dagli strumenti urbanistici comunali o da norme regionali.

2. *Interventi di ampliamento degli edifici a destinazione residenziale*

Per l'ampliamento degli edifici esistenti aventi destinazione residenziale sono consentiti interventi edilizi entro il limite massimo del 20% della S.U.C. di ciascuna unità immobiliare e comunque fino al massimo complessivo di settanta metri quadrati.

La legge individua due tipologie di immobili sui quali potere effettuare l'ampliamento e che debbono possedere le seguenti caratteristiche, e cioè: a) tipologia unifamiliare o bifamiliare; b) tipologia diversa da quella di cui alla lettera a) avente S.U.C. non superiore a trecentocinquanta metri quadrati, indipendentemente dal numero delle unità immobiliari.

Particolare attenzione, atteso il grado di sismicità della regione, viene imposta quando gli ampliamenti realizzati in aderenza e in forma strutturalmente indipendente dall'edificio esistente.

---

[9] L'acronimo S.U.C., ai sensi della l. reg. Umbria n. 11/2005, art. 32, comma 2 lett. e), sta per superficie utile coperta, che "è la sommatoria delle superfici coperte ad ogni piano del fabbricato, misurate all'esterno dei muri perimetrali, fatto salvo quanto previsto dalle norme regionali in materia di miglioramento del comfort ambientale e del risparmio energetico di cui agli articoli 37 e 38 della l. reg. n. 1/2004; nel caso in cui l'altezza utile interna dei piani o parti di essi di nuovi edifici ecceda i metri lineari tre e cinquanta, la superficie utile coperta è conteggiata dividendo il relativo volume per tre e cinquanta. La superficie utile coperta dei piani completamente interrati e seminterrati è ottenuta moltiplicando la superficie utile coperta complessiva del piano per il rapporto tra la superficie delle pareti fuori terra o scoperte del piano medesimo e la superficie complessiva delle pareti del piano stesso. La superficie delle pareti fuori terra è misurata rispetto al piano naturale di campagna *ante operam*. Ai fini del computo di cui sopra il piano completamente interrato deve comunque far parte di edifici costituiti da uno o più piani fuori terra e la sua superficie planimetrica non deve eccedere quella del piano sovrastante. La superficie del piano completamente interrato che ecceda quella del piano sovrastante, deve essere computata per intero e, nel caso di realizzazione del solo piano completamente interrato, si computa la sua intera superficie utile coperta".

Gli interventi, in questo caso, sono condizionati alla valutazione della sicurezza dello stesso edificio ai sensi del punto 8.5 del decreto del Ministero delle Infrastrutture 14 gennaio 2008 [10] ed alla contestuale esecuzione di interventi finalizzati a ridurre la vulnerabilità sismica.

Limitatamente alla parte ampliata degli edifici esistenti viene imposta la sua realizzazione con materiali e secondo tecniche di elevata efficienza energetica definite dalla Giunta regionale entro 60 giorni dall'entrata in vigore della legge, che dovrà tenere presenti le disposizioni del d.m. (Sviluppo economico) 26 giugno 2009, contenenti le Linee guida nazionali per la certificazione energetica degli edifici [11].

3. *Interventi di recupero su edifici a destinazione residenziale*

Accanto agli ampliamenti, la l. reg. contempla gli interventi di recupero edilizio.

Gli interventi di "recupero" possono consistere nella demolizione e ricostruzione, con un incremento della S.U.C. entro il limite massimo del 25% di quella esistente, a condizione che siano consentiti purché l'edificio ricostruito consegua la certificazione di sostenibilità ambientale, almeno in classe "B", di cui al disciplinare tecnico approvato in attuazione della l. reg. n. 17/2008.

La norma prevede la possibilità di intervenire su edifici residenziali costituiti da almeno otto alloggi e S.U.C. di ottocento metri quadrati, purché l'incremento della stessa S.U.C. sia destinato, qualora si realizzano nuove unità abitative, almeno per il 50%, alla realizzazione di abitazioni di dimensioni non inferiori a sessanta metri quadrati da locare a canone concordato ai sensi della l. 9 dicembre 1998, n. 431 [12] con vincolo di destinazione per almeno otto anni.

Ulteriore premialità (complessivamente fino al massimo del 35% della S.U.C.), per gli edifici interessati da interventi di demolizione e ricostruzione, è stabilita nel caso in cui gli edifici stessi siano almeno tre e siano ricompresi entro un Piano Attuativo, ovvero un Programma Urbanistico di cui all'art. 28 della l. reg. n. 11/2005.

---

[10] Con il d.m. del 14 gennaio 2008 vi è stata l'approvazione delle nuove norme tecniche per le costruzioni, prevista dal d.p.r. n. 380 del 2001. Infatti, non è stato (giustamente) più prorogato il regime transitorio e le nuove norme tecniche si applicano obbligatoriamente a tutte gli interventi realizzati dopo il 1° luglio 2009, come chiarito dalla *circolare del Ministero infrastrutture del 5 agosto 2009* (in G.U. n. 187 del 13 agosto 2009).

[11] In G.U. n. 158 del 10 luglio 2009.

[12] Disciplina delle locazioni e del rilascio degli immobili adibiti ad uso abitativo.

In questa ipotesi, tutti gli edifici ricostruiti dovranno conseguire la certificazione di sostenibilità ambientale, almeno in classe B, di cui al disciplinare tecnico approvato in attuazione della l. reg. n. 17/2008.

Infine, riguardo alle destinazioni d'uso, l'ultimo comma della norma ne attenua il rigore, nel senso che amplia le ipotesi anche quando si tratta di edifici residenziali ove sono presenti anche destinazioni d'uso diverse nella misura comunque non superiore al 25% della S.U.C. esistente, con la precisazione che, in tali casi, l'incremento della S.U.C. è computato esclusivamente con riferimento alla superficie esistente (pari al 75 %) destinata a residenza.

4. *Interventi di ampliamento di edifici a destinazione produttiva*

Condivisibile si mostra la scelta di dare ingresso alle premialità anche per gli edifici produttivi (ad esclusione di quelli alberghieri, extralberghieri, commerciali per medie e grandi strutture di vendita) con una disposizione a regime, nel senso che gli effetti saranno ultrattivi rispetto al termine previsto per gli inteventi straordinari.

Questo, tra l'altro, giustifica l'inserimento nella norma attuativa dell'Intesa all'interno delle norma sul governo del territorio.

L'art. 36 infatti prevede che gli edifici ricadenti nelle zone di tipo D (di cui al d.m. n. 1444/1968) a destinazione artigianale, industriale e per servizi, ad esclusione di quelli alberghieri, extralberghieri, commerciali per medie e grandi strutture di vendita possono, essere ampliati ovvero demoliti e ricostruiti con incremento massimo del 20% della S.U.C.

Peraltro, è necessaria l'intermediazione di uno strumento urbanistico.

Infatti, la norma prevede che gli interventi sono realizzati a mezzo di piano attuativo con previsioni planovolumetriche da sottoporre a parere della provincia da rendersi entro 30 giorni dalla richiesta, che interessi una superficie fondiaria di almeno ventimila metri quadrati e che preveda la riqualificazione architettonica e ambientale di tutti gli edifici in essa ricompresi, delle aree e delle relative dotazioni territoriali e funzionali, mediante un progetto unitario da attuare contemporaneamente all'ampliamento degli edifici.

Occorre poi, che gli interventi osservino le "condizioni" di cui al successivo all'art. 37 e delle disposizioni inerenti il recupero dell'acqua piovana, di risparmio energetico e di utilizzo di fonti di energia rinnovabile di cui agli articoli 9 e 15, comma 3 della l. reg. Umbria n. 17/2008.

5. *Condizioni e presupposti per la realizzazione degli interventi*

Come accennato, sono previsti numerosi limiti di operatività, in conformità anche di quanto stabilito nell'intesa.

In particolare, fatto salvo quanto stabilito dal d.lgs. n. 42/2004 in materia di vincolo paesaggistico, gli interventi devono garantire il miglioramento della qualità architettonica ed ambientale dell'edificio esistente; non possono superare l'altezza massima consentita dallo strumento urbanistico; devono mantenere gli allineamenti lungo i fronti stradali ed assicurare il rispetto delle disposizioni sulle fasce di rispetto stradali e ferroviarie e sulle distanze minime stabilite dal regolamento regionale n. 9/2008; devono rispettare le normative anti sismiche.

Infine, la norma chiarisce e precisa in generale che gli interventi di demolizione, ricostruzione e ampliamento di cui all'art. 35, sono subordinati al reperimento di spazi per parcheggi pertinenziali ai sensi dell'art. 2, comma 2 della l. 24 marzo 1989, n. 122, relativamente all'intero edificio, comprensivo dell'ampliamento, nonché al rispetto delle normative vigenti in materia di dotazioni territoriali e funzionali relativamente alle parti ampliate.

6. *Disposizioni applicative: le competenze della Giunta Comunale*

Infine, anche se nella prassi dei nostri legislatori, non sempre è agevole la scelta di dove ubicarle, se all'inizio o alla fine di un *corpus* normativo, l'art. 38 detta le disposizioni applicative della l. reg. in esame.

Il comma 1 dispone che, fatto salvo per gli interventi di cui agli articoli 35, comma 4 (edifici residenziali oggetto di piano attuativo o programma urbanistico) e 36 (interventi sugli edifici produttivi), le disposizioni inerenti gli interventi previsti dal Capo II hanno validità per le istanze di titoli abilitativi presentate al comune, complete della documentazione richiesta dalle normative di riferimento, entro diciotto mesi dall'entrata in vigore della legge.

Entro lo stesso termine di cui sopra, gli interventi di cui all'art. 35 sono consentiti esclusivamente con procedimento edilizio abbreviato di cui all'art. 18 della l. reg. n. 1/2004, mentre quelli previsti agli articoli 34 e 36 con denuncia di inizio attività, fatto salvo l'eventuale piano attuativo.

La peculiarità della norma, poi, consiste nell'obbligo (non sanzionato) di attivare un procedimento telematico.

La disposizione prevede infatti che l'istanza è trasmessa al comune con modalità telematica tramite il sistema di gestione del procedimento del comune medesimo o, in alternativa, con posta elettronica certificata.

Con una diposizione di carattere organizzativo e di semplificazione, il

successivo comma 2 dispone che l'eventuale piano attuativo, finalizzato alla realizzazione degli interventi di cui al presente Capo, è adottato dalla giunta comunale con tempi di deposito e pubblicazione ridotti della metà.

Riguardo al regime sanzionatorio, l'art. 38 prevede che, nel caso di violazione delle disposizioni di cui al presente Capo si applicano le sanzioni di cui al Titolo I della l. reg. n. 21/2004.

Last but not least, con qualche dubbio sulla sua collocazione "ultima" in relazione alla rilevanza della diposizione, l'ultimo comma della legge prescrive che, fatto salvo quanto previsto all'art. 33, comma 3 (facoltà per il consiglio comunale di escludere l'applicazione o di stabilire limiti inferiori di ampliamento per specifici immobili o zone del proprio territorio), le disposizioni del Capo prevalgono sugli strumenti urbanistici.

7. *Il certificato di agibilità degli edifici oggetto degli interventi*

Benché la norma regionale non ne faccia espressa menzione, occorre rapidamente esaminare la questione relativa alla necessità o meno del certificato di agibilità, *rectius* di un nuovo certificato di agibilità [13], per gli edifici oggetto degli interventi in esame.

Infatti, anche i lavori assentiti con DIA impongono ovviamente la richiesta ed il successivo conseguimento, espresso o tacito, del certificato di agibilità, nel caso di lavori di ricostruzione, mentre per gli interventi di ampliamento occorre verificare i lavori di ampliamento, anche minimi, sugli edifici esistenti che possano influire sulle condizioni di sicurezza, igiene, salubrità, risparmio energetico degli edifici e degli impianti negli stessi installati, valutate secondo quanto dispone la normativa vigente (art. 24 d.p.r. n. 380/2001).

Tale verifica sta nel corso delle cose, nel senso che il possesso del certificato di agibilità degli edifici, di cui agli artt. 24 e 25 del d.p.r. n. 380/2001 è condizione necessaria per l'utilizzo degli immobili da parte delle persone, per cui è parso ultroneo al legislatore regionale statuire al riguardo.

Non solo ma rileva anche l'obbligo di superamento delle barriere architettoniche nella realizzazione degli interventi previsti.

Invero, non è da escludere che vi sia l'obbligo di eseguirli nel rispetto delle prescrizioni tecniche contenute negli articoli 8 e 9 del d.m. 14 giugno 1989, n. 236, che detta prescrizioni tecniche necessarie ai fini

---

[13] Sull'argomento generale sia consentito il rinvio a De Carolis, *L'agibilità degli edifici,* in Caringella, De Marzo (a cura di), *L'attività edilizia nel Testo Unico - Concessione, denuncia di inizio attività, certificato di agibilità,* Milano, 2006.

del superamento e dell'eliminazione delle barriere architettoniche anche nel caso di ristrutturazioni di edifici preesistenti (cfr. art. 1, n. 3, d.m. n. 236/1989).

Orbene, l'art. 11 del d.m. prevede che il sindaco (oggi il dirigente o il responsabile dell'ufficio) in sede di rilascio del certificato di agibilità deve accertare se le opere sono state realizzate nel rispetto delle prescrizioni stesse.

Lo stesso obbligo di accertamento si rinviene per gli edifici aperti al pubblico nell'art. 82 del T.U. Edilizia.

In estrema sintesi i progetti relativi agli interventi devono necessariamente essere redatti osservando le prescrizioni tecniche contenute nel citato d.m. diversamente non potranno essere esaminati, salvo la possibilità di integrazione.

Ovviamente, in applicazione dei principi generali in materia, il mancato rispetto delle prescrizioni impedirebbe anche il formarsi dell'eventuale silenzio assenso sulla richiesta di certificato di agibilità, per assoluta mancanza di uno dei presupposti essenziali.

DIEGO DE CAROLIS

IV

Regione Umbria
LEGGE REGIONALE 26 giugno 2009, n. 13
Norme per il governo del territorio e la pianificazione e per il rilancio dell'economia attraverso la riqualificazione del patrimonio edilizio esistente.
(Pubblicato nel *B.U.R.* Umbria, Parti I-II n. 29 del 29/06/2009).

TITOLO I
Norme per il governo del territorio
Capo I
Il Governo del territorio
Sezione I
Disposizioni generali

Art. 1
Oggetto.

1. La presente legge, nel rispetto dell'articolo 117 della Costituzione, individua i criteri, le modalità e gli strumenti per l'esercizio delle funzioni di governo del territorio nella Regione Umbria.

Art. 2
Definizione di governo del territorio.

1. Ai fini della presente legge il governo del territorio consiste nel complesso coordinato, organico e sinergico, delle attività conoscitive, regolative, valutative, attuative, di vigilanza e controllo, nonché di programmazione, anche della spesa, riguardanti gli interventi di tutela, valorizzazione ed uso del territorio ai fini dello sviluppo sostenibile. Esso rispetta i principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, secondo il metodo della copianificazione, nel rispetto del principio di leale collaborazione tra i soggetti istituzionali coinvolti.

Art. 3
Finalità del governo del territorio.

1. Le finalità del governo del territorio sono:
a) rendere l'Umbria un laboratorio di sostenibilità finalizzato ad accrescere, attraverso l'innovazione, la qualità e la competitività dei suoi territori;
b) attribuire ai processi di trasformazione territoriale ed urbana caratteri di sostenibilità ecologica, sicurezza ambientale, efficienza insediativa in un contesto di qualità paesaggistica ed urbana;
c) assicurare la gestione condivisa delle trasformazioni territoriali, in un quadro di composizione e messa in coerenza dei diversi interessi pubblici e di parità di condizioni tra i diversi soggetti privati, ferma restando la preminenza dell'interesse generale;
d) promuovere, nei processi di trasformazione territoriale e urbana, la collaborazione tra soggetti pubblici e privati secondo modalità che assicurino la considerazione delle esigenze condivise, espresse sin dalle fasi di definizione degli obiettivi e di impostazione delle scelte dai diversi soggetti coinvolti e dalle comunità locali.

Sezione II
La pianificazione

Art. 4
Definizione e finalità della pianificazione.

1. La pianificazione è la modalità generale di governo del territorio, attraverso la quale le politiche pubbliche trovano coerenza, integrazione e sinergia, anche sulla base di quadri conoscitivi e di quadri valutativi condivisi sullo stato e sulle dinamiche del territorio.
2. La pianificazione si esprime in una pluralità di atti e strumenti specifici, di norma oggetto di copianificazione tra i soggetti istituzionali coinvolti, con i quali sono definiti sia gli obiettivi territoriali sia le modalità per il loro perseguimento.
3. La pianificazione assume come riferimento le seguenti finalità
a) la qualità ambientale e paesaggistica perseguita attraverso l'utilizzo sostenibile e la valorizzazione delle risorse ambientali e culturali;
b) la tutela della biodiversità e la sicurezza delle persone e dei beni rispetto ai fattori di rischio connessi al territorio;
c) lo sviluppo di un sistema di città equilibrato, policentrico e integrato nelle funzioni e nelle rispettive eccellenze, attuato perseguendo l'obiettivo di ridurre il consumo di suolo;
d) la qualificazione degli insediamenti residenziali, produttivi e per i

servizi, in particolare attraverso lo sviluppo delle infrastrutture tradizionali e innovative;
e) la tutela ed il rafforzamento dei sistemi rurali e montani, dei relativi patrimoni, con particolare riferimento a quelli idrico e forestale;
f) il rapporto equilibrato tra localizzazione delle funzioni, sistema della mobilità e infrastrutture tecnologiche ed energetiche, in relazione alle risorse economiche e finanziarie attivate dai soggetti pubblici e privati.

Art. 5
Le dimensioni della pianificazione.

1. La pianificazione si articola nelle seguenti dimensioni:
a) strategica e programmatica, caratterizzata dalla definizione di obiettivi, scelte e decisioni di medio e lungo termine, in una prospettiva di sviluppo socioeconomico e territoriale;
b) regolativa che definisce indirizzi, regole di uso del suolo e modalità di tutela e trasformazione del territorio nella loro dimensione funzionale e spaziale, volte al perseguimento delle strategie e dei programmi di cui alla lettera a).

Art. 6
Le pianificazioni ed i soggetti competenti.

1. La pianificazione assume la forma ed i contenuti di pianificazione territoriale urbanistica, pianificazione paesaggistica e pianificazione di settore per indirizzare l'azione pubblica e privata sul territorio utilizzando gli strumenti di cui al comma 3.
2. Le pianificazioni nel loro insieme assicurano la cooperazione tra i soggetti istituzionali attraverso il bilanciamento degli obiettivi pubblici, nonché il rispetto delle istanze e degli interessi privati. Esse perseguono nei vari livelli istituzionali e scale d'intervento, sia la dimensione strategica e programmatica che la dimensione regolativa.
3. Gli strumenti di pianificazione sono:
a) il Piano Urbanistico Strategico Territoriale (PUST), strumento di livello e scala regionali, di dimensione strategica e programmatica, di cui al Titolo I, Capo II, Sezione I;
b) il Piano Paesaggistico Regionale (PPR), strumento di livello e scala regionali, di dimensione strategica, programmatica e regolativa, di cui al Titolo I, Capo II, Sezione II;
c) il Piano Territoriale di Coordinamento Provinciale (PTCP), strumento della pianificazione territoriale, urbanistica e paesaggistica di area vasta del territorio regionale, di dimensione strategica, programmatica e regolativa, di cui al Titolo I, Capo IV;

d) il Piano Regolatore Generale (PRG), strumento di scala e livello comunali, articolato in: documento programmatico, di dimensione strategica e programmatica, PRG parte strutturale, di dimensione strategica, programmatica e regolativa, e PRG parte operativa, di dimensione regolativa, ai sensi della legge regionale 22 febbraio 2005, n. 11 (Norme in materia di governo del territorio: pianificazione urbanistica comunale);
e) i piani di settore previsti da norme vigenti di competenza regionale, provinciale e comunale, di dimensione strategica, programmatica e regolativa.
4. Il PUST ed il PPR, insieme agli apparati conoscitivi di cui agli articoli 23 e 24 ed alle cartografie di cui alla legge regionale 24 marzo 2000, n. 27 (Piano Urbanistico territoriale), formano il quadro sistematico di governo del territorio regionale.

Sezione III
Gli istituti della pianificazione

Art. 7
La cooperazione e la concertazione.

1. La Regione e gli enti locali, nella formazione degli strumenti di pianificazione alle diverse scale, conformano la propria attività al metodo della cooperazione e della concertazione con i diversi soggetti preposti alla cura degli interessi pubblici coinvolti.
2. Sono principali strumenti di concertazione gli accordi, le conferenze istituzionali, le conferenze di copianificazione e le conferenze di servizio.
3. Gli accordi istituzionali recepiscono le volontà dei rispettivi soggetti pubblici in merito alla promozione di specifiche azioni di trasformazione e valorizzazione del territorio; essi impegnano i sottoscrittori alla promozione di armoniche e conseguenti azioni e procedure amministrative, anche rispetto al reperimento ed impiego dei fondi disponibili.
4. Le conferenze istituzionali, ivi comprese quelle di copianificazione, sono dirette alla conoscenza e condivisione dei contenuti dei vari strumenti di pianificazione. Le conferenze istituzionali consentono l'acquisizione di tutte le indagini e le analisi necessarie, nonché dei risultati prestazionali degli strumenti proposti.
5. Il soggetto titolare della specifica procedura di approvazione dello strumento di pianificazione assume le dovute decisioni dopo aver acquisito gli esiti della conferenza e sulla base delle valutazioni formalmente espresse dal soggetto preposto alla verifica delle necessarie coerenze.

Art. 8
La partecipazione dei cittadini.

1. Nelle diverse fasi dei processi di pianificazione devono essere assicurate:
a) la concertazione con i soggetti economici e sociali, in merito agli obiettivi strategici e di sviluppo da perseguire;
b) adeguate forme di consultazione dei cittadini, singoli e in forme associative per la tutela di interessi diffusi, nonché forme di pubblicità, in ordine alle scelte di pianificazione, ovvero ai contenuti degli strumenti, anche nel rispetto del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali) e della legge 7 agosto 1990, n. 241 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi), con particolare riferimento alla comunicazione di avvio del procedimento ed alla nomina del responsabile unico del procedimento.

Art. 9
Modalità attuative di piani e programmi regionali.

1. La Giunta regionale individua le modalità di attuazione della pianificazione e programmazione regionale prevedendo il coinvolgimento di soggetti pubblici e privati e, ove occorra, sottoscrivendo appositi accordi ed intese.
2. Ai fini di cui al comma 1, la Giunta regionale, con le necessarie forme di pubblicità, definisce:
a) le procedure per la presentazione e la selezione degli interventi;
b) l'integrazione delle rispettive risorse finanziarie, anche stabilendo le percentuali di cofinanziamento pubblico e privato;
c) i requisiti per beneficiare dei finanziamenti o delle premialità;
d) le modalità per l'erogazione dei finanziamenti e le eventuali condizioni di premialità.
3. Negli accordi e nelle intese, accompagnati da atti d'obbligo unilaterali relativi agli impegni economici che i soggetti privati debbono assumersi, sono anche stabilite le modalità tecniche e temporali per l'attuazione degli interventi.

Capo II
La pianificazione regionale
Sezione I
Piano urbanistico strategico territoriale

Art. 10
Finalità del Piano Urbanistico Strategico Territoriale.

1. Il PUST è lo strumento generale della programmazione territoriale regionale di cui all' articolo 18 della legge regionale 16 aprile 2005, n. 21 (Nuovo Statuto della Regione Umbria).
2. Attraverso il PUST la Regione, in coordinamento con i propri strumenti di programmazione economico-finanziaria e fermi restando i limiti ed i principi di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 (Codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell'articolo 10 della L. 6 luglio 2002, n. 137), persegue gli obiettivi territoriali regionali secondo una visione strategica integrata, sinergica e coerente con le linee di sviluppo nazionali e delle regioni contermini, nella quale il paesaggio è assunto come riferimento primario. Il PUST, altresì, costituisce il quadro programmatico per la pianificazione di livello provinciale e comunale, nonché per i piani di settore.
3. In particolare, il PUST:
a) fornisce elementi per la territorializzazione delle politiche regionali di sviluppo nonché dei contenuti propri degli strumenti di programmazione economico-finanziaria;
b) è strumento di riferimento per l'integrazione di temi e competenze settoriali della Giunta regionale, nonché strumento di governance per la costruzione e la condivisione delle scelte di sviluppo sostenibile del territorio;
c) promuove ed indirizza le trasformazioni del territorio regionale mediante azioni di sviluppo sostenibile, comprensive della valorizzazione del paesaggio;
d) esercita l'integrazione e il raccordo tra la dimensione politico-programmatica dello sviluppo e il governo del territorio, nonché esplicita le opportunità, in chiave di sussidiarietà, per lo sviluppo locale dei vari territori;
e) promuove la concertazione con le regioni contermini al fine di realizzare le necessarie integrazioni programmatiche per lo sviluppo delle relazioni territoriali interregionali.

Art. 11
Contenuti del Piano Urbanistico Strategico Territoriale.

1. Il PUST individua i temi settoriali di riferimento per la costruzione della visione strategica ed integrata del territorio regionale sulla base delle potenzialità paesaggistico-ambientali e territoriali nonché dei riferimenti programmatici comunitari, nazionali e regionali. La visione così elaborata si esplicita attraverso obiettivi e linee strategiche di sviluppo, costituenti priorità e riferimento per programmi e progetti di territorio.
2. Il PUST fornisce criteri per la costruzione e la valutazione di progetti

integrati di iniziativa dei territori, finalizzati a favorire la partecipazione delle comunità locali.
3. Il PUST definisce indirizzi e contenuti programmatici in coerenza con il PPR in riferimento:
a) ai progetti strategici territoriali;
b) ai piani di settore che richiedano specificazioni circa localizzazioni e trasformazioni territoriali ammissibili;
c) ad altre possibili situazioni di interesse e livello regionale.

Art. 12
Elaborati del Piano Urbanistico Strategico Territoriale.

1. Il PUST è costituito dai seguenti elaborati:
a) un quadro conoscitivo e valutativo dello stato e delle dinamiche del territorio regionale;
b) una relazione illustrativa che descrive la visione strategica del territorio regionale, indicando gli eventuali approfondimenti analitici e tematici o settoriali;
c) elaborati grafici, allegati alla relazione illustrativa, contenenti la rappresentazione simbolica della visione del territorio regionale e l'individuazione delle linee strategiche e dei progetti territoriali, anche nella loro articolazione spaziale e nei loro contenuti relativi a politiche e azioni territoriali;
d) un documento contenente le modalità attuative delle strategie di sviluppo territoriale contenute nel PUST.

Art. 13
Procedimento di formazione, adozione e approvazione del Piano Urbanistico Strategico Territoriale.

1. La Giunta regionale adotta il documento preliminare del PUST, curando l'acquisizione di tutte le indagini e le analisi, nonché dei risultati prestazionali degli strumenti degli enti locali ritenuti pertinenti.
2. I procedimenti amministrativi di Valutazione Ambientale Strategica (VAS) e verifica di assoggettabilità di cui al decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 (Norme in materia ambientale) sono effettuati nell'ambito del procedimento di formazione, adozione e approvazione del PUST.
3. La Giunta regionale invia il documento preliminare del PUST alle province, ai comuni e alle comunità montane al fine dell'indizione delle conferenze istituzionali di copianificazione, alle quali partecipano la Regione, le province, i comuni e le comunità montane.
4. La conferenza istituzionale di copianificazione è convocata dalla Giunta regionale con un preavviso di quindici giorni; essa si conclude

improrogabilmente entro venti giorni dalla prima seduta. Alla conclusione dei lavori della conferenza è redatto processo verbale.
5. La Giunta regionale, acquisito il processo verbale di cui al comma 4, preadotta il PUST.
6. Il PUST preadottato è sottoposto dalla Giunta regionale all'esame del tavolo di concertazione economico-sociale, di cui all' articolo 5 della legge regionale 28 febbraio 2000, n. 13 (Disciplina generale della programmazione, del bilancio dell'ordinamento contabile e dei controlli interni della Regione dell'Umbria) e al parere del Consiglio delle Autonomie locali (CAL) di cui all' articolo 3 della legge regionale 16 dicembre 2008, n. 20 (Disciplina del Consiglio delle Autonomie locali).
7. La Giunta regionale adotta il PUST e ne dà avviso sul Bollettino Ufficiale della Regione Umbria (BUR) con l'indicazione delle sedi in cui chiunque può prendere visione degli elaborati. Entro il termine di sessanta giorni dalla pubblicazione dell'avviso chiunque può presentare proposte ed osservazioni alla Giunta regionale.
8. La Giunta regionale, esaminate le proposte e le osservazioni pervenute e formulate le valutazioni sulle stesse, trasmette il PUST al Consiglio regionale, unitamente al parere del CAL di cui all' articolo 3 della L.R. n. 20/2008.
9. Il Consiglio regionale decide in merito alle proposte e alle osservazioni e approva il PUST; il PUST approvato è pubblicato nel BUR e nel sito web istituzionale della Regione.

Art. 14
Efficacia e durata del Piano Urbanistico Strategico Territoriale.

1. Il PUST approvato è efficace dal giorno successivo alla sua pubblicazione nel BUR. Le pianificazioni di livello provinciale e comunale sono redatte in coerenza con il PUST.
2. Il PUST è aggiornato di norma ogni cinque anni, salvo diverse determinazioni della Giunta regionale.
3. Le modifiche al PUST seguono il procedimento di cui all'articolo 13.

Sezione II
Il Piano paesaggistico regionale

Art. 15
Finalità e obiettivi del Piano Paesaggistico Regionale.

1. Il PPR, di cui all' articolo 6, comma 3, lettera b), è lo strumento unico di pianificazione paesaggistica del territorio regionale che, nel rispetto della Convenzione europea del Paesaggio e del Codice dei Beni culturali

e del Paesaggio di cui al D.Lgs. n. 42/2004, nonché in correlazione a quanto espresso dal PUST e tenendo conto della programmazione delle regioni contermini, mira a governare le trasformazioni del territorio al fine di mantenere i caratteri identitari peculiari del paesaggio umbro perseguendo obiettivi di qualità paesaggistica.
2. Alla redazione del PPR partecipano e concorrono gli enti locali, anche apportando il quadro delle conoscenze contenute nei rispettivi strumenti di pianificazione.
3. Il PPR costituisce il quadro di riferimento e di indirizzo per lo sviluppo paesaggisticamente sostenibile dell'intero territorio regionale, degli atti di programmazione e pianificazione regionali, provinciali e comunali.
4. Il PPR persegue in particolare i seguenti obiettivi:
a) identificare il paesaggio a valenza regionale, attribuendo gli specifici valori di insieme in relazione alla tipologia e rilevanza delle qualità identitarie riconosciute, nonché le aree tutelate per legge e quelle individuate con i procedimenti previsti dal d.lgs. n. 42/2004, alle quali assicurare un'efficace azione di tutela;
b) prevedere i rischi associati agli scenari di mutamento del territorio;
c) definire le specifiche strategie, prescrizioni e previsioni ordinate alla tutela dei valori riconosciuti e alla riqualificazione dei paesaggi deteriorati.
5. Il PPR garantisce soprattutto:
a) la tutela dei beni paesaggistici di cui agli articoli 134 e 142 del d.lgs. n. 42/2004;
b) la qualificazione paesaggistica delle trasformazioni dei diversi contesti in cui si articola l'intero territorio regionale;
c) le indicazioni ed i contenuti dei progetti per il paesaggio;
d) gli indirizzi di riferimento per le pianificazioni degli enti locali e di settore, anche ai fini del perseguimento degli obiettivi di qualità.

Art. 16
Contenuti del Piano Paesaggistico Regionale.

1. I contenuti del PPR, nel rispetto delle indicazioni di cui all'articolo 143, comma 1 del D.Lgs. n. 42/2004, comprendono in particolare:
a) la rappresentazione del paesaggio alla scala regionale e la sua caratterizzazione rispetto alle articolazioni più significative, intese come specifici paesaggi regionali in applicazione dell' articolo 135, comma 2 del D.Lgs. n. 42/2004;
b) la perimetrazione dei paesaggi d'area vasta di cui all'articolo 21, comma 4, come specifiche articolazioni dei paesaggi regionali, nonché la definizione dei criteri per la delimitazione dei paesaggi locali a scala comunale sulla base degli obiettivi di qualità previsti all'interno dei paesaggi regionali;

c) la rappresentazione delle reti ambientali e infrastrutturali principali, con la definizione degli indirizzi e discipline per la loro tutela, valorizzazione e gestione sotto il profilo paesaggistico;
d) la individuazione dei beni paesaggistici di cui agli articoli 134 e 142 del d.lgs. n. 42/2004, con la definizione delle loro discipline di tutela e valorizzazione;
e) la individuazione degli intorni dei beni paesaggistici, da sottoporre a specifiche misure di salvaguardia e utilizzazione;
f) la definizione delle misure per il corretto inserimento nel contesto paesaggistico degli interventi di trasformazione del territorio, con particolare riferimento alle modalità di intervento nelle zone produttive artigianali, industriali, commerciali per servizi e nel territorio rurale.
2. Il PPR può altresì prevedere l'individuazione delle aree di cui all'articolo 143, comma 4 del d.lgs. n. 42/2004.

Art. 17
Elaborati del Piano Paesaggistico Regionale.

1. Il PPR è costituito dai seguenti elaborati:
a) relazione illustrativa;
b) quadro conoscitivo, costituito dall'identificazione delle risorse identitarie, dall'atlante dei paesaggi e dalla carta dei rischi e delle vulnerabilità del paesaggio;
c) quadro strategico del paesaggio umbro costituito dalla visione guida, dalle linee guida per temi prioritari e dai repertori dei progetti strategici di paesaggio;
d) quadro di assetto del paesaggio regionale relativo ai paesaggi regionali e d'area vasta, con la definizione degli obiettivi di qualità e delle discipline di tutela e valorizzazione, con particolare riferimento ai beni paesaggistici e ai loro intorni, nonché agli ambiti locali di pianificazione paesaggistica con specifiche normative d'uso prevalenti sui piani regolatori comunali ai sensi dell'articolo 135, commi 2 e 3 del d.lgs. n. 42/2004;
e) disposizioni di attuazione.

Art. 18
Procedimento di formazione, adozione e approvazione del Piano Paesaggistico Regionale.

1. La Giunta regionale preadotta il PPR, curando l'acquisizione di tutte le indagini e le analisi necessarie, con la partecipazione e il concorso degli enti locali che apportano anche il quadro delle conoscenze e gli elementi di indirizzo contenuti nei rispettivi strumenti di pianificazione. Il PPR è elaborato congiuntamente al Ministero per i beni e le attività cultu-

rali limitatamente ai beni paesaggistici di cui all'articolo 143, comma 1, lettere b), c) e d) del d.lgs. n. 42/2004 e comunque nel rispetto delle forme e modalità previste dal medesimo articolo 143.
2. Il PPR preadottato è sottoposto dalla Giunta regionale all'esame del tavolo di concertazione economico-sociale di cui all'articolo 5 della L.R. n. 13/2000.
3. La Giunta regionale, previa espressione del parere del CAL previsto dall' articolo 2 della L.R. n. 20/2008, adotta il PPR e ne dà avviso nel BUR con l'indicazione delle sedi in cui tutti i soggetti interessati e le associazioni portatrici di interessi diffusi, individuate ai sensi delle vigenti disposizioni in materia di ambiente e danno ambientale, possono prendere visione degli elaborati. Entro il termine di sessanta giorni dalla pubblicazione i soggetti interessati e le associazioni portatrici di interessi diffusi, individuate ai sensi delle vigenti disposizioni in materia di ambiente e danno ambientale, possono presentare proposte e osservazioni alla Giunta regionale.
4. La Giunta regionale, esaminate le proposte ed osservazioni pervenute e formulate le valutazioni sulle stesse, trasmette il PPR al Consiglio regionale, unitamente al parere del CAL di cui all'articolo 2 della L.R. n. 20/2008 ed alle intese e agli accordi previsti dall'articolo 143, comma 2 del d.lgs. n. 42/2004.
5. Il Consiglio regionale decide in merito alle proposte ed osservazioni e approva il PPR nel rispetto di quanto previsto dagli articoli 135 e 143 del d.lgs. n. 42/2004; il PPR approvato è pubblicato nel BUR e nel sito web istituzionale della Regione.

Art. 19
Efficacia e norme di salvaguardia del Piano Paesaggistico Regionale.

1. Le previsioni del PPR, ai sensi dell'articolo 145, comma 3 del d.lgs. n. 42/2004:
a) non sono derogabili da parte di piani, programmi e progetti nazionali o regionali di sviluppo economico;
b) sono cogenti per gli strumenti urbanistici dei comuni e delle province;
c) sono immediatamente prevalenti sulle disposizioni difformi eventualmente contenute negli strumenti urbanistici e altre norme regolamentari dell'attività edilizia, ove espressamente indicato;
d) stabiliscono norme di salvaguardia applicabili in attesa dell'adeguamento degli strumenti urbanistici e altre norme regolamentari dell'attività edilizia;
e) sono altresì vincolanti per gli interventi settoriali;
f) per quanto attiene alla tutela del paesaggio, sono comunque prevalenti sulle disposizioni contenute negli atti di pianificazione ad incidenza territoriale previsti dalle normative di settore, ivi compresi quelli degli enti gestori delle aree naturali protette.

2. Fatto salvo quanto disposto al comma 3, il PPR approvato è efficace dal giorno successivo alla sua pubblicazione nel BUR.
3. A far data dall'adozione del PPR non sono consentiti, sugli immobili e nelle aree di cui all'articolo 134 del d.lgs. n. 42/2004, interventi in contrasto con le prescrizioni di tutela previste nel piano stesso.

Art. 20
Durata del Piano Paesaggistico Regionale.

1. Il PPR ha di norma durata quinquennale ed è aggiornato secondo i termini e modalità stabiliti nell'accordo di cui all'articolo 143, comma 2 del d.lgs. n. 42/2004 e comunque entro tre anni dalla sua pubblicazione nel BUR.

Art. 21
Adeguamento degli strumenti di pianificazione al Piano Paesaggistico Regionale.

1. Le province, le comunità montane e i soggetti gestori delle aree naturali protette conformano i rispettivi piani e programmi al PPR nei termini ivi stabiliti che non devono essere superiori ad un anno dall'approvazione del medesimo PPR.
2. I comuni conformano il PRG al PPR nei termini ivi stabiliti che non devono essere superiori a due anni.
3. L'inutile decorso dei termini di cui ai commi 1 e 2 comporta l'impossibilità, per i soggetti ivi citati, di assumere gli atti conseguenti all'espletamento delle procedure connesse con la formazione, adozione e approvazione di qualsiasi strumento di programmazione e pianificazione e loro varianti, salvo gli atti finalizzati all'adeguamento al PPR medesimo. Il rilascio di atti autorizzativi e pareri comunque intesi è effettuato nel rispetto del PPR.
4. I paesaggi di area vasta, articolati all'interno dei paesaggi regionali, ai sensi dell' articolo 16, comma 1, lettera b), sono definiti dalla provincia con il PTCP secondo il principio della copianificazione, al quale partecipano la Regione e i comuni interessati, e sono di riferimento per i paesaggi locali.
5. Le procedure di adeguamento e conformazione degli strumenti urbanistici comunali al PPR sono quelle previste dall'articolo 18, commi 2, 4, 8 e 9 e dell'articolo 67 della L.R. n. 11/2005, nonché quelle integrative individuate dal PPR stesso, anche al fine di assicurare la partecipazione degli organi ministeriali alla procedura.
6. La Regione, ai fini dell'adeguamento di cui al comma 3, coadiuva gli enti locali che ne facciano richiesta, fornendo gli studi, le indagini e le ricerche necessarie, nonché l'eventuale consulenza tecnica.

Art. 22
Osservatorio regionale per la qualità del paesaggio.

1. La Regione istituisce, con decreto del Presidente della Giunta regionale, l'Osservatorio regionale per la qualità del paesaggio previsto dall'articolo 133, comma 1 del d.lgs. n. 42/2004.
2. L'Osservatorio regionale per la qualità del paesaggio è il centro di ricerca, raccolta e scambio delle informazioni e dei dati paesaggistici ed opera in collegamento con l'Osservatorio nazionale e in reciproca collaborazione con le amministrazioni e gli organi tecnici statali, competenti in materia di paesaggio, nonché con le province e i comuni, al fine dell'indirizzo e del coordinamento metodologico e tecnico delle attività di tutela e pianificazione paesaggistica, in attuazione anche dei disposti contenuti nella Convenzione europea del Paesaggio.
3. L'Osservatorio regionale per la qualità del paesaggio, in stretta relazione con il Sistema Informativo Ambientale e Territoriale di cui all'articolo 23, formula proposte per orientare le politiche di tutela e valorizzazione del paesaggio attraverso la conoscenza, lo studio e l'analisi delle trasformazioni paesaggisticoterritoriali e delle tendenze evolutive del paesaggio definendone le necessarie metodologie.
4. Tutti i soggetti che abbiano uno specifico interesse possono fornire e attingere dati conoscitivi dall'Osservatorio per la qualità del paesaggio, la cui attività è finalizzata sia ad accrescere la sensibilità e la cultura del paesaggio, sia a costruire una piattaforma tecnica omogenea di conoscenza e valutazione.
5. L'Osservatorio regionale per la qualità del paesaggio elabora ogni anno un rapporto sullo stato delle politiche per il paesaggio.
6. La Giunta regionale disciplina con apposito atto la composizione, il funzionamento, i compiti operativi ed i protocolli tecnico-informatici dell'Osservatorio regionale per la qualità del paesaggio.

Capo III
Monitoraggio integrato del territorio

Art. 23
Istituzione del Sistema Informativo regionale Ambientale e Territoriale.

1. Al fine di favorire la realizzazione di un sistema diffuso di conoscenze attinenti il territorio e l'ambiente è istituito il Sistema Informativo regionale Ambientale e Territoriale (SIAT).
2. Il SIAT costituisce il riferimento conoscitivo fondamentale per la

definizione degli atti di governo del territorio e per la verifica dei loro effetti.
3. La Regione, in raccordo con le province, i comuni singoli o associati, il Consorzio per il Sistema Informativo regionale (SIR) e l'Agenzia Regionale per la Protezione Ambientale (ARPA) cura la realizzazione del SIAT attraverso la sottoscrizione di specifici accordi.
4. Le funzioni del SIAT sono assegnate alla Direzione Ambiente Territorio e Infrastrutture della Regione Umbria.

Art. 24
Funzioni e compiti del Sistema Informativo regionale Ambientale e Territoriale.

1. La Regione, in coordinamento con i soggetti di cui all'articolo 23, comma 3, anche a seguito di specifici accordi di cooperazione e scambio dati, cura la realizzazione del SIAT integrato, cui sono affidate le seguenti funzioni:
a) promuovere con le province e i comuni singoli o associati la rete informativa delle autonomie locali per il territorio, attraverso la definizione di standard informatici e informativi per la elaborazione e la rappresentazione dei dati attinenti i procedimenti edilizi e gli strumenti urbanistici e la realizzazione di sistemi informativi territoriali in cooperazione applicativa, per l'erogazione di servizi territoriali evoluti all'utenza pubblica e privata;
b) partecipare alla realizzazione della Infrastruttura dei Dati Territoriali nazionale ed europea, in attuazione della direttiva 2007/2/CE (Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 marzo 2007 che istituisce un'Infrastruttura per l'informazione territoriale nella Comunità europea (INSPIRE)), assicurando il coordinamento con gli organismi nazionali preposti alla definizione delle regole tecniche per la realizzazione delle basi dati territoriali e della relativa metadocumentazione;
c) realizzare, implementare, aggiornare e diffondere on line l'archivio unico regionale dei dati geografici, ambientali e territoriali e le relative elaborazioni statistiche;
d) assicurare l'aggiornamento e la pubblicazione on line della cartografia afferente al PUST e al PPR, nonché di quelle di cui all'articolo 7, comma 2 della L.R. n. 27/2000;
e) realizzare, implementare ed aggiornare un unico e stabile sistema di riferimento geodetico per tutto il territorio regionale e per tutte le applicazioni e le basi cartografiche e aerofotografiche di riferimento, a cui gli strumenti di programmazione e pianificazione territoriale della Regione, delle province e dei comuni devono riferirsi per assicurare la necessaria congruenza e confronto;

f) promuovere e realizzare studi e progetti di implementazione del patrimonio informativo regionale;
g) fornire servizi e informazioni a tutti i cittadini, acquisendo informazioni provenienti oltre che da enti pubblici anche dalla comunità scientifica.

Capo IV
La pianificazione provinciale
(Il Piano territoriale di coordinamento provinciale)

Art. 25
Finalità del Piano Territoriale di Coordinamento Provinciale.

1. Il PTCP di cui all'articolo 6, comma 3, lettera c), la cui formazione è obbligatoria, è elaborato in base a quadri conoscitivi e valutativi dello stato del territorio e dell'ambiente.
2. La dimensione strategica e programmatica del PTCP si esprime attraverso la definizione, in coerenza con i contenuti espressi dal PUST ed in recepimento del PPR, di una visione del proprio territorio per la programmazione di settore provinciale e per i contenuti della pianificazione urbanistica dei comuni.
3. La dimensione regolativa del PTCP si esprime attraverso la definizione di una disciplina articolata in criteri di indirizzo, di direttive e di norme prescrittive, in coerenza al PUST ed in conformità alle normative regionali ed al PPR.

Art. 26
Azione di coordinamento delle province.

1. Le province, ai sensi del d.lgs. n. 267/2000, ed in quanto titolari di funzioni di pianificazione territoriale di area vasta, con il PTCP:
a) raccordano e coordinano i diversi piani settoriali provinciali e di interesse sovracomunale;
b) forniscono ai comuni le basi conoscitive utili per le loro azioni pianificatorie;
c) promuovono azioni di raccordo tra le pianificazioni dei comuni con particolare riferimento a quelli i cui territori presentano un'elevata continuità morfologica o funzionale, in cui le scelte di pianificazione comportano significativi effetti di livello sovracomunale;
d) esercitano le funzioni per attuare la perequazione territoriale e la compartecipazione tra i comuni interessati ai proventi e costi conseguenti a trasformazioni o interventi di rilevanza intercomunale.
2. I comuni di piccola dimensione, nonché quelli per i quali sussiste l'esigenza dell'integrazione territoriale con comuni limitrofi, possono

richiedere alla provincia il coordinamento e la formazione del PRG, parte strutturale, anche intercomunale.
3. Le province, attraverso il PTCP, promuovono il coordinamento con le province ed i comuni contermini ai fini dell'integrazione delle rispettive politiche territoriali.

Art. 27
Elaborati del Piano Territoriale di Coordinamento Provinciale.

1. Il PTCP è costituito dai seguenti elaborati:
a) la relazione illustrativa, descrive il metodo ed i contenuti del PTCP e degli altri elaborati che lo compongono e comprende:
1) il repertorio delle conoscenze, che illustra l'apparato conoscitivo sullo stato e sulle dinamiche delle componenti naturalistiche ed antropiche del territorio provinciale posto a base del Piano; il repertorio costituisce altresì supporto per la pianificazione comunale in un'ottica di sussidiarietà e copianificazione;
2) la visione strategica dell'assetto spaziale del territorio della provincia, che rappresenta in modo coerente le azioni che il Piano intende promuovere in riferimento alle politiche regionali di governo del territorio ed in particolare con la visione strategica del territorio regionale ed alle previsioni di pianificazione regionale espresse dal PUST e dal PPR;
b) la carta dei regimi normativi del territorio della provincia, da redigersi in formato georeferenziato nel rapporto di 1:25.000, con eventuali stralci nel rapporto di 1:10.000, che contiene, in particolare:
1) i paesaggi regionali e quelli d'area vasta di cui al PPR;
2) la rete ecologica esistente e di progetto, in coerenza con la rete ecologica regionale;
3) la rete delle infrastrutture della mobilità, esistenti e di progetto, che rientra nelle proprie competenze, nel rispetto degli strumenti sovraordinati;
4) la localizzazione delle attrezzature, degli impianti, delle infrastrutture e dei servizi di interesse provinciale esistenti e di progetto;
5) l'articolazione dei progetti territoriali di interesse regionale di cui al PUST ed al PPR, da promuovere e coordinare a livello provinciale;
6) l'individuazione degli ambiti prioritari di coordinamento delle pianificazioni ai fini dell' articolo 26, comma 2;
c) le norme tecniche di attuazione, articolate in criteri di indirizzo, in direttive ed in norme prescrittive, indicando quelle prevalenti sulla pianificazione comunale, hanno ad oggetto la disciplina urbanistica e paesaggistica degli elementi demandati al PTCP dagli strumenti di pianificazione e programmazione regionali, costituendo approfondimento degli stessi. Le norme tecniche di attuazione, contengono, in particolare:
1) il repertorio dei paesaggi d'area vasta, redatto in coerenza con il PPR

e facenti parte dello stesso;
2) il repertorio di progetti strategici;
3) le linee di intervento in materia di difesa del suolo, di tutela delle acque, di qualità ambientale e dell'aria sulla base delle caratteristiche ambientali, geologiche, idrogeologiche e sismiche del territorio;
4) i criteri sulla riqualificazione e sul dimensionamento degli insediamenti con riferimento al contenimento del consumo di suolo;
5) i criteri per gli insediamenti produttivi a rischio di incidente rilevante di cui al decreto del Ministro dei lavori pubblici del 9 maggio 2001 (Requisiti minimi di sicurezza in materia di pianificazione urbanistica e territoriale per le zone interessate da stabilimenti a rischio di incidente rilevante), nonché per gli allevamenti zootecnici.

Art. 28
Copianificazione, formazione e approvazione del Piano Territoriale di Coordinamento Provinciale.

1. Le province, con l'atto di avvio del processo di formazione del PTCP, nominando il responsabile unico del procedimento stabiliscono altresì:
a) le modalità di partecipazione al processo formativo dei soggetti portatori di interessi collettivi, di cui all'articolo 8, comma 1, lettera a);
b) i soggetti da coinvolgere e le fasi in cui tali consultazioni e partecipazioni debbano essere effettuate, di cui all'articolo 8, comma 1, lettera b).
2. La provincia, sulla base di adeguate conoscenze e valutazioni, approva il documento programmatico contenente gli indirizzi per la predisposizione del PTCP, con particolare riferimento ai contenuti di cui al comma 2 dell'articolo 25.
3. La provincia assicura la pubblicità del documento programmatico di cui al comma 2 tramite pubblico avviso e ulteriori adeguate forme di informazione a tutti i soggetti pubblici e privati interessati. L'avviso fissa termini congrui entro i quali tutti i soggetti interessati possono presentare valutazioni e proposte in merito al documento programmatico.
4. La provincia sulla base del documento programmatico e delle valutazioni e proposte pervenute convoca una conferenza istituzionale di copianificazione alla quale partecipano la Regione, le province contermini, i comuni e le amministrazioni statali interessati. Ogni ente partecipa alla conferenza con un unico rappresentante legittimato ad esprimere la volontà dell'ente. La conferenza si conclude entro trenta giorni dalla prima seduta.
5. La conferenza istituzionale di copianificazione esprime valutazioni e proposte in merito al documento programmatico e alla conclusione dei lavori viene redatto apposito verbale e la provincia lo trasmette alla Regione.

6. Le province, entro centottanta giorni dalla conclusione della conferenza istituzionale di copianificazione, adottano il PTCP, che è depositato per sessanta giorni presso le proprie sedi istituzionali. L'avvenuto deposito e il PTCP medesimo sono contestualmente pubblicati nel BUR e nel sito web istituzionale della Regione. Durante il periodo di deposito chiunque può prendere visione degli elaborati e può inviare osservazioni alle province, le quali determinano su esse.
7. Le province trasmettono alla Regione il PTCP adottato e la determinazione di cui al comma 6. Il Presidente della Giunta regionale, entro i sessanta giorni successivi al ricevimento e previa istruttoria tecnica dei propri uffici, convoca una conferenza istituzionale alla quale partecipano le province.
8. La conferenza istituzionale verifica e valuta esplicitamente la conformità delle previsioni del PTCP con le strategie e previsioni della pianificazione e programmazione regionale, con particolare riguardo alla conformità al PPR ed alla coerenza con il PUST. Entro trenta giorni dalla convocazione si concludono i lavori della conferenza istituzionale.
9. La Giunta regionale, entro trenta giorni dalla conclusione della conferenza e sulla base delle risultanze della stessa, esprime con apposito atto le proprie valutazioni dettando eventuali prescrizioni.
10. Entro quarantacinque giorni dal ricevimento dell'atto di cui al comma 9, le province approvano il PTCP in conformità ad esso, e lo pubblicano nel BUR e nel sito web istituzionale della Regione.
11. La deliberazione di approvazione e gli elaborati del PTCP approvato sono trasmessi, entro i successivi trenta giorni, alla Regione.

Art. 29
Efficacia, durata e varianti del Piano Territoriale di Coordinamento Provinciale.

1. Il PTCP approvato è efficace dal giorno successivo alla sua pubblicazione nel BUR ed ha di norma durata quinquennale.
2. Le province, entro e non oltre sei mesi dall'insediamento dei consigli provinciali, sottopongono a verifica il PTCP sulla base del suo stato di attuazione ed alla eventuale revisione programmatica.
3. Le varianti del PTCP sono adottate ed approvate con le procedure previste all' articolo 28.
4. L'adeguamento a nuove disposizioni del PPR aventi carattere cogente, a previsioni di piani di settore immediatamente applicabili, nonché ad eventuali ratifiche di accordi definitivi per l'approvazione dei PRG, sono recepite ed integrate nel PTCP con le modalità previste dall'articolo 15, commi 4, 8 e 9 della L.R. n. 11/2005.

Art. 30
Adeguamento del Piano Regolatore Generale al Piano Territoriale di Coordinamento Provinciale.

1. I comuni adeguano i propri strumenti urbanistici al PTCP entro e non oltre dodici mesi dall'approvazione del PTCP medesimo.
2. Dalla data di efficacia del PTCP approvato, il comune non può rilasciare titoli abilitativi che siano in contrasto con le prescrizioni immediatamente efficaci del PTCP medesimo.

TITOLO II
Diritti edificatori ed interventi straordinari in materia edilizia
Capo I
Definizione delle quantità premiali di cui alla legge regionale 10 luglio 2008, n. 12 ed alla legge regionale 18 novembre 2008, n. 17.

Art. 31
Definizione del valore convenzionale di cui al comma 3 dell'articolo 8 della legge regionale 10 luglio 2008, n. 12.

1. Ai fini degli interventi premiali negli Ambiti di Rivitalizzazione Prioritaria (ARP) di cui all' articolo 7 della legge regionale 10 luglio 2008, n. 12 (Norme per i centri storici) la quantità di Superficie Utile Coperta (SUC) derivante dal calcolo di cui agli articoli 8 e 9 della stessa legge regionale è moltiplicata per la somma di coefficienti determinati dalla Giunta regionale entro sessanta giorni dall'approvazione della presente legge, espressione dei seguenti criteri:
a) classe dimensionale del centro storico;
b) destinazione d'uso;
c) presenza di parcheggi pertinenziali realizzati all'interno dell'ARP in proporzione alla SUC dell'intervento;
d) classificazione dell'edificio oggetto di intervento in base all'articolo 3, comma 2 dell'allegato A alla Delib.G.R. 19 marzo 2007, n. 420 (Disciplina interventi recupero patrimonio edilizio esistente, art. 45, comma 1, lettera b), L.R. n. 1/2004 con il Repertorio dei tipi e elementi ricorrenti nell'edilizia tradizionale);
e) scala dimensionale dell'intervento di cui al comma 2 dell'articolo 8 della L.R. n. 12/2008;
f) valore massimo di abitazioni in stato conservativo normale indicato per il centro storico dall'Osservatorio del Mercato Immobiliare (OMI) dell'Agenzia del Territorio nel semestre precedente all'intervento.

Art. 32
Determinazione della premialità per interventi in materia di sostenibilità ambientale degli edifici di cui alla legge regionale 18 novembre 2008, n. 17.

1. Per la realizzazione di edifici che ottengono la certificazione di sostenibilità ambientale in classe A di cui al Titolo II della legge regionale 18 novembre 2008, n. 17 (Norme in materia di sostenibilità ambientale degli interventi urbanistici ed edilizi), il comune può prevedere quantità edificatorie premiali attraverso l'incremento, fino ad un massimo del venti per cento, della potenzialità edificatoria stabilita in via ordinaria dallo strumento urbanistico generale, dal piano attuativo o da specifiche normative sul lotto oggetto di intervento, con esclusione degli interventi nelle zone di tipo A ed E di cui al decreto ministeriale 2 aprile 1968, n. 1444 (Limiti inderogabili di densità edilizia, di altezza, di distanza fra i fabbricati e rapporti massimi tra spazi destinati agli insediamenti residenziali e produttivi e spazi pubblici o riservati alle attività collettive, al verde pubblico o a parcheggi da osservare ai fini della formazione dei nuovi strumenti urbanistici o della revisione di quelli esistenti, ai sensi dell'art. 17 della L. 6 agosto 1967, n. 765). In caso di certificazione in classe B il comune può prevedere quantità edificatorie premiali fino ad un massimo del dieci per cento.
2. Qualora l'interessato intenda avvalersi dei benefici stabiliti dal comune ai sensi del comma 1 , richiede al soggetto che rilascia la certificazione di sostenibilità ambientale, un attestato preliminare di conformità del punteggio e della classe di appartenenza del fabbricato con le stesse modalità previste all'articolo 5 della L.R. n. 17/2008. L'attestato preliminare di conformità è trasmesso al comune a cura dell'interessato, ai fini del riconoscimento dei benefici per il rilascio del titolo abilitativo.
3. Il comune, in caso di difformità o inadempienze nella certificazione di sostenibilità ambientale accertate nell'ambito dell'attività di controllo di cui all'articolo 21 della L.R. n. 17/2008, qualora i benefici edilizi ai sensi del comma 2 abbiano determinato incrementi delle potenzialità edificatorie nella realizzazione dell'edificio, applica anche la sanzione pecuniaria massima prevista dall' articolo 8, comma 2 della legge regionale 3 novembre 2004, n. 21 (Norme sulla vigilanza, responsabilità, sanzioni e sanatoria in materia edilizia), con riferimento agli incrementi premiali di superficie utile coperta realizzati.

Capo II
Interventi straordinari per il rilancio dell'economia e finalizzati alla riqualificazione architettonica, strutturale ed ambientale degli edifici esistenti

Art. 33
Finalità e ambito di applicazione.

1. Le disposizioni del presente Capo sono volte al miglioramento della funzionalità degli spazi abitativi, produttivi e pertinenziali degli edifici esistenti, assicurando al contempo il conseguimento di più elevati livelli di sicurezza, di efficienza energetica e di qualità architettonica, in coerenza con i caratteri storici, paesaggistici ambientali ed urbanistici delle zone ove tali edifici sono ubicati.
2. Le disposizioni del presente Capo si applicano agli edifici di cui al comma 1 , con esclusione di quelli:
a) ricadenti nei centri storici, di cui alle zone di tipo A del decreto ministeriale 1444/1968 e nelle aree soggette a vincoli di inedificabilità assoluta in base a normative statali, regionali o previste dallo strumento urbanistico generale comunale;
b) ricadenti nelle zone agricole e realizzati successivamente al 13 novembre 1997. Per l'ampliamento degli edifici realizzati in data anteriore al 13 novembre 1997 resta fermo il limite di superficie complessiva di quattrocentocinquanta metri quadrati previsto dal comma 1 dell'articolo 35 della L.R. n. 11/2005;
c) ricadenti nelle zone boscate;
d) ricadenti nelle zone a rischio di frana e idraulico di cui agli articoli 14, 15, 28 e 31 delle Norme Tecniche di Attuazione del Piano di Assetto Idrogeologico (Piano di bacino Tevere - VI Stralcio funzionale per l'assetto idrogeologico P.A.I.) approvato con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 10 novembre 2006 o comunque riferibili a normative di inedificabilità per analoghe situazioni di rischio;
e) ricadenti negli ambiti sottoposti a consolidamento abitati di cui all'articolo 61 del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia - Testo A);
f) ricadenti negli ambiti di riserva integrale e di riserva generale orientata dei parchi nazionali di cui alla legge 6 dicembre 1991, n. 394 (Legge quadro sulle aree protette), nonché nelle zone "A" concernenti la riserva integrale dei parchi regionali di cui alla legge regionale 3 marzo 1995, n. 9 (Tutela dell'ambiente e nuove norme in materia di Aree naturali protette);
g) classificati come beni culturali ai sensi della Parte seconda del d.lgs. n. 42/2004;
h) classificabili, con le modalità previste dagli articoli 3 e 4 dell'Allegato A della Delib.G.R. n. 420/2007, come edilizia speciale, monumentale o atipica, ordinaria tradizionale prevalentemente integra, ricadenti nelle aree sottoposte a vincolo paesaggistico ai sensi del d.lgs. n. 42/2004,

nonché negli ambiti di cui all'articolo 4, comma 2 della legge regionale 18 febbraio 2004, n. 1 (Norme per l'attività edilizia);
i) eseguiti in assenza di titolo abilitativo e che non abbiano conseguito alla data del 31 marzo 2009 il titolo abilitativo a sanatoria a seguito dell'accertamento di conformità o del condono edilizio. Le superfici realizzate abusivamente per le quali alla data del 31 marzo 2009 sia intervenuta la sanatoria a seguito del condono edilizio, sono sottratte dagli ampliamenti realizzabili ai sensi degli articoli 34, 35 e 36;
l) ricadenti in zone omogenee o ambiti ove le normative e lo strumento urbanistico precludono la possibilità di realizzare ampliamenti o ristrutturazioni che riguardino la completa demolizione e ricostruzione dell'edificio.
3. I comuni, entro sessanta giorni dall'entrata in vigore della presente legge, possono escludere, con delibera del consiglio comunale, l'applicabilità delle norme di cui agli articoli 34, 35 e 36 o stabilire limiti inferiori di ampliamento per specifici immobili o zone del proprio territorio, in ragione delle caratteristiche paesaggistiche e ambientali, nonché del grado di saturazione edilizia esistente.
4. Ai fini del presente Capo per edificio esistente si intende quello definito ai commi 1 e 3 dell'articolo 22 del Reg. 3 novembre 2008, n. 9 (Disciplina di attuazione dell'art. 12, comma 1, lettere a) e d-*bis*) della legge regionale 18 febbraio 2004, n. 1 (Norme per l'attività edilizia) - Criteri per regolamentare l'attività edilizia e per il calcolo delle superfici, delle volumetrie, delle altezze e delle distanze relative alla edificazione), i cui lavori siano stati ultimati alla data del 31 marzo 2009, circondato da strade o spazi liberi ed accatastato prima del rilascio del titolo abilitativi per gli interventi consentiti.
5. Gli incrementi della SUC previsti agli articoli 34, 35 e 36 sono consentiti fatte salve le disposizioni del codice civile o eventuali obblighi assunti con atto registrato e trascritto. Gli incrementi della SUC non si cumulano con quelli eventualmente consentiti dagli strumenti urbanistici comunali o da norme regionali.

Art. 34
Interventi di ampliamento degli edifici a destinazione residenziale.

1. Sono consentiti interventi edilizi di ampliamento entro il limite massimo del venti per cento della SUC di ciascuna unità immobiliare e comunque fino al massimo complessivo di settanta metri quadrati, per gli edifici esistenti a destinazione residenziale aventi le seguenti caratteristiche:
a) tipologia unifamiliare o bifamiliare;
b) tipologia diversa da quella di cui alla lettera a) avente SUC non superiore a trecentocinquanta metri quadrati, indipendentemente dal numero delle unità immobiliari.

2. Gli ampliamenti di cui al comma 1, qualora siano realizzati in aderenza e in forma strutturalmente indipendente dall'edificio esistente, sono condizionati alla valutazione della sicurezza dello stesso edificio ai sensi del punto 8.5 del decreto del Ministero delle Infrastrutture 14 gennaio 2008 (Approvazione delle nuove norme tecniche per le costruzioni) ed alla contestuale esecuzione di interventi finalizzati a ridurre la vulnerabilità sismica.
3. La parte ampliata degli edifici esistenti deve essere realizzata con materiali e secondo tecniche di elevata efficienza energetica definite dalla Giunta regionale entro sessanta giorni dall'entrata in vigore della presente legge.

Art. 35
Interventi di recupero su edifici a destinazione residenziale.

1. Gli edifici a destinazione residenziale possono essere demoliti e ricostruiti con un incremento della SUC entro il limite massimo del venticinque per cento di quella esistente.
2. Gli interventi di cui al comma 1 sono consentiti purché l'edificio ricostruito consegua la certificazione di sostenibilità ambientale, almeno in classe "B", di cui al disciplinare tecnico approvato in attuazione della L.R. n. 17/2008.
3. Nel caso di interventi sugli edifici di cui al comma 1 costituiti da almeno otto alloggi e SUC di ottocento metri quadrati l'incremento della stessa SUC è destinato, qualora si realizzano nuove unità abitative, almeno per il cinquanta per cento, alla realizzazione di abitazioni di dimensioni non inferiori a sessanta metri quadrati da locare a canone concordato ai sensi della legge 9 dicembre 1998, n. 431 (Disciplina delle locazioni e del rilascio degli immobili adibiti ad uso abitativo) per almeno otto anni.
4. Qualora gli edifici interessati da interventi di demolizione e ricostruzione siano almeno tre e siano ricompresi entro un Piano Attuativo, ovvero un Programma Urbanistico di cui all' articolo 28 della L.R. n. 11/2005, la SUC può essere incrementata complessivamente entro il limite massimo del trentacinque per cento di quella esistente. Tutti gli edifici ricostruiti dovranno conseguire la certificazione di sostenibilità ambientale, almeno in classe B, di cui al disciplinare tecnico approvato in attuazione della L.R. n. 17/2008.
5. Gli interventi di cui ai commi 1 e 4 sono consentiti su edifici residenziali ove sono presenti anche destinazioni d'uso diverse nella misura comunque non superiore al venticinque per cento della SUC esistente. In tali casi l'incremento della SUC è computato esclusivamente con riferimento alla superficie esistente destinata a residenza.

Art. 36
Interventi di ampliamento di edifici a destinazione produttiva.

1. Gli edifici ricadenti nelle zone di tipo D di cui al decreto ministeriale 1444/1968 a destinazione artigianale, industriale e per servizi ad esclusione di quelli alberghieri, extralberghieri, commerciali per medie e grandi strutture di vendita possono essere ampliati ovvero demoliti e ricostruiti con incremento massimo del venti per cento della SUC. Gli interventi sono realizzati a mezzo di piano attuativo con previsioni planovolumetriche da sottoporre a parere della provincia da rendersi entro trenta giorni dalla richiesta, che interessi una superficie fondiaria di almeno ventimila metri quadrati e che preveda la riqualificazione architettonica e ambientale di tutti gli edifici in essa ricompresi, delle aree e delle relative dotazioni territoriali e funzionali, mediante un progetto unitario da attuare contemporaneamente all'ampliamento degli edifici.
2. Gli interventi di cui al comma 1 sono consentiti nel rispetto delle condizioni di cui all' articolo 37 e delle disposizioni inerenti il recupero dell'acqua piovana, di risparmio energetico e di utilizzo di fonti di energia rinnovabile di cui agli articoli 9 e 15, comma 3 della L.R. n. 17/2008.

Art. 37
Condizioni per gli interventi.

1. Fatto salvo quanto stabilito dal d.lgs. n. 42/2004 in materia di vincolo paesaggistico, tutti gli interventi di ampliamento di cui agli articoli 34, 35 e 36 sono subordinati al rispetto delle seguenti condizioni:
a) garantire il miglioramento della qualità architettonica ed ambientale dell'edificio esistente;
b) non superare l'altezza massima consentita dallo strumento urbanistico;
c) mantenere gli allineamenti lungo i fronti stradali e assicurare il rispetto delle disposizioni sulle fasce di rispetto stradali e ferroviarie e sulle distanze minime stabilite dal Reg. n. 9/2008;
d) rispettare le normative tecniche per le costruzioni con particolare riferimento a quelle antisismiche.
2. Gli interventi di demolizione, ricostruzione e ampliamento di cui all' articolo 35, sono subordinati al reperimento di spazi per parcheggi pertinenziali ai sensi dell' articolo 2, comma 2 della legge 24 marzo 1989, n. 122 (Disposizioni in materia di parcheggi, programma triennale per le aree urbane maggiormente popolate nonché modificazioni di alcune norme del testo unico sulla disciplina della circolazione stradale, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 15 giugno 1959, n. 393) relativamente all'intero edificio, comprensivo dell'ampliamento, nonché

al rispetto delle normative vigenti in materia di dotazioni territoriali e funzionali relativamente alle parti ampliate.

Art. 38
Disposizioni applicative.

1. Fatto salvo per gli interventi di cui agli articoli 35, comma 4 e 36, le disposizioni inerenti gli interventi previsti dal presente Capo hanno validità per le istanze di titoli abilitativi presentate al comune e complete della documentazione richiesta dalle normative entro diciotto mesi dall'entrata in vigore della presente legge. Entro lo stesso termine di cui sopra, gli interventi di cui all' articolo 35 sono consentiti esclusivamente con procedimento edilizio abbreviato di cui all' articolo 18 della L.R. n. 1/2004 , mentre quelli previsti agli articoli 34 e 36 con denuncia di inizio attività, fatto salvo l'eventuale piano attuativo. L'istanza è trasmessa al comune con modalità telematica tramite il sistema di gestione del procedimento del comune medesimo o, in alternativa, con posta elettronica certificata.
2. Il piano attuativo, finalizzato alla realizzazione degli interventi di cui al presente Capo, è adottato dalla giunta comunale con tempi di deposito e pubblicazione ridotti della metà.
3. Nel caso di violazione delle disposizioni di cui al presente Capo si applicano le sanzioni di cui al Titolo I della L.R. n. 21/2004.
4. Fatto salvo quanto previsto all'articolo 33, comma 3, le disposizioni del presente Capo prevalgono sugli strumenti urbanistici.

TITOLO III
Modifiche e abrogazioni
Capo I
Modifiche alla legge regionale 28 febbraio 2000, n. 13 (Disciplina generale della programmazione, del bilancio, dell'ordinamento contabile e dei controlli interni della Regione dell'Umbria)

Art. 39
Modifica all'articolo 5.

1. Il comma 3 dell'articolo 5 della L.R. n. 13/2000 è sostituito dal seguente: "3. Il partenariato istituzionale si esplica, per quanto concerne gli enti locali, attraverso le apposite conferenze previste dalla legislazione regionale sugli strumenti di pianificazione urbanistica strategica territoriale regionale e attraverso la concertazione con il Consiglio delle Autonomie locali.".

Art. 40
Modifiche all'articolo 7.

1. Al comma 1 dell'articolo 7 della L.R. n. 13/2000, dopo la parola "territoriale" è inserita la seguente parola ", paesaggistica".
2. La lettera b) del comma 1 dell'articolo 7 della L.R. n. 13/2000 è sostituita dalla seguente: "b) il piano urbanistico strategico territoriale, di seguito denominato PUST;".
3. Dopo la lettera b) del comma 1 dell'articolo 7 della L.R. n. 13/2000 è inserita la seguente lettera: "b-*bis*) il piano paesaggistico regionale, di seguito denominato PPR;".

Art. 41
Modifica all'articolo 8.

1. Al comma 2 dell'articolo 8 della L.R. n. 13/2000 la parola "PUT" è sostituita dalla seguente parola "PUST".

Art. 42
Modifica all'articolo 9.

1. L'articolo 9 della L.R. n. 13/2000 è sostituito dal seguente:

"Art. 9
Piano Urbanistico Strategico Territoriale.

1. Il Piano Urbanistico Strategico Territoriale è lo strumento generale della programmazione territoriale regionale di cui all' articolo 18 della legge regionale 16 aprile 2005, n. 21 (Nuovo Statuto della Regione Umbria).
2. La programmazione territoriale e la programmazione economica e sociale si realizzano assicurando la reciproca coerenza dei rispettivi strumenti fondamentali di riferimento (PRS e PUST) i quali si integrano senza sovrapporsi.
3. La struttura e i contenuti del PUST sono disciplinati con legge regionale.".

Art. 43
Modifica all'articolo 18.

1. L'articolo 18 della L.R. n. 13/2000 è sostituito dal seguente:

"Art. 18

Procedimento di formazione del Piano Urbanistico Strategico Territoriale.

1. Il procedimento di formazione, adozione e approvazione del PUST sono disciplinati con legge regionale.".

Capo II
Modifiche alla legge regionale 24 marzo 2000, n. 27
(Piano urbanistico territoriale)

Art. 44
Modifica del titolo della L.R. n. 27/2000.

1. Il titolo della L.R. n. 27/2000 è sostituito dal seguente: "Norme per la pianificazione urbanistica territoriale.".

Art. 45
Modifica della denominazione del Titolo I della L.R. n. 27/2000.

1. Il Titolo I della L.R. n. 27/2000 è sostituito dal seguente: "Disposizioni generali".

Art. 46
Modifica all'articolo 5.

1. L'articolo 5 della L.R. n. 27/2000 è sostituito dal seguente:

"Art. 5
Programmazione urbanistico-territoriale regionale.

1. La Regione conferisce al territorio ed ai relativi sistemi insediativi, rurali ed infrastrutturali, elevati e durevoli livelli di qualità per la sostenibilità dello sviluppo, individuando gli obiettivi e le azioni necessarie, quali la qualificazione e valorizzazione delle bellezze naturali, delle singolarità geologiche, delle peculiarità storico-architettoniche ed insediative, del patrimonio faunistico e floristicovegetazionale, nonché delle forme del paesaggio rurale. Riconosce inoltre la necessità di integrazione tra tali obiettivi e le azioni volte alla conoscenza, conservazione e valorizzazione del patrimonio culturale della Regione.
2. La Regione impiega misure finanziarie per assicurare lo sviluppo sostenibile al territorio stesso.".

Art. 47
Modifiche all'articolo 7.

1. La rubrica dell'articolo 7 della L.R. n. 27/2000 è sostituita dalla seguente " (Valore della cartografia)".
2. Al comma 2 dell'articolo 7 della L.R. n. 27/2000 le parole "al P.U.T." sono sostituite dalle seguenti parole "alla presente legge".

Art. 48
Modifiche all'articolo 8.

1. La rubrica dell'articolo 8 della L.R. n. 27/2000 è sostituita dalla seguente "(Scenari tematici)".
2. Al comma 1 dell'articolo 8 della L.R. n. 27/2000 le parole "del P.U.T." sono soppresse.

Art. 49
Modifica all'articolo 12.

1. Al comma 1 dell'articolo 12 della L.R. n. 27/2000 le parole "Il P.U.T. indica nella carta n. 8" sono sostituite dalle seguenti parole "Nella carta n. 8 sono indicate".

Art. 50
Modifica all'articolo 13.

1. Il comma 2 dell'articolo 13 della L.R. n. 27/2000 è sostituito dal seguente: "2. Al fine di salvaguardare l'integrità ambientale come bene unitario i siti e le zone indicate al comma 1 assumono valore estetico culturale e pregio ambientale.".

Art. 51
Modifiche all'articolo 15.

1. Al comma 2 dell'articolo 15 della L.R. n. 27/2000 le parole "dal PTCP quale piano paesistico-ambientale," sono sostituite dalle seguenti parole "dalle province in coerenza con il PPR,".
2. Al comma 3 dell'articolo 15 della L.R. n. 27/2000 le parole "del PTCP," sono sostituite dalle seguenti parole "provinciale di cui al comma 2,".
3. Al comma 6 dell'articolo 15 della L.R. n. 27/2000 dopo la parola "boscate" sono inserite le seguenti parole "e nelle fasce di transizione".

Art. 52
Modifiche all'articolo 17.

1. Al comma 1 dell'articolo 17 della L.R. n. 27/2000 le parole "Il P.U.T. nelle carte n. 12 e 13 rappresenta" sono sostituite dalle seguenti parole "Nelle carte n. 12 e 13 sono rappresentate".
2. Al comma 2 dell'articolo 17 della L.R. n. 27/2000 le parole "Il P.U.T." sono sostituite dalle seguenti parole "La presente legge".
3. Il comma 3 dell'articolo 17 della L.R. n. 27/2000 è sostituito dal seguente: "3. Al fine di salvaguardare l'integrità ambientale come bene unitario, alle aree contigue di cui al comma 1 è riconosciuto valore estetico culturale e pregio ambientale.".

Art. 53
Modifica all'articolo 22.

1. Al comma 1 dell'articolo 22 della L.R. n. 27/2000 le parole "Il P.U.T., nella carta n. 20, rappresenta" sono sostituite dalle seguenti parole "Nella carta n. 20 sono rappresentati".

Art. 54
Integrazione alla L.R. n. 27/2000.

1. Dopo l' articolo 22 della L.R. n. 27/2000 è inserito il seguente:

" Art. 22-*bis*
Oliveti.

1. Gli oliveti, oltre a qualificare le produzioni regionali di cui all'articolo 19, comma 2, lettera a), rappresentano un elemento identitario del territorio umbro.
2. Il PPR, il PTCP ed il PRG, anche in attuazione di quanto previsto al comma 1, dettano norme che salvaguardano le aree di produzione, limitando le eventuali trasformazioni ai fini edilizi e infrastrutturali e prevedendo modalità e termini per l'eventuale obbligo di reimpianto.
3. I piani attuativi, i progetti edilizi, nonché quelli di opere pubbliche o di interesse pubblico, nel rispetto del comma 2, possono prevedere anche l'espianto delle parti di oliveto strettamente necessarie alla realizzazione dell'intervento, indicando il reimpianto in sito diverso.
4. L'autorizzazione all'abbattimento degli olivi è concessa dal comune territorialmente competente nei seguenti casi:
a) qualora ne sia accertata la morte fisiologica ovvero la permanente improduttività, dovuta a cause non rimovibili;

b) alberi che per eccessiva fittezza dell'impianto rechino danni all'oliveto;
c) per l'esecuzione di opere pubbliche o di pubblica utilità;
d) per la realizzazione di edifici in conformità alla vigente strumentazione urbanistico-edilizia.
5. L'autorizzazione di cui al comma 4, limitatamente alle lettere a) e b), è concessa previo parere della comunità montana di riferimento, ai sensi dell'Allegato "A" alla legge regionale 23 luglio 2007, n. 24 : Ulteriori modificazioni ed integrazioni della legge regionale 24 settembre 2003, n. 18 (Norme in materia di forme associative dei Comuni e di incentivazione delle stesse - Altre disposizioni in materia di sistema pubblico endoregionale) e della legge regionale 3 marzo 1995, n. 9 (Tutela dell'ambiente e nuove norme in materia di Aree naturali protette in adeguamento alla legge 6 dicembre 1991, n. 394 e alla legge 8 giugno 1990, n. 142).".

Art. 55
Modifica all'articolo 25.

1. Alla lettera b) del comma 2 dell'articolo 25 della L.R. n. 27/2000 le parole "già previsto dal P.U.T. e dal PTCP" sono soppresse.

Art. 56
Modifica all'articolo 26.

1. Il comma 3 dell'articolo 26 della L.R. n. 27/2000 è sostituito dal seguente: "3. Negli ambiti di cui al comma 1 sono localizzati i grandi insediamenti produttivi, direzionali e turistici.".

Art. 57
Modifiche all'articolo 29.

1. Al comma 1 dell'articolo 29 della L.R. n. 27/2000 le parole "Il P.U.T. indica nelle carte n. 23, 24, 25, 26 e 27:" sono sostituite dalle seguenti parole "Nelle carte n. 23, 24, 25, 26 e 27 sono indicati:".
2. Il comma 2 dell'articolo 29 della L.R. n. 27/2000 è sostituito dal seguente: "2. Al fine di salvaguardarne l'integrità ambientale come bene unitario, ai siti delle abbazie benedettine indicate nella carta n. 28 è riconosciuto valore estetico culturale e pregio ambientale.".
3. Il primo periodo del comma 3 dell'articolo 29 della L.R. n. 27/2000 è sostituito dal seguente "Le aree corrispondenti al percorso dell'antica Via Flaminia e delle relative diramazioni, indicate nella carta n. 28, sono riconosciute quali zone di interesse archeologico.".

Art. 58
Modifica all'articolo 30.

1. Al comma 8 dell'articolo 30 della L.R. n. 27/2000 le parole ", in coerenza al P.U.T. e al PTCP" sono soppresse.

Art. 59
Modifica all'articolo 31.

1. Al comma 1 dell'articolo 31 della L.R. n. 27/2000 le parole "Il P.U.T. nelle carte n. 33 e 34 rappresenta: "sono sostituite dalle seguenti parole "Nelle carte n. 33 e 34 sono rappresentate:".

Art. 60
Modifica all'articolo 34.

1. Al comma 1 dell'articolo 34 della L.R. n. 27/2000 le parole "dal P.U.T." sono sostituite con le seguenti parole "all'articolo 32".

Art. 61
Modifica all'articolo 46.

1. Al comma 1 dell'articolo 46 della L.R. n. 27/2000 le parole "Il P.U.T., nella carta n. 44, rappresenta" sono sostituite dalle seguenti parole "Nella carta n. 44 sono rappresentati".

Art. 62
Modifica all'articolo 47.

1. Al comma 1 dell'articolo 47 della L.R. n. 27/2000 le parole "Il P.U.T., nella carta n. 45, rappresenta" sono sostituite dalle seguenti parole "Nella carta n. 45 sono rappresentati".

Art. 63
Modifica all'articolo 50.

1. Il comma 1 dell'articolo 50 della L.R. n. 27/2000 è sostituito dal seguente: "1. Con riferimento alle carte numero 48, 49 e 50, ai fini della prevenzione del rischio sismico, in attesa che si proceda alla riclassificazione sismica ai sensi del punto a) del comma 2 dell'articolo 94 del D.L. 31 marzo 1998, n. 112, sono definiti per il territorio regionale i seguenti livelli di approfondimento degli studi di microzonazione sismica:

a) livello 1;
b) livello 2.".

Art. 64
Modifica all'articolo 51.

1. Al comma 3 dell'articolo 51 della L.R. n. 27/2000 le parole "i contenuti del P.U.T." sono sostituite dalle seguenti parole "la presente legge".

Art. 65
Modifica all'articolo 71.

1. Al comma 1 dell'articolo 71 della L.R. n. 27/2000 le parole "Il piano urbanistico territoriale vale" sono sostituite dalle seguenti parole "Le disposizioni di cui alla presente legge valgono".

Art. 66
Modifica all'articolo 72.

1. Dopo il comma 1 dell'articolo 72 della L.R. n. 27/2000 è inserito il seguente: "1-*bis*. Chiunque abbatte alberi di olivo senza averne ottenuto la preventiva autorizzazione di cui all'articolo 22-*bis*, comma 4, o chi li danneggia in modo grave è punito con la sanzione amministrativa da euro 500,00 a euro 5.000,00.".

Art. 67
Abrogazioni della L.R. n. 27/2000.

1. Fatto salvo quanto previsto all' articolo 100, comma 1 sono abrogate le seguenti disposizioni della L.R. n. 27/2000: articolo 1 ; articolo 2; articolo 3; articolo 4; commi 1 e 3 dell' articolo 7; commi 1, 2 e 3 dell' articolo 11; comma 2 dell'articolo 21; articolo 36; articolo 37; articolo 38; comma 5 dell'articolo 39; articolo 40; articolo 49; articolo 53; articolo 54.

Capo III
Modifiche alla legge regionale 18 novembre 2008, n. 17
(Norme in materia di sostenibilità ambientale
degli interventi urbanistici ed edilizi)

Art. 68
Modifica all'articolo 15.

1. Il comma 1 dell'articolo 15 della L.R. n. 17/2008 è sostituito dal se-

guente: “1. Negli edifici di nuova costruzione e in quelli oggetto di totale ristrutturazione edilizia o urbanistica è obbligatoria l’installazione di impianti alimentati da fonti rinnovabili per la produzione di acqua calda sanitaria dimensionati per garantire una copertura non inferiore al cinquanta per cento del fabbisogno annuo della residenza o dell’attività insediata, salvo documentati impedimenti tecnici che non consentano il raggiungimento di tale soglia.”.

Capo IV
Modifiche alla legge regionale 18 febbraio 2004, n. 1 (Norme per l’attività edilizia)

Art. 69
Modifica all’articolo 4.

1. Alla lettera c) del comma 2 dell’articolo 4 della L.R. n. 1/2004 dopo la parola “antico,” sono aggiunte le seguenti parole “le architetture religiose e militari,”.

Art. 70
Modifica all’articolo 8.

1. Dopo il comma 2 dell’articolo 8 della L.R. n. 1/2004 è aggiunto il seguente: “2-*bis.* Per le opere di cui alla lettera d) del comma 1, l’accertamento di conformità alle prescrizioni urbanistiche è definito attraverso apposita conferenza di servizi che può comportare variazione degli strumenti urbanistici generali, ai sensi e per gli effetti del comma 5 dell’articolo 18 della L.R. n. 11/2005, nonché ai fini dell’eventuale apposizione del vincolo preordinato all’esproprio, ferma restando la ratifica del comune entro trenta giorni dalla conclusione della conferenza stessa.”.

Art. 71
Modifica all’articolo 14.

1. Al secondo periodo del comma 2 dell’articolo 14 della L.R. n. 1/2004 la parola “due” è sostituita dalla seguente parola “tre”.

Art. 72
Modifiche all’articolo 17.

1. Al comma 2 dell’articolo 17 della L.R. n. 1/2004 dopo la parola “disposizioni,” sono inserite le seguenti parole “ivi comprese quelle emanate dalla Giunta regionale ai sensi dell’articolo 45, comma 2,”.

2. Il comma 3 dell'articolo 17 della L.R. n. 1/2004 è sostituito dal seguente: "3. Lo sportello unico comunica al richiedente, entro dieci giorni dal ricevimento della domanda, il nominativo del responsabile del procedimento e la data di presentazione della stessa domanda, ai sensi degli articoli 4, 5, 6 e 8 della legge 241/1990.".

Art. 73
Modifica all'articolo 18.

1. Al comma 1 dell'articolo 18 della L.R. n. 1/2004 è aggiunto, infine, il seguente periodo "Lo sportello unico comunica al proprietario dell'immobile o a chi ne ha titolo il nominativo del responsabile del procedimento ai sensi degli articoli 4, 5, 6 e 8 della legge 241/1990.".

Art. 74
Modifiche all'articolo 26.

1. Alla lettera a) del comma 1 dell'articolo 26 della L.R. n. 1/2004 , le parole "che possiede i requisiti previsti dall'art. 5 del regolamento n. 1257 del 17 maggio 1999 del Consiglio della Comunità Europea;" sono sostituite dalle seguenti parole "con adeguata capacità di reddito sulla base dei parametri determinati dalla Giunta regionale;".
2. La lettera b) del comma 1 dell'articolo 26 della L.R. n. 1/2004 è sostituita dalla seguente: "b) per gli interventi di ristrutturazione edilizia di cui all'articolo 3, comma 1, lettera d) di edifici residenziali, che non determinino un aumento della superficie utile coperta o delle unità immobiliari, nonché di edifici danneggiati o distrutti totalmente o parzialmente a seguito di eventi straordinari di natura colposa o dolosa o a seguito di calamità naturali;".

Art. 75
Modifica all'articolo 38.

1. Alla lettera a) del comma 1 dell'articolo 38 della L.R. n. 1/2004 la parola "settanta" è sostituita dalla seguente parola "cinquanta".

Art. 76
Modifica all'articolo 39.

1. Al comma 3 dell'articolo 39 della L.R. n. 1/2004 le parole "di cui al comma 1 su un campione di almeno il dieci per cento e del trenta per cento sulle dichiarazioni di cui al comma 2." sono sostituite dalle seguenti parole "di cui ai commi 1 e 2 su un campione di almeno il dieci per cento.".

Art. 77
Modifiche all'articolo 45.

1. Alla lettera g) del comma 1 dell'articolo 45 della L.R. n. 1/2004 , dopo le parole "di tipo D" sono inserite le seguenti parole "e le zone di tipo E".
2. Alla lettera h) del comma 1 dell'articolo 45 della L.R. n. 1/2004 dopo le parole "all'articolo 22," sono inserite le seguenti parole "mediante sistemi informatici di acquisizione e trasmissione dei dati,".

Art. 78
Modifica all'articolo 46.

1. Al comma 1 dell'articolo 46 della L.R. n. 1/2004 dopo la parola "PUT" sono inserite le seguenti parole "e dal PPR".

Capo V
Modifiche alla legge regionale 3 novembre 2004, n. 21 (Norme sulla vigilanza, responsabilità sanzioni e sanatoria in materia edilizia)

Art. 79
Modifiche all'articolo 3.

1. Al terzo periodo del comma 2 dell'articolo 3 della L.R. n. 21/2004 prima della parola "possono" sono inserite le seguenti parole ", entro e non oltre trenta giorni dalla comunicazione, esprimono il proprio parere in ordine alla incidenza del provvedimento comunale sugli immobili tutelati, ovvero".
2. Il comma 6 dell'articolo 3 della L.R. n. 21/2004 è sostituito dal seguente: "6. I provvedimenti emanati in esecuzione delle disposizioni di cui ai commi 1, 2 e 3, nonché degli articoli successivi in materia di vigilanza, responsabilità e sanzioni, sono notificati al responsabile materiale dell'abuso e ai responsabili di cui all'articolo 5. I citati provvedimenti sono inoltre notificati al progettista, al direttore dei lavori ed al costruttore, se individuabili. Gli stessi provvedimenti sono trasmessi alla provincia.".

Art. 80
Modifica all'articolo 5.

1. Al comma 1 dell'articolo 5 della L.R. n. 21/2004 dopo la parola "abilitativo," sono inserite le seguenti parole "il proprietario,".

Art. 81
Modifica all'articolo 6.

1. Al comma 3 dell'articolo 6 della L.R. n. 21/2004 dopo la parola "Se" sono inserite le seguenti parole "il proprietario o".

Art. 82
Modifica all'articolo 17.

1. Al comma 2 dell'articolo 17 della L.R. n. 21/2004 , dopo le parole "piano attuativo" è inserita la seguente parola "approvato".

Art. 83
Modifica all'articolo 18.

1. Dopo il comma 1 dell'articolo 18 della L.R. n. 21/2004 è inserito il seguente: "1-*bis*. La procedura prevista dall'articolo 17 si applica anche per l'accertamento di conformità relativo ad interventi realizzati alla data di entrata in vigore del Reg. 3 novembre 2008, n. 9 (Disciplina di attuazione dell'art. 12, comma 1, lettere a) e d-*bis*) della legge regionale 18 febbraio 2004, n. 1 (Norme per l'attività edilizia) - Criteri per regolamentare l'attività edilizia e per il calcolo delle superfici, delle volumetrie, delle altezze e delle distanze relative alla edificazione), non conformi alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente al momento della loro realizzazione, ma che risultino conformi alla disciplina urbanistica ed edilizia ed agli strumenti urbanistici vigenti e non in contrasto con gli strumenti urbanistici adottati alla data del 13 maggio 2009, di diretta applicazione dello stesso regolamento regionale. In tali casi l'istanza è presentata entro e non oltre il 31 dicembre 2009 ed il rilascio del titolo abilitativo a sanatoria è subordinato al solo pagamento di una somma al comune nella misura prevista al comma 2 dell'articolo 17, ferma restando l'applicazione delle eventuali sanzioni penali.".

Capo VI
Modifiche alla legge regionale 22 febbraio 2005, n. 11
(Norme in materia di governo del territorio:
pianificazione urbanistica comunale)

Art. 84
Modifica dell'articolo 2.

1. Alla lettera a) del comma 2 dell'articolo 2 della L.R. n. 11/2005 le

parole ", con particolare riferimento al Piano urbanistico territoriale (PUT)," sono soppresse.

Art. 85
Modifiche ed integrazioni all' articolo 3.

1. Alla lettera d) del comma 3 dell'articolo 3 della L.R. n. 11/2005, le parole "di cui all'articolo 30;" sono sostituite dalle seguenti parole "premiali e perequativi;".
2. Alla lettera g) del comma 3 dell'articolo 3 della L.R. n. 11/2005 , dopo la parola "perseguire" le parole "i meccanismi perequativi e compensativi da attivare" sono soppresse.
3. Dopo la lettera m) del comma 3 dell'articolo 3 della L.R. n. 11/2005, sono aggiunte le seguenti: "m-*bis*) determina, in aggiunta a quanto previsto dall'articolo 27, comma 4 della L.R. n. 27/2000, gli obiettivi da perseguire ed i limiti entro i quali attuare la compensazione e la perequazione di cui agli articoli 29 e 30, nonché quelli per attivare eventuali norme sulla premialità;
m-*ter*) definisce e regola, anche in attuazione del PTCP e con le modalità previste dalla conferenza di copianificazione, le aree e gli interventi di interesse sovracomunale da attuare con le modalità perequative e compensative di cui agli articoli 29 e 30.".
4. Il comma 4 dell'articolo 3 della L.R. n. 11/2005 è sostituito dal seguente: "4. Le previsioni del PRG, parte strutturale, di cui al comma 1, lettere a), b), c), d) ed f) hanno valore prescrittivi nei confronti della proprietà e degli altri diritti reali. Per le previsioni di nuove infrastrutture stradali e ferroviarie di cui al comma 1, lettera f), il PRG, parte strutturale, definisce ambiti di salvaguardia proporzionati all'interesse della infrastruttura, all'interno dei quali verrà sviluppato il tracciato definitivo dell'infrastruttura medesima. I diritti edificatori all'interno degli ambiti di cui sopra sono fatti salvi e possono essere esercitati su altra area del territorio comunale con destinazione diversa dall'agricolo con le modalità di cui agli articoli 29 e 30.".

Art. 86
Modifica all'articolo 9.

1. Al comma 3 dell'articolo 9 della L.R. n. 11/2005 è aggiunto, infine, il seguente periodo "Il documento programmatico è trasmesso, contestualmente alla pubblicazione dell'avviso, alla Regione e alla provincia di appartenenza.".

Art. 87
Modifica all'articolo 15.

1. Al comma 1 dell'articolo 15 della L.R. n. 11/2005 è aggiunto, infine, il seguente periodo "Qualora la provincia riscontri l'assenza degli elementi costitutivi il PRG, previsti dalle vigenti normative, nonché della eventuale valutazione d'incidenza di cui al decreto del Presidente della Repubblica 8 settembre 1997, n. 357 o di quanto previsto in ordine alla valutazione ambientale strategica di cui al decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 (Norme in materia ambientale), ne dichiara l'irricevibilità restituendo i relativi atti al comune.".

Art. 88
Modifiche ed integrazioni all'articolo 28.

1. I commi 1 e 2 dell'articolo 28 della L.R. n. 11/2005 sono sostituiti dai seguenti: "1. Nelle parti del territorio per le quali il PRG, parte operativa, delimita ambiti ai fini degli interventi integrati finalizzati alla riqualificazione urbana di cui all'articolo 4, comma 2, lettera e), l'attuazione del PRG ha luogo tramite programma urbanistico. Gli interventi integrati finalizzati alla riqualificazione urbana riguardano parti del territorio ove sono presenti fenomeni di degrado edilizio, di abbandono, di dismissione, ovvero carenza di servizi e infrastrutture.
2. Il programma urbanistico è costituito da un insieme organico di interventi relativi alle opere di urbanizzazione, all'edilizia per la residenza, per le attività produttive ed i servizi, al superamento delle barriere architettoniche e agli elementi e opere per la riduzione della vulnerabilità urbana di cui alla lettera h) del comma 2 dell'articolo 4. La loro attuazione è favorita dal PRG tramite norme di tipo premiale, previste all'articolo 4, comma 2, lettera e) e da disposizioni legislative.".
2. Dopo il comma 7 dell'articolo 28 della L.R. n. 11/2005, sono inseriti i seguenti: "7-*bis*. In alternativa a quanto previsto ai commi 3, 4, 5, 6 e 7 il programma urbanistico può essere promosso da soggetti proprietari degli immobili ricompresi negli ambiti di cui al comma 1 mediante la presentazione al comune di una proposta di piano attuativo ad iniziativa privata o mista. Il comune stabilisce le parti del programma urbanistico da attuare con la modalità della perequazione.
7-*ter*. Laddove il programma urbanistico subordini il riconoscimento dell'incremento premiale alla cessione gratuita, in favore del comune, di infrastrutture e servizi aggiuntivi rispetto alle dotazioni territoriali e funzionali stralciaminime, l'esecutore di tali opere dovrà essere scelto dal promotore mediante le procedure di evidenza pubblica previste dalla normativa vigente. Tale condizione deve essere prevista nell'apposita

convenzione o atto d'obbligo. A tal fine, il programma urbanistico stabilisce l'assetto delle aree interessate, nonché contiene i documenti di cui all'articolo 15, comma 5, del regolamento per i lavori pubblici approvato con decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554, il piano finanziario comprendente le risorse pubbliche e private, il cronoprogramma degli interventi e la convenzione con i soggetti attuatori e con i gestori dei servizi.".

Art. 89
Integrazione alla L.R. n. 11/2005.

1. Dopo l'articolo 28 della L.R. n. 11/2005 è inserito il seguente:

"Art. 28-*bis*
Edilizia residenziale sociale.

1. I comuni qualora non dispongono dei piani previsti dalla legge 18 aprile 1962, n. 167 possono individuare nel PRG con deliberazione del consiglio comunale le aree necessarie per la realizzazione dei programmi di edilizia residenziale sociale, anche su proposta di operatori pubblici o privati.
2. I programmi sono finalizzati alla realizzazione di alloggi in regime sovvenzionato, agevolato, o convenzionato. Le aree sono individuate tra quelle destinate all'espansione residenziale o a servizi, preferibilmente tra quelle incluse negli ambiti perimetrati dal PRG ai fini della perequazione, compensazione e premialità.
3. Entro novanta giorni dalla deliberazione del consiglio comunale di cui al comma 1 il comune adotta il piano attuativo. Le aree comprese nel piano attuativo approvato sono acquisite dai comuni secondo quanto previsto dalle legge in materia di espropriazione per pubblica utilità o con modalità compensative ai sensi dell'articolo 30.
4. Il comune, attraverso procedure di evidenza pubblica, cede le aree acquisite ai soggetti direttamente coinvolti nella realizzazione dei programmi di edilizia residenziale sociale. Contestualmente all'atto di cessione dell'area tra il comune ed il soggetto acquirente è stipulata un'apposita convenzione con atto pubblico con la quale vengono stabilite le modalità di attuazione, gli oneri posti a carico dell'acquirente, nonché le eventuali sanzioni.".

Art. 90
Modifiche all'articolo 29.

1. Il comma 3 dell'articolo 29 della L.R. n. 11/2005 è abrogato.

2. Il comma 4 dell'articolo 29 della L.R. n. 11/2005 è sostituito dal seguente: " 4. La perequazione in ambiti intercomunali si attua secondo le indicazioni del PTCP, mediante accordi di programma, accordi di copianificazione e strumenti di programmazione negoziata, anche in applicazione dell' articolo 30, comma 2 della legge regionale 24 marzo 2000, n. 27.".

Art. 91
Modifica all'articolo 32.

1. La lettera a) del comma 2 dell'articolo 32 della L.R. n. 11/2005 è sostituita dalla seguente: "a) impresa agricola: è quella condotta dall'imprenditore agricolo sotto qualsiasi forma, ai sensi e per gli effetti dell' articolo 2135 del codice civile , con una adeguata capacità di reddito sulla base dei parametri definiti dalla Giunta regionale;".

Art. 92
Modifiche all'articolo 34.

1. Al comma 8 dell'articolo 34 della L.R. n. 11/2005 la parola "ventennale" è sostituita dalla seguente parola "quindicennale" ed è aggiunto il seguente periodo "Alla scadenza del vincolo gli edifici possono essere destinati agli usi previsti dalle disposizioni del presente Capo II, nel rispetto degli indici di edificabilità.".

Art. 93
Modifiche all'articolo 35.

1. Al comma 5 dell'articolo 35 della L.R. n. 11/2005 dopo le parole "nelle aree dove sono già presenti" le parole "insediamenti edilizi" sono sostituite dalla seguente parola "edifici" e dopo le parole "entro cinquanta metri" le parole "dall'insediamento edilizio" sono sostituite dalla seguente parola "dall'edificio".
2. Al comma 8, dell'articolo 35 della L.R. n. 11/2005 dopo le parole "su tre lati e purché ricadenti" sono inserite le seguenti parole "anche a seguito degli interventi di ristrutturazione urbanistica,". Dopo le parole "nelle aree dove sono già presenti" le parole "insediamenti edilizi" sono sostituite dalla seguente parola "edifici". Dopo le parole "impresa agricola o proprietà fondiaria," sono inserite le seguenti parole "anche in caso di frazionamento e trasferimento della proprietà successivamente al 13 novembre 1997,".

Art. 94
Integrazioni alla L.R. n. 11/2005.

1. Dopo l' articolo 35 della L.R. n. 11/2005 sono inseriti i seguenti:

"Art. 35-*bis*
Vincoli.

1. Il vincolo di asservimento dei terreni e il vincolo di destinazione d'uso degli edifici di cui ai commi 7 e 8 dell'articolo 34 decadono con l'entrata in vigore di nuove previsioni urbanistiche che modificano la destinazione agricola dell'area interessata.

Art. 35-*ter*
Piano attuativo.

1. I Piani attuativi di cui al presente Capo II sono adottati dalla giunta comunale.
2. Le varianti del piano attuativo che non modificano specifiche prescrizioni del piano in vigore e che non eccedano gli interventi di cui alle lettere b), c) e d) del comma 1 dell'articolo 3 della legge regionale 18 febbraio 2004, n. 1, sono effettuate con titolo abilitativo ai sensi della stessa legge regionale.
3. Qualora l'istanza di piano attuativo contenga anche l'istanza per il relativo titolo abilitativo edilizio, comprensiva degli elaborati previsti dalle vigenti normative, il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale è tenuto a rilasciare il titolo abilitativo dopo l'esecutività del piano medesimo e l'acquisizione dei pareri e delle autorizzazioni necessarie, anche in materia paesaggistica.".

Art. 95
Modifica dell'articolo 62.

1. Il comma 3 dell'articolo 62 della L.R. n. 11/2005 è sostituito dal seguente: "3. Le norme regolamentari di cui al comma 1 e gli atti di indirizzo di cui al comma 2 si applicano agli strumenti urbanistici generali.".

Art. 96
Modifica all'articolo 64.

1. Al comma 1 dell'articolo 64 della L.R. n. 11/2005 sono soppresse le seguenti parole, "di cui all'articolo 63, comma 1,".

Art. 97
Modifica all'articolo 67.

1. Al comma 5, primo periodo, dell'articolo 67 della L.R. n. 11/2005, dopo il numero "28," è aggiunto il seguente numero "28-*bis*,".

Capo VII
Modifiche alla legge regionale 9 luglio 2007, n. 23 (Riforma del sistema amministrativo regionale e locale. Unione europea e relazioni internazionali. Innovazione e semplificazione)

Art. 98
Modifica all'articolo 14.

1. Il comma 2 dell'articolo 14 della L.R. n. 23/2007 è sostituito dal seguente: "2. La partecipazione degli enti locali alla predisposizione degli strumenti di pianificazione territoriale regionale è assicurata attraverso apposite conferenze previste dalla legislazione regionale.".

Capo VIII
Abrogazioni

Art. 99
Abrogazione della legge regionale 10 aprile 1995, n. 28.

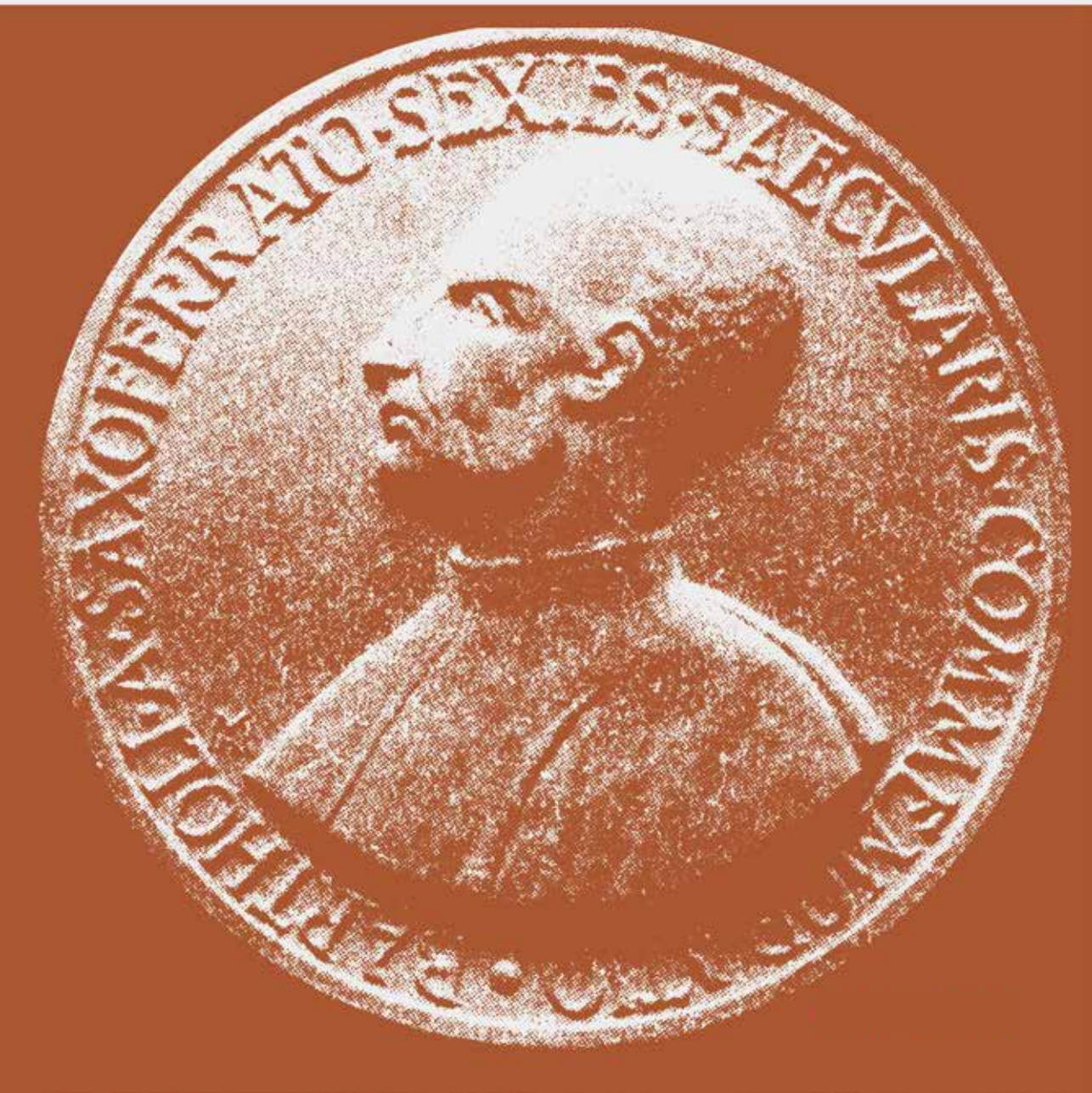
1. La legge regionale 10 aprile 1995, n. 28 (Norme in materia di strumenti di pianificazione territoriale e urbanistica) è abrogata.

Capo IX
Norme transitorie e finali

Art. 100
Norme transitorie e finali.

1. Fino al conseguimento dell'efficacia del primo PUST disciplinato dalla presente legge rimangono comunque in vigore le disposizioni di cui alla L.R. n. 27/2000 abrogate dalla presente legge.
2. Dalla data di conseguimento di efficacia del PUST e del PPR ogni rinvio effettuato da leggi regionali e da altri atti, normativi o amministrativi, al PUT deve intendersi riferito, per quanto di rispettiva competenza, al PUST e al PPR, disciplinati dalla presente legge, nonché alla L.R. n. 27/2000.

3. Il PTCP approvato ai sensi della L.R. n. 28/1995 rimane comunque in vigore fino al conseguimento dell'efficacia del primo PTCP di cui alla presente legge, fatti salvi gli effetti del PUST e del PPR.
4. Fino all'emanazione da parte della Giunta regionale dei parametri relativi alla capacità di reddito dell'impresa agricola come previsto all'articolo 26, comma 1, lettera a) della L.R. n. 1/2004 e all'articolo 32, comma 2, lettera a) della L.R. n. 11/2005, si applicano le previgenti disposizioni, ancorché modificate dalla presente legge.

La presente legge è dichiarata urgente ai sensi dell'articolo 38, comma 1 dello Statuto regionale ed entra in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione.
La presente legge regionale sarà pubblicata nel Bollettino Ufficiale della Regione. È fatto obbligo a chiunque spetti di osservarla e di farla osservare come legge della Regione Umbria.

Perugia, 26 giugno 2009
Lorenzetti