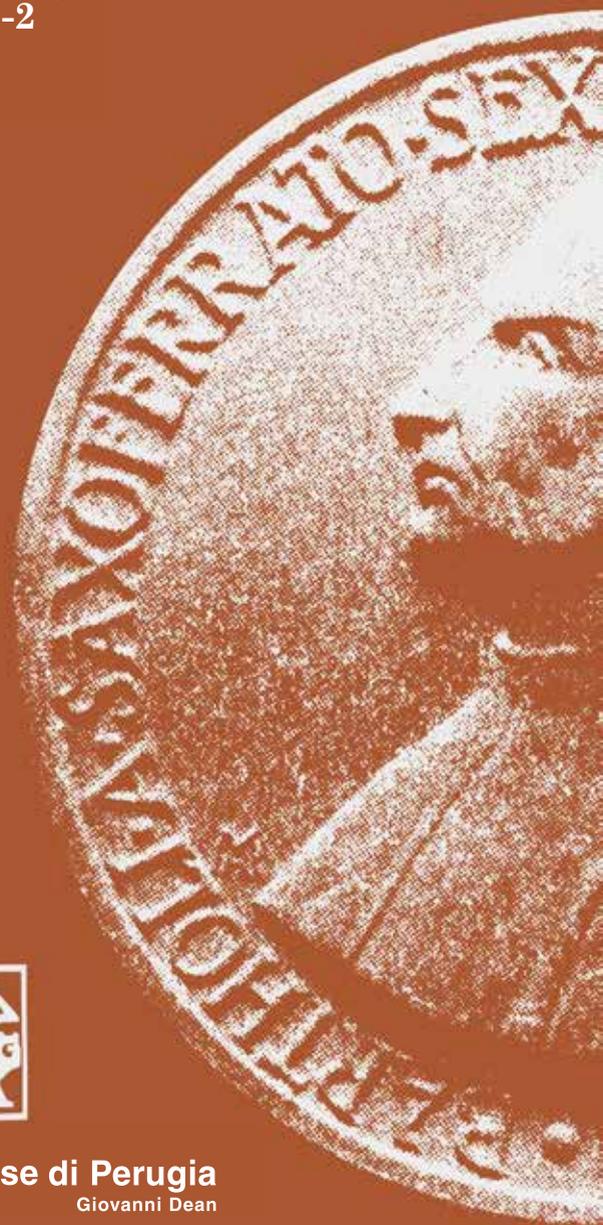
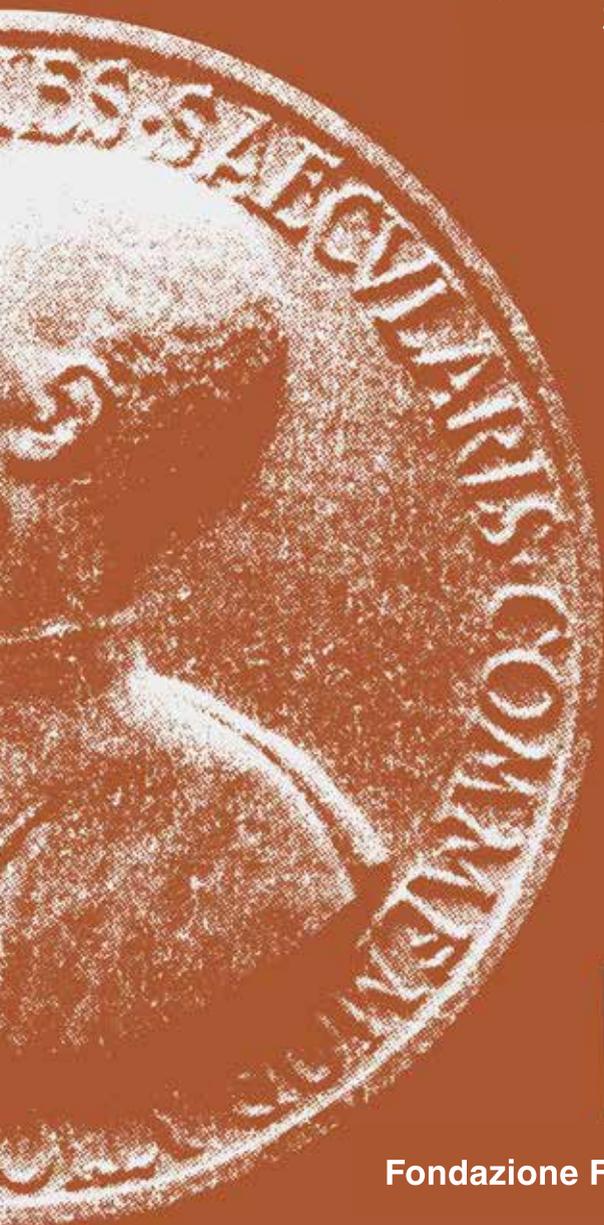


RASSEGNA

GIURIDICA

UMBRA

2011-2



Fondazione Forense di Perugia
Giovanni Dean

INDICE-SOMMARIO

	Pag.
DIRITTO CIVILE	
Corte di Cassazione, sezione Terza Civile, 16 ottobre 2009, n. 22081; Corte d'Appello di Perugia, 13 novembre 2007; Tribunale di Perugia, 8 marzo 2007, P.M., con nota di GIOVANNI MORANI, <i>Il Supremo Collegio con la recente pronuncia 16 ottobre 2009 n. 22081 torna a negare la legittimazione ad agire dei nonni nel giudizio di separazione personale, escludendo l'ammissibilità del loro intervento a tutela del diritto di visita ai nipoti</i>	353
Tribunale di Spoleto, 24 agosto 2010, con nota di STEFANIA STEFANELLI, <i>Credito al consumo e inadempimento del fornitore: risoluzione e segnalazione di insolvenza</i>	362
DIRITTO PENALE	
Corte di Cassazione, Sezione Prima, 21 ottobre 2010, con nota LAURA FILIPPUCCI, T.M., <i>Questioni irrisolte in tema di conflitti negativi di competenza per questioni analoghe e abnormità</i>	375
Corte di Cassazione, Sezione Prima, 29 aprile 2011, M.S. ed altro, con nota di DANIELA FALCINELLI, <i>Disapplicare per non punire. Note minime sulla "resa dei conti" tra la legalità penale nazionale ed il primato comunitario</i>	389
Corte di Assise di Perugia, 29 ottobre 2010, J., con note di CHIARA LAZZARI, <i>Stato d'ira «trasversale»</i> ; CHIARA LAZZARI, <i>Il danno da reato di omicidio lamentato dai prossimi congiunti della vittima è "in re ipsa" e non richiede oneri probatori</i>	427
Tribunale di Perugia, 5 aprile 2011, R.L. ed altri, con nota di ALESSANDRO CIGLIONI, <i>Brevi note in tema di "Overruling" nel processo penale</i>	477
G.U.P. Tribunale di Orvieto, 25 ottobre 2010, B.M., con nota di SARAH CECCHINI, <i>Le figure sintomatiche del dolo intenzionale nel reato di abuso d'ufficio</i>	497
DIRITTO PUBBLICO	
Corte dei Conti, 12 aprile 2010, con nota di LETIZIA MACRÌ, <i>Acquisizione di quote societarie e insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali</i>	511

	Pag.
TAR UMBRIA, 13 ottobre 2010, con nota di GIORGIO VERCILLO, <i>Osservazioni processuali e sostanziali in materia di attività contrattuale della p.a.</i>	531
TAR UMBRIA, 14 gennaio 2011, con nota di ALESSANDRO BOVARI, <i>Sanatoria ex art. 18, comma 1-bis della l.r. 21/2004: la c.d. "doppia conformità" dell'opera non è necessaria</i>	544
TAR UMBRIA, 19 gennaio 2011, con nota di ALESSANDRO FORMICA, <i>L'istituto dell'associazione in partecipazione nelle procedure di affidamento delle concessioni di servizi pubblici tra favor participationis e tutela della par condicio</i>	552
<i>DOTTRINA</i>	
GIULIA BRUNELLI, <i>Restrizioni alla libertà personale e diritto a procreare</i>	563
ROBERTO CIPPITANI, <i>La revisione della legislazione francese relativa alla bioetica</i>	583
GIOVANNI MORANI, <i>L'inadeguata tutela giuridica della prole nata fuori del matrimonio nel nostro ordinamento</i>	605
FRANCESCO GIOVANNI SAPIA, <i>La forma del negozio di procura e attività notarile</i>	617
<i>OSSERVATORIO DI DIRITTO COMUNITARIO</i>	
FABRIZIO CEPPI, <i>Il divieto dei contratti aleatori nel mondo islamico</i>	631
<i>OSSERVATORIO CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO</i>	
VALENTINA COLCELLI, <i>L'espérance légitime e la sua tutela ai sensi dell'art. 1 Prot. 1 C.E.D.U.</i>	639
VALENTINA COLCELLI, <i>Art. 1 Prot. 1 C.E.D.U. e credito d'imposta. Il credito come bene</i>	645
VALENTINA COLCELLI, <i>La clientela come valore patrimoniale e la sua tutela attraverso la Convenzione europea dei diritti dell'uomo</i>	650
VALENTINA COLCELLI, <i>Reddito futuro e diritto di proprietà</i>	655

INDICE ANALITICO-ALFABETICO DELLA GIURISPRUDENZA

ABUSO D'UFFICIO

- Elemento soggettivo - Dolo intenzionale - Necessità, 497.
- Elemento soggettivo - Dolo intenzionale - Modalità di accertamento, 497.

CONFLITTO NEGATIVO DI COMPETENZA

- Questioni analoghe - Abnormità - Insussistenza, 375.

CONTRATTI DEI CONSUMATORI

- Credito al consumo - Collegamento negoziale - Inadempimento del fornitore - Risoluzione del contratto di credito al consumo - Inammissibilità, 362.
- Centrali private di informazione rischi creditizi - Illegittima segnalazione - Risarcimento del danno - Ammissibilità, 362.

CONTRATTI DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

- Concessione di pubblico servizio - Gestione della piscina comunale - È servizio pubblico locale - Ragioni, 552.
- Concessione di pubblico servizio - Disciplina applicabile - Divieto di associazione in partecipazione - Art. 37, comma 9, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 - Non è applicabile, 552.
- Concessione di pubblico servizio - Disciplina applicabile - Associazione in partecipazione - Dimostrazione - Criterio - Principi civilistici - Applicabilità, 552.

DELITTI IN MATERIA DI IMMIGRAZIONE

- Inosservanza dell'ordine di allontanamento del questore - Efficacia diretta della direttiva comunitaria non adempiuta - Provvedimento emesso anteriormente alla data del termine di attuazione - Fatto non previsto dalla legge come reato, 389.

DIRITTO DI PROPRIETÀ

- aspettativa legittima, 639.

DIRITTO DI PROPRIETÀ

- Credito d'imposta, 645.

DIRITTO DI PROPRIETÀ

- *Goodwill*, 650.

DIRITTO DI PROPRIETÀ

- Reddito futuro, 655.

DIVORZIO

- Separazione personale e divorzio di coniugi - Provvedimenti relativi ai figli - Intervento dei nonni - Legittimazione ad agire di ascendenti e parenti - Insussistenza - Inammissibilità dell'intervento, 353.

EDILIZIA ED URBANISTICA

- Sanatoria - Art. 18, comma 1-*bis*, l.r. n. 21/2004 - Necessaria applicazione della c.d. "doppia conformità" - Esclusione - Profili di illegittimità costituzionale della disposizione - Esclusione, 544.

FALSITÀ IN ATTI

- Falsità ideologica commessa da pubblico ufficiale in atto pubblico - False attestazioni di presenza del pubblico dipendente - Determinazione dirigenziale di spesa - Induzione in errore - Insussistenza - *Overruling* - *Tempus regit actum* - Applicabilità in ambito processuale penale, 477.

OMICIDIO

- Attenuante della provocazione - Delitto commesso nei confronti di persona diversa da quella che ha arrecato l'offesa - Configurabilità, 427.
- Obbligazioni civili nascenti da reato di omicidio - Costituzione di parte civile dei componenti lo stesso nucleo familiare della vittima - Risarcimento del danno liquidato in via equitativa sulla base della qualifica dedotta nell'atto di costituzione di parte civile - Ammissibilità, 427.

PROCESSO AMMINISTRATIVO

- Contratti della P.A. - Gara - Aggiudicazione definitiva - Aggiudicazione - *Dies a quo* - Comunicazione ex art. 79, comma 5, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 e s.m.i. - Legale conoscenza - Modalità alternative - Insussistenza, 531.
- Azione amministrativa - Atti e provvedimenti amministrativi - *Lex specialis* di gara - Eterointegrazione negoziale - Artt. 1339 e 1419 c.c. - Applicabilità - Non sussiste - Ragioni, 531.
- Azione amministrativa - Atti e provvedimenti amministrativi - Principio di conservazione dei valori giuridici - Applicabilità - Sussiste - Procedure di evidenza pubblica - Offerta economicamente più vantaggiosa - Discrezionalità - Limite, 531.
- Azione amministrativa - Atti e provvedimenti amministrativi - Atti c.d. plurimi - Illegittimità parziale - Principio

di conservazione dei valori giuridici - Applicabilità - Sussiste - Conseguenze - Annullamento *in parte qua*, 531.

- Contratti della p.a. - Gara - Aggiudicazione - Annullamento - Inefficacia contratto ex art. 122 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 - Presupposti, 531.

RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA E CONTABILE

- Amministratori comunali - Fattispecie - Società per azioni partecipata dal Comune - Ricapitalizzazione - Acquisto azioni - Natura discrezionale della decisione - Insindacabilità nel merito - Sussistenza, 511.
- Amministratori comunali - Fattispecie - Società per azioni partecipata dal Comune - Ricapitalizzazione - Acquisto azioni - Danno erariale - Vantaggio per la collettività - Compensazione, 511.

DIRITTO CIVILE

I

CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. III CIVILE - 16 ottobre 2009, n. 22081
- Pres. LUCCIOLI - Est. DOGLIOTTI - P.M. CENICCOLA (Concl. Diff.) - B.C.
(Avv. Sindico) c. I.B.M.M. e D.M.T.C. (Avv. Agostini) e I.B.M.A. (Avv.
Betti).
Cassa Corte d'Appello di Perugia, 13 novembre 2007.

**Divorzio – Separazione personale e divorzio di coniugi – Provvedimenti
relativi ai figli – Intervento dei nonni – Legittimazione ad agire di
ascendenti e parenti – Insussistenza – Inammissibilità dell'intervento**
(c.c., artt. 150, 155, 155-ter; c.p.c., artt. 105 e 709-ter).

La valorizzazione del ruolo degli ascendenti e degli altri parenti di ciascun ramo genitoriale, introdotta dalla novella di cui alla legge n. 54 del 2006 nella parte in cui, modificando il disposto di cui all'art. 155 c.c., al comma primo ha sancito il diritto del minore di conservare, nel regime di separazione o di divorzio, rapporti significativi con tali soggetti, in assenza di espressa previsione normativa al riguardo, non può interpretarsi in maniera tale da ritenere che altri, oltre i coniugi, siano legittimati ad essere parti nei procedimenti di separazione o divorzio. (La Corte cassa senza rinvio la sentenza di appello che, pur negando l'esistenza del diritto dei nonni tale da legittimare un intervento autonomo o litisconsortile nel procedimento di separazione, affermava, tuttavia, la sussistenza di un interesse giuridicamente protetto dei medesimi che consentiva loro un ruolo attivo nel giudizio suddetto, nelle forme dell'intervento ad adiuvandum ai sensi dell'art. 105, comma 2, c.p.c.) (1).

II

CORTE D'APPELLO DI PERUGIA - 13 novembre 2007 - Pres. MATTEINI

CHIARI - *Est.* COSSU - *P.M.* CATALANI - I.B.M.M. e D.M.T.C. (Avv. Conti)
c. B.C. (Avv. Sindico) e I.B.M.A. (Avv. Rossi).

Separazione personale e divorzio di coniugi – Provvedimenti relativi ai figli – Intervento dei nonni – Legittimazione ad agire di ascendenti e parenti – Sussistenza – Ammissibilità dell'intervento (c.c., artt. 150, 155; c.p.c., art. 105, comma 2).

Sebbene debba negarsi l'esistenza di un diritto proprio dei nonni tale da legittimare un intervento autonomo o litisconsortile, sussiste tuttavia un interesse giuridicamente protetto dei medesimi che consente un loro ruolo attivo nel giudizio nelle forme dell'intervento ad adiuvandum ex art. 105, comma 2, c.p.c. (2).

III

TRIBUNALE DI PERUGIA – 8 marzo 2007 – *Pres. Est.* Criscuolo – *P.M.*
Procuratore della Repubblica.

Separazione personale e divorzio di coniugi – Provvedimenti relativi ai figli – Intervento dei nonni – Inammissibilità dell'intervento (c.c., artt. 150, 155, 155 *ter* c.c.).

Nel giudizio di separazione dei coniugi è inammissibile l'intervento volontario dei nonni per far valere il proprio diritto di visita ai nipoti (3).

I

Nel corso del processo di separazione personale tra i coniugi I.B.M.A. e B.C. pendente dinanzi al Tribunale di Perugia intervenivano in giudizio I.B.M.M. e D.M.T.C., genitori del ricorrente e nonni dei due figli minori della coppia, deducendo che nonostante in sede presidenziale si fosse disposto l'affidamento condiviso la madre di detti minori impediva di fatto che essi mantenessero i rapporti con i nonni e con i cuginetti.

A seguito dell'eccezione di inammissibilità dell'intervento sollevata dalla resistente B., il Tribunale in data 8-15 marzo 2007 emetteva sentenza parziale dichiarando inammissibile l'intervento stesso.

L'appello proposto dai soccombenti era accolto dalla Corte di Appello di Perugia con sentenza del 27 settembre - 13 novembre 2007, che negava l'esistenza di un diritto proprio dei nonni tale da legittimare un intervento autonomo o litisconsortile, ma affermava la sussistenza di un interesse giuridicamente protetto dei medesimi che consentiva un loro

ruolo attivo nel giudizio nelle forme dell'intervento *ad adiuvandum* ai sensi dell'art. 105 c.p.c., comma 2.

Avverso tale sentenza la B. ha proposto ricorso per cassazione sulla base di due motivi illustrati con memoria. I.B.M.M. e D.M.T.C. hanno resistito con controricorso. T.B.M.A. non ha svolto attività difensiva.

(*Omissis*). L'aver il legislatore del 2006 sancito la titolarità da parte del minore del diritto alla conservazione delle relazioni affettive con i nuclei di provenienza genitoriale non è sufficiente, in mancanza di una previsione normativa - come quella introdotta con la L. n. 149 del 2001, che ha previsto che nei procedimenti in materia di adottabilità ed in quelli di cui all'art. 336 c.c. il minore sia presente in giudizio assistito da un difensore - a ritenere che altri soggetti diversi dai coniugi siano legittimati ad essere parti.

Del tutto coerentemente l'art. 155 *ter* c.c., introdotto dalla legge di riforma, attribuisce ai soli genitori il diritto di chiedere in ogni tempo la revisione delle disposizioni concernenti l'affidamento dei figli, l'attribuzione dell'esercizio della potestà su di essi e delle eventuali disposizioni economiche che li riguardano, così come l'art. 709 *ter* c.p.c. fa riferimento, nel disciplinare la soluzione delle controversie in sede di separazione o di divorzio in ordine all'esercizio della potestà genitoriale o delle modalità dell'affidamento, alle controversie insorte tra i genitori, i quali pertanto restano gli unici soggetti cui è affidata la legittimazione sostitutiva all'esercizio dei diritti dei minori.

In questa prospettiva, vanno all'evidenza negate le condizioni richieste dalla legge per l'intervento *ad adiuvandum* coltivato dagli attuali resistenti, tenuto conto che, come è noto, la legittimazione a detto intervento presuppone la titolarità nel terzo di una situazione giuridica in relazione di connessione - da individuarsi in termini di pregiudizialità dipendenza - con il rapporto dedotto in giudizio tale da esporlo ai c.d. effetti riflessi del giudicato, e che non è configurabile un interesse proprio all'attuazione di un diritto del minore, che nel giudizio non è parte.

II

(*Omissis*). Gli appellanti censurano la decisione del Tribunale - ritenendola anche eccessivamente preoccupata da esigenze di "politica giudiziaria" connesse alla paventata proliferazione di giudizi estranei all'oggetto della causa di separazione - rilevando invece, come affermato dal Tribunale fiorentino con sent. 22.4.2006, che l'intervento *ad adiuvandum*, ai sensi dell'art. 105, 2° comma, c.p.c., era possibile per far valere un interesse proprio all'attuazione di un diritto altrui, nella specie quello del minore, a sua volta fatto valere da uno dei soggetti naturalmente a ciò legittimati, cioè, nella fattispecie, il padre.

Il Pubblico Ministero, nel sostenere tale impostazione e nel chiedere l'accoglimento dell'appello, aggiunge che l'interesse che giustifica l'intervento è direttamente tutelato dall'ordinamento e che non poteva ritenersi (come aveva fatto il Tribunale) che la protezione di esso fosse forzatamente demandata ad altri soggetti, magari in contrasto con i diritti dei minori o di questi disinteressati per specifici aspetti. Richiama, a sostegno, le disposizioni legislative in tema di interdizione e inabilitazione, che addirittura prevedono come contraddittori necessari i parenti fino al quarto grado.

Questa Corte condivide certamente le preoccupazioni del Tribunale di Perugia in ordine alla possibilità di una proliferazione – peraltro non così scontata – delle possibilità di intervento in causa di soggetti, appartenenti ad una non ben definita categoria parentale e motivati, sotto la copertura della tutela dell'interesse del minore, al fine di soddisfare, invece, proprie posizioni personali, moltiplicando le ragioni del contendere in un ambito in cui il giudizio, promosso esclusivamente dai genitori, deve essere invece teso a definire gli assetti familiari dei coniugi e della prole in modo il più possibile rapido e congruo.

Nondimeno, la prospettazione di tali presumibili inconvenienti non può fornire una base solida da cui partire per risolvere la soluzione concreta della vicenda giuridica, poiché, comunque, nel novero degli assetti familiari di cui si è detto, sicuramente la posizione degli appartenenti ai rami parentali dei coniugi separandi rappresenta un indiscutibile elemento che contribuisce in concreto, sotto il profilo spirituale e morale, nonché materiale, alla configurazione concreta di essi. (*Omissis*).

Deve, dunque, ritenersi indubitabile che un interesse all'attuazione del diritto preminente attribuito al minore risieda anche in capo a soggetti, *in primis* gli ascendenti, che nell'ambito della posizione della famiglia – sia pure per aspetti in parte differenti da quelli che caratterizzavano l'antica famiglia patriarcale – e soprattutto nel caso di sfaldamento del nucleo familiare principale, rivestono una posizione di rilievo. (*Omissis*).

Venendo allo specifico oggetto della controversia e trasponendo le argomentazioni sopra svolte nel campo della legittimazione all'intervento *ad adiuvandum*, giova ricordare che la facoltà concessa dall'art. 105, 2° comma c.p.c. di intervenire volontariamente in un processo pendente tra altre persone è correlata alla tutela di un proprio interesse a che una delle parti vinca, ovverosia ottenga il riconoscimento del proprio diritto in modo corrispondente all'interesse dell'interventore, che non è l'interesse ad agire, ma quello, diversamente atteggiato e purché non di mero fatto, ma giuridicamente protetto, determinato dalla necessità di impedire il ripercuotersi di conseguenze dannose sulla sfera giuridica del terzo, ancorché ciò non gli attribuisca un diritto autonomo da far valere nel rapporto controverso (Cass. 14-3-1995 n. 2928). (*Omissis*).

L'inesistenza di un diritto proprio, che legittimerebbe l'intervento autonomo o litisconsortile di cui al primo comma dell'art. 105 c.p.c., non giustifica, dunque, l'esclusione dell'intervento in relazione al 2° comma della stessa disposizione, quantomeno per la difesa dell'interesse alla integrale ed adeguata conservazione del complesso delle facoltà comprese nel rapporto di famiglia tutelato costituzionalmente. (*Omissis*).

Da quanto argomentato, consegue, dunque, doversi affermare la sussistenza di un interesse "giuridicamente protetto" in capo agli ascendenti. (*Omissis*).

Nei limiti della tutela del diritto della prole alla conservazione dei rapporti con le famiglie di origine dei genitori, come è nella fattispecie, l'intervento dei nonni è dunque ammissibile, con l'ovvia esclusione della fase presidenziale, riservata alla mera emanazione di provvedimenti cautelari e provvisori.

III

(*Omissis*). Ritiene il Tribunale che l'intervento dei nonni paterni volto alla conservazione del loro rapporto coi nipoti di minore età debba essere dichiarato inammissibile.

E difatti unici legittimati nel giudizio di separazione non possono che essere esclusivamente i coniugi anche considerando che, contrariamente a quanto sostenuto dai ricorrenti, nessuna innovazione sul punto è possibile desumere dalla formulazione della norma dell'art. 155 c.c.. La norma stabilisce che in caso di separazione il minore ha diritto oltre che di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con i due genitori, anche "..... di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale". Tale disposizione, quindi, lungi dal riconoscere agli ascendenti – e non solo a questi, ma anche a tutti i "parenti di ciascun ramo genitoriale" – un vero e proprio diritto al mantenimento dei rapporti con i figli minori della coppia, si limita a "codificare" un ampliamento del diritto del minore ad avere rapporti equilibrati e continuativi oltre che con i genitori, anche con gli altri stretti congiunti dei coniugi, con particolare riferimento ai nonni, demandando pur sempre al Giudice la valutazione in ordine al modo e all'estensione di detti rapporti avuto riguardo esclusivo all'interesse del minore così come espressamente previsto dal 2° comma della citata disposizione dell'art. 155 c.c., secondo cui tutti i provvedimenti relativi alla prole in tema di giudizio di separazione devono essere adottati "..... con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa". (*Omissis*).

Vanno, infine, anche considerate a sostegno dell'assunto dell'inammissibilità le conseguenze che sul piano pratico deriverebbero dall'accoglimento della opposta soluzione in quanto comportante la possibilità

di intervento non solo agli ascendenti, ma anche a una serie di ulteriori congiunti, non meglio specificati, che verrebbero a formulare istanze e richieste totalmente estranee al giudizio di separazione che, invece, come è noto, deve essere destinato alla soluzione di aspetti personali e economici riguardanti esclusivamente i coniugi e i figli.

(1-3) Il Supremo Collegio con la recente pronuncia 16 ottobre 2009 n. 22081 torna a negare la legittimazione ad agire dei nonni nel giudizio di separazione personale, escludendo l'ammissibilità del loro intervento a tutela del diritto di visita ai nipoti.

1. Le tre massime enunciate in epigrafe corrispondenti, rispettivamente, alla sentenza della Suprema Corte ed alle pronunce dei giudici di primo e di secondo grado umbri, esprimono le due opposte soluzioni date allo stesso problema nel giudizio di separazione personale dei coniugi.

La Cassazione nega la legittimazione ad agire dei nonni ed esclude l'ammissibilità del loro intervento a tutela del diritto di visita ai nipoti, ammissibilità affermata, invece, dalla sentenza della Corte d'Appello di Perugia, che aveva riformato la pronuncia in senso contrario del Tribunale.

Con la decisione citata il Supremo Collegio, a distanza di oltre quindici anni, ribadisce l'unico suo precedente in termini emesso in analoga fattispecie ⁽¹⁾.

2. Tra i giudici di merito in sintonia con la pronuncia della Cassazione sono da ricordare le decisioni del Tribunale di Bari 27 gennaio 2009, del Tribunale di Salerno 29 aprile 2009 ⁽²⁾ mentre in senso contrario esiste la sentenza del Tribunale di Firenze 22 aprile 2006 ⁽³⁾.

Come è noto, in *subiecta materia* sul punto relativo alla conservazione di rapporti affettivi stabili tra ascendenti e nipoti di minore età e segnatamente sulla questione dell'esistenza o meno di un vero e proprio diritto soggettivo in capo agli uni ovvero agli altri si è aperto un vivace dibattito in dottrina ed in giurisprudenza.

Basta ricordare a riguardo una assai remota pronuncia della Cassazione (la 17 ottobre 1957 n. 3904) ⁽⁴⁾ e l'opinione di un autorevole studioso ⁽⁵⁾ che

⁽¹⁾ Cfr. Cass. civ., 17 gennaio 1996, n. 364, in *Fam. dir.*, 1996, 227 ss.

⁽²⁾ Trib. Bari, 27 gennaio 2009, e Trib. Salerno, 29 aprile 2009, in *Il giusto processo*, 2010, 830, nt. 3.

⁽³⁾ Cfr. Trib. Firenze, 22 aprile 2006, in *Fam. dir.*, 2006, 291.

⁽⁴⁾ Cfr. Cass. civ., 17 ottobre 1957, n. 3904, in *Cass. civ. Mass.*, 1957, 1475.

⁽⁵⁾ Cfr. TRABUCCHI, in *Il giusto processo*, 3, 2010, 830, nt. 9; Cass. civ., 24 febbraio 1981, n. 1115, in *Foro it.*, 1982, I, 1144; Trib. min. Messina, 19 marzo 2001, in *Dir. fam. pers.*, 1523, Trib. min. Bari, 10 gennaio 1991, 571.

escludono la configurabilità di un diritto soggettivo in capo agli ascendenti ed ai minori, da negare in base alla mancanza nel nostro ordinamento di un'esplicita norma che lo riconosca.

Pure l'orientamento dominante è contrario alla sussistenza di detto diritto soggettivo ⁽⁶⁾.

E ciò, nonostante qualche importante apertura del Giudice di legittimità, espressa sia attraverso il principio secondo cui v'è un interesse del minore alle relazioni effettive con i parenti più stretti (e, quindi, con i nonni) che non può essere impedito senza un ragionevole motivo, sia attraverso il riconoscimento al giudice - pure in difetto di una norma specifica - del potere di considerare e regolamentare la facoltà di frequentazione tra ascendenti e nipoti in virtù del forte legame affettivo e di sangue tra gli stessi ⁽⁷⁾.

Dottrina e giurisprudenza, nel mettere in risalto che la legge 54/2006 sull'affidamento condiviso, in applicazione del principio della bigenitorialità con l'art. 155 novellato del codice civile, ha introdotto solo la regola del diritto del minore di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale e che nulla ha stabilito circa la posizione degli ascendenti, sottolineano che, in difetto di una norma a riguardo, deve inferirsi l'inesistenza nel nostro sistema giuridico di un simmetrico loro diritto di far visita e di mantenere stabili rapporti con i nipoti, tutelabile in via diretta ed immediata ⁽⁸⁾.

3. Prendendo netta posizione sull'ammissibilità dell'intervento dei nonni in tema di difesa del loro diritto di visita nei giudizi di separazione e divorzio, la Suprema Corte con la sentenza 16 ottobre 2009 n. 22081 la nega e supporta, principalmente, le ragioni del *decisum* con due argomenti suggestivi ma non pienamente condivisibili.

Il primo argomento si incentra sull'art. 709 *ter* c.p.c. introdotto dalla legge 54/2006 che nel regolare la soluzione delle controversie sull'esercizio della potestà genitoriale o sulle modalità di affidamento, fa riferimento unicamente alle controversie insorte tra genitori ai quali, in via esclusiva, è riservata la legittimazione sostitutiva all'esercizio de diritti dei minori; l'altro argomento svolto è quello che fa leva sul richiamo dell'art. 155 *ter* c.c., anch'esso introdotto dalla legge citata, che riserva ai soli genitori il diritto di

⁽⁶⁾ Cfr. TRABUCCHI, *ibidem*; Cass. civ., 24 febbraio 1981, n. 1115, in *Foro it.*, 1982, I, 1144; Trib. min. Messina, 19 marzo 2001, in *Dir. fam. pers.*, 1523; Trib. min. Bari, 10 gennaio 1991, in *Giur. merito*, 571.

⁽⁷⁾ Cfr. Cass. civ., 25 settembre 1998, n. 9606, in *Giust. civ.*, 1998, 3069.

⁽⁸⁾ Cfr. LUPOLI, *Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 1077; BASINI, *La nonna, Cappuccetto rosso e le visite: del c.d. diritto di visita degli avi*, in *Fam. pers. succ.*, 2006, 442; Trib. Reggio Emilia, 17 maggio 2007, in *Fam. pers. succ.*, 2008, 227; Trib. min. Bologna, 15 maggio 2006, in *www.minoriefamiglia.it*.

chiedere la revisione delle disposizioni in ordine all'affidamento dei figli.

Ad un più attento esame, però, entrambi i motivi posti a sostegno della tesi dell'inammissibilità dell'intervento in discorso non appaiono idonei ad escludere la configurabilità di un intervento volontario adesivo dipendente dagli ascendenti ⁽⁹⁾.

Costoro, pur non potendo partecipare ai giudizi di separazione personale dei coniugi e di divorzio nella forma dell'intervento litisconsortile (ovvero dell'intervento adesivo autonomo), per l'inesistenza di un diritto relativo all'oggetto, dipendente dal titolo dedotto nel processo medesimo, diritto da far valere quali terzi nei confronti di tutte le parti in causa ovvero solo nei confronti di alcune di esse, di certo, sono legittimati ad intervenire ai sensi dell'art. 105, comma 2, c.p.c. con intervento *ad adiuvandum* per sorreggere le ragioni di una delle parti, allorché ricorre in capo ad essi ascendenti un proprio interesse.

Tale interesse - da qualificare, nell'ipotesi in esame, come interesse giuridicamente protetto, cioè interesse legittimo che riceve dall'ordinamento tutela indiretta e mediata - coincide con l'interesse del minore alla conservazione dei rapporti stabili con gli ascendenti che non può essere contrastata dai genitori senza un plausibile motivo ⁽¹⁰⁾.

La configurazione dello strumento processuale dell'intervento adesivo dipendente *ex art.* 105, comma 2, c.p.c. ha solide basi logiche e giuridiche in congrui riferimenti normativi - in linea con l'art. 155, comma 1, c.c. novellato - quali:

- gli artt. 148, 433 n. 3 e 536, comma 1, c.c. che riconoscono agli ascendenti una particolare rilevante posizione soggettiva ai fini della tutela dei forti vincoli che uniscono gli ascendenti ai nipoti;

- l'art. 336, comma 1, c.c. che nei procedimenti *de potestate* attribuisce ai

⁽⁹⁾ Come è noto l'art. 105 c.p.c. contempla tre tipologie di intervento volontario del terzo nel processo già pendente tra altre parti. Nel primo comma sono previsti l'intervento principale e l'intervento litisconsortile (ovvero adesivo autonomo), con i quali il terzo interveniente fa valere, rispettivamente nei confronti di tutte le parti in causa avverso soltanto di alcune di esse un diritto relativo all'oggetto o dipendente dal titolo dedotto nel processo medesimo. Il secondo e ultimo comma, invece, dispone che ciascuno può altresì intervenire per sostenere le ragioni di alcune delle parti, quando vi ha un proprio interesse: è questo l'intervento adesivo dipendente del terzo che fa il suo ingresso nel processo, non per far valere un proprio diritto, o per proporre una propria domanda ma piuttosto per far valere un proprio interesse, onde il suo intervento ha luogo *ad adiuvandum* per sorreggere una delle parti.

⁽¹⁰⁾ In tal senso cfr. Cass. civ., 24 febbraio 1981, n. 1115, in *Foro it.*, 1982, I, 1144; Cass. civ., 15 gennaio 1998, n. 317, in *Giur. civ.*, 1998, 1285, Cass. civ., 25 settembre 1998, n. 9606, in *Fam. dir.*, 1999, 21; Trib. min. Messina, 19 marzo 2001, in *Dir. fam. pers.*, 2001, 1523; Tib. Min. Bari, 10 gennaio 1991, in *Giur. merito*, 1992, I, 571; TOMMASEO, *L'interesse del minore e la nuova legge sull'affidamento condiviso*, in *Fam. dir.*, 2006, 298; DE MARZO, *Diritto di visita ed interesse dei minori*, in *Fam. dir.*, 1989, 20 ss.

parenti la legittimazione ad agire in vista del controllo giudiziale in ordine alla condotta inadeguata e pregiudizievole dei genitori nei confronti dei figli minori nonché con riguardo al potere - sia pure limitato - di verifica delle modalità di cura degli stessi verso i figli;

- l'art. 417, comma 1, c.c. che prevede la presentazione dell'istanza di interdizione e di inabilitazione nei confronti delle persone indicate negli artt. 414, 415 e del minore emancipato da parte dei parenti entro il quarto grado;

- gli artt. 8, comma 4, 10, comma 2 e 11, comma 1, della legge 184/1983 novellata dalla legge 149/2001 sul ruolo di primo piano dei parenti entro il quarto grado nella funzione sostitutiva dei genitori inadeguati che hanno omesso assistenza morale e materiale ai figli.

Pure la stessa giurisprudenza di legittimità (Cass., 7 gennaio 2000, n. 82, in *Società*, 2000, 669 ss. e Cass., 10 giugno 1996, n. 5351. in *Fam. dir.*, 1996, 584 sull'esistenza dell'interesse degli affidatari provvisori ad intervenire nel giudizio di opposizione avverso la dichiarazione di adottabilità) ha ammesso l'intervento adesivo dipendente a tutela di interessi non qualificabili come diritto soggettivo perfetto.

L'intervento adesivo dipendente *ex art.* 105, comma 2, c.p.c., quindi, nella specie di causa poteva ritenersi ammissibile ⁽¹¹⁾, in quanto l'apporto dei nonni al processo era limitato, per un verso, ad un sostanziale sostegno delle ragioni di una delle parti e, per altro verso, l'apporto stesso era innegabilmente, giustificato con riguardo alle specifiche e preminenti ragioni della integrale tutela del superiore interesse del minore, clausola generale di primaria centralità in tema di diritto di famiglia.

A quanto sopra esposto e ad ulteriore appoggio dell'opinione prima espressa, può aggiungersi il rilievo che il giudice - ai sensi dell'art. 155, comma 2, novellato del codice civile - comunque, adotta, i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa e soprattutto adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole anche d'ufficio e in ordine all'affidamento nonché al ruolo e alla stabile frequentazione dei nonni a causa del legame affettivo tra gli stessi ed il bambino.

In conclusione - nonostante, la lacuna di una particolare norma che riconosca l'esistenza del diritto di visita ai minori in capo agli ascendenti - il nostro dissenso dalla recente pronuncia del Supremo Collegio 22081/2009

⁽¹¹⁾ Con l'intervento adesivo dipendente ripetesesi l'interveniente non fa valere un proprio diritto autonomo e neppure propone una propria domanda, ma prospettando un proprio interesse interviene *ad adiuvandum* una delle parti, cfr. anche DANOVÌ, *L'approfondimento condiviso: le tutele processuali*, in *Dir. fam. pers.*, 2007, 1915, e ID., *Ancora inammissibile l'intervento dei nonni nella separazione e nel divorzio*, in *Dir. fam. pers.*, 2010, 1557 ss.

⁽¹²⁾ Cfr. Cass. civ., 25 settembre 1998, n. 9608, in *Giust. civ.*, 1998, I, 3069; Cass. civ., 7 febbraio 1995, n. 1401, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 53855.

con adesione, invece, all'indirizzo della sentenza annullata della Corte di Appello di Perugia ha il ragionevole e serio fondamento nel ruolo assai significativo e determinante attribuito da autorevole dottrina e da attenta giurisprudenza agli avi e per la loro importante cooperazione data all'equilibrata crescita psicologica del minore e per il riconoscimento della facoltà di frequentazioni tra ascendenti e nipoti legati da un forte vincolo affettivo e di sangue ⁽¹²⁾.

GIOVANNI MORANI

TRIBUNALE DI SPOLETO – 24 agosto 2010 - *Est.* ROSCINI – B.M.P. (avv. Filena) c. N. B. s.p.a. (avv.ti Moretto e Spagnoli) e F. G. D. s.r.l.

Contratti dei consumatori – Credito al consumo – Collegamento negoziale – Inadempimento del fornitore – Risoluzione del contratto di credito al consumo – Inammissibilità (d.lgs. n. 206/2005, artt. 40-43; l. n. 142/1992, artt. 18-22).

Centrali private di informazione rischi creditizi – Illegittima segnalazione – Risarcimento del danno – Ammissibilità (d.lgs. n. 206/2005, artt. 40-43; l. n. 142/1992, artt. 18-22).

Va negata la sussistenza di un collegamento funzionale tra contratto di finanziamento al consumo e contratto di compravendita di consumo ove dal tenore letterale del contratto di credito risulti l'esclusione della responsabilità del finanziatore per inadempimento del fornitore e del vincolo di esclusiva tra i professionisti (1).

La segnalazione in sofferenza presso la Centrale Rischi della Banca d'Italia non deve essere automatica conseguenza dell'insolvenza del debitore, implicando una valutazione in ordine alle circostanze concrete che la determinano. Così facendo non solo si garantisce il bilanciamento dei contrapposti interessi che si contendono il campo, ma si realizza appieno l'interesse perseguito dalla Centrale Rischi e che consiste nel far conoscere la reale condizione economica dei clienti degli intermediari ai fini di accordare loro un credito che saranno in grado di rispettare (2).

(*Omissis*). Con ricorso *ex art.* 700 c.p.c. la Sig.ra B. M. P. ricorreva dinanzi all'instestato Tribunale contro la N. B. S.p.a e il F. D. G. s.r.l., perché venisse ordinata la sospensione o la cancellazione, con effetto immediato, dalla Centrale Rischi della Banca d'Italia del nominativo della Sig.ra B. M. P.

A fondamento della domanda sosteneva di aver acquistato dalla G. D. s.r.l. un cucina al prezzo di euro 5.000,00, di cui euro 3.500,00 a mezzo un contratto di finanziamento con la F. S.p.a. ora N. B. s.p.a.

A seguito dell'inadempimento della società venditrice che non provvedeva alla consegna della cucina e di cui veniva dichiarato il fallimento, la Sig.ra B. stante il vincolo di esclusiva ed il collegamento negoziale tra i due negozi giuridici sospendeva il pagamento delle rate di rimborso del finanziamento.

Successivamente, dalla documentazione inviata su propria istanza dalla Banca d'Italia, veniva a conoscenza della sofferenza del proprio nominativo per il credito di cui trattasi.

A fondamento della propria domanda parte attrice sostiene l'illegittimità della segnalazione sul presupposto che questa, ad avviso di parte attrice, sarebbe condizionata dal pericolo per l'intermediario finanziatore di non recuperare il proprio credito e sotto altro profilo per il collegamento funzionale tra il contratto di compravendita e il contratto di finanziamento.

Secondo parte attrice, infatti, tra i due contratti, pur diversi e distinti tra di loro e pur conservando l'individualità propria di ciascun tipo negoziale, sarebbero avvinti teleologicamente da un nesso di reciproca interdipendenza e coordinazione.

Parte attrice eccepiva, altresì, la vessatorietà di alcune clausole del contratto di finanziamento, richiedeva il risarcimento dei danni subiti per l'illegittimità della segnalazione e chiedeva la liquidazione delle spese della fase cautelare.

Mentre il fallimento D., ritualmente citato, rimaneva contumace, si costituiva ritualmente la N. B. S.p.a. contestando la domanda attrice sostenendo l'assenza del preteso collegamento negoziale dei contratti di vendita e di finanziamento, l'assenza di qualsiasi rapporto di esclusiva tra la Banca e il gruppo D., la mera facoltà e non obbligatorietà del ricorso al finanziamento, il tenore delle clausole del contratto di finanziamento (in particolare la clausola 3d in cui veniva esplicitato che la F. rimaneva estranea ad ogni obbligazione della convenzionata) e in genere l'assenza del richiesto vincolo teleologico e il nesso di interdipendenza tra i contratti.

(*Omissis*). Va preliminarmente rilevato che, in assenza di più puntuale prova, la mancata consegna della cucina, ai fini della dichiarazione della risoluzione del contratto di compravendita, va dedotta dalla

comunicazione del Curatore del fallimento D. G. s.r.l. Avv.to Massimo Marcucci nella quale si legge “comunico che il credito del Suo cliente è stato ammesso al passivo, in sede chirografaria, per euro 5.000,00 come richiesto”.

L'istanza di ammissione al passivo per l'intero prezzo della cucina pari ad euro 5000,00 appare del tutto incompatibile con la tesi prospettata da parte attrice.

Ciò premesso va ribadito che è pacifico in giurisprudenza che esiste un collegamento funzionale tra due contratti quando i diversi e distinti negozi, cui le parti diano vita nell'esercizio della loro autonomia negoziale, pur conservando l'individualità propria di ciascun tipo, vengono tuttavia concepiti e voluti come avvinti teleologicamente da un nesso di reciproca interdipendenza, per cui le vicende dell'uno debbano ripercuotersi sull'altro, condizionandone la validità e l'efficacia.

Ai fini della di tale interpretazione è necessario interpretare la volontà risultante dal dato contrattuale nel rispetto dei criteri di logica ermeneutica e in base ad un corretto apprezzamento delle risultanze di fatto.

Passando, quindi, all'analisi dei documenti in atti, pur condividendo la decisione della Corte di Giustizia Europea n. 509/07 secondo la quale l'azione del consumatore per ottenere la risoluzione del contratto di finanziamento non è subordinata alla condizione di esclusività, va detto che tale non esclusività è uno degli elementi che, pur non essendo da solo determinate, va interpretato ai fini di ricercare la comune volontà delle parti, partendo dall'elemento letterale che ha un valore fondamentale e prioritario.

Il giudice, infatti, può ricorrere ad altri criteri ermeneutici solo quando le espressioni letterali non siano chiare, precise e univoche, mentre quando queste si presentano inequivocabili secondo il linguaggio corrente, il giudice non può attribuire alle parti una volontà diversa da quella risultante dal contesto letterale.

Nel contratto di finanziamento in esame compaiono clausole che escludono che ricorra quel collegamento specifico per cui i due negozi adempirebbero ad una funzione unica e per cui la disciplina di ciascuno di essi dipenda dalla sorte dell'altro.

Al contrario, il contratto di finanziamento prevede al punto 3d che lo stesso sia del tutto svincolato dalle sorti e dalla vicende del contratto di vendita: “Fi. non ha alcun rapporto di esclusiva con l'esercizio convenzionato ed è estranea ai rapporti tra il cliente e gli esercizi convenzionati per le merci e/o per i servizi forniti.

Il cliente riconosce che il F. non è responsabile delle prestazioni dei convenzionati, scelti liberamente dal cliente.

Eventuali controversie tra il cliente e il convenzionato non escludo-

no, né sospendono, l'obbligo del cliente di corrispondere a F. le rate o i rimborsi convenuti.

Il Cliente non potrà rivolgersi a F. per denunce di vizi delle merci e/o servizi acquistati con il finanziamento”.

D'altra parte non vi è alcuna prova che F. partecipi in qualche modo all'attività del Convenzionato svolgendo un qualsiasi controllo sulla stessa.

Appare quindi corretto sostenere che il contratto di finanziamento è completamente distinto dalla compravendita.

Le due operazioni possono essere collegate dal punto di vista economico mai i due contratti restano distinti” senza alcun nesso funzionale.

Né quanto appena espresso può essere superato richiamando il cosiddetto mutuo di scopo.

Anche in presenza della consapevolezza del mutuante della destinazione della somma e pur a fronte della circostanza che negli atti della banca il mutuo venga definito come “prestito a consumo”, rimane insuperabile l'indagine del collegamento funzionale tra i due contratti che deve esprimersi in termini di causa del negozio e non di semplice motivo che abbia indotto il mutuatario a richiedere il prestito della somma.

In questo senso si è espressa la Suprema Corte con sentenza n. 12567 dell'8.7.2004.

Quanto all'avvenuta segnalazione in sofferenza della Sig.ra B. M. P. ritiene questo giudice di far proprie tutte le motivazioni addotte dal Tribunale con proprio provvedimento del 20.9.07, emesso all'esito del procedimento *ex art.* 700 c.p.c.

Si ritiene in buona sostanza di aderire all'orientamento giurisprudenziale secondo il quale la segnalazione non deve essere un fatto automatico ma implichi una valutazione in ordine alle circostanze concrete che determinano l'insolvenza del debitore.

Come ha statuito l'adito Tribunale con il provvedimento citato “così facendo non solo si garantisce il bilanciamento dei contrapposti interessi che si contendono il campo ... ma si realizza appieno l'interesse perseguito dalla Centrale Rischi e che consiste nel far conoscere la reale condizione economica dei clienti degli intermediari ai fini di accordare loro un credito che saranno in grado di rispettare.

Viceversa tale interesse non verrà realizzato allorché si denunciino degli inadempimenti dovuti a situazioni contingenti indipendenti dalla reale capacità economica dei segnalati”.

L'importo dei danni richiesti per l'avvenuta segnalazione appare non provato né l'ammontare, né appare credibile che la segnalazione di cui trattasi possa aver impedito il finanziamento per l'acquisto della casa che richiede un'istruttoria minuziosa e complessa.

Tale danno va liquidato in via equitativa nella misura pari alla

somma allo stato dovuta dalla Sig.ra B. alla banca convenuta in adempimento del contratto di finanziamento.

In considerazione delle questioni trattate sussistono giusti motivi per compensare le spese di lite. (*Omissis*).

(1-2) Credito al consumo e inadempimento del fornitore: risoluzione e segnalazione di insolvenza.

1. Singolare decisione in materia di credito al consumo, inadempimento del fornitore, e risoluzione del contratto di finanziamento, applicativa della disciplina previgente al d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141 (modificato dal d.lgs. 14.12.2010, n. 218 e quindi dal d.lgs. 30 dicembre 2010, n. 239) che ha sostituito il Capo II del Titolo VI del Testo Unico Bancario (d.lgs. 385/2003) per recepire la Direttiva 2008/48/CE sui contratti di credito ai consumatori, affidando alla Banca d'Italia, in conformità alle deliberazioni del CICR, il compito di disciplinare i dettagli tecnici della materia ⁽¹⁾.

Il precedente testo dell'art. 22, l. n. 142/1992 (art. 125, commi 4 e 5, TUB, art. 42 cod. cons.) introduceva una fonte di responsabilità sussidiaria del finanziatore per inadempimento del fornitore solo in presenza di rapporto di esclusiva tra finanziatore e fornitore del bene al cui acquisto è funzionale il contratto di credito, previa inutile costituzione in mora dell'inadempiente, e pur sempre entro i limiti del credito concesso.

In applicazione del principio *simul stabunt simul cadent*, esattamente ritiene la sentenza che «i diversi e distinti negozi, cui le parti diano vita nell'esercizio della loro autonomia contrattuale, pur conservando l'individualità propria di ciascun tipo, vengono tuttavia concepiti e voluti come avvinti teologicamente da un nesso di reciproca interdipendenza, per cui le vicende dell'uno debbano ripercuotersi sull'altro, condizionandone la validità e l'efficacia» ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Reg. Banca d'Italia 9 febbraio 2011 (pubblicato in G.U., 16 febbraio 2011, n. 38, s. ord. 40, «Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari, correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti», recepimento della direttiva sul credito ai consumatori». Il d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141 ha abrogato gli artt. 40-43 cod. cons., prima dedicati al credito al consumo, che oggi contiene solo una norma (art. 43) di rinvio al Testo Unico Bancario, capo II, titolo IV. Il provvedimento ed i relativi allegati sono consultabili sul sito della Banca d'Italia (www.bancaditalia.it/vigilanza/banche). Pregevoli ed approfonditi commenti, anche in prospettiva comparatistica e con riferimento alla più recente giurisprudenza comunitaria, si devono, da ultimo ad D'ADDA, *Collegamento negoziale e inadempimento del venditore nei contratti di credito al consumo*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 725, e a BATTILORO, *Collegamento negoziale e inadempimento del fornitore: la nuova disciplina del credito al consumo alla luce di una recente giurisprudenza comunitaria*, *ivi*, 797 ss.

⁽²⁾ Cfr. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999, 1: «la nullità, l'annullamento la risoluzione dell'uno si ripercuotono [...] sugli altri, causandone la

Il giudice spoletino ricorda, in sostanza, il concetto di collegamento negoziale funzionale e volontario che realizza la funzione sovranegoziale dei due contratti (nella specie compravendita di un arredamento completo per cucina e mutuo), eppure ritiene che alla dimostrazione dell'esistenza di tale collegamento non sia sufficiente la nozione stessa di contratto di credito al consumo, quale risulta peraltro dalla collocazione delle relative norme nel capo del Codice del Consumo dedicato alla promozione delle vendite, proprio in quanto la somma messa a disposizione è fisiologicamente destinata a promuovere il consumo ⁽³⁾.

Coerente è anche la definizione che si deriva dall'art. 3 della direttiva 2008/48/CE, a mente del quale si realizza un contratto di credito collegato ad un'operazione di consumo allorché il credito in questione serve esclusivamente a finanziare un contratto relativo alla fornitura di merci specifiche o alla prestazione di servizi specifici, ed i due contratti costituiscono oggettivamente una unica operazione commerciale quando il fornitore o il prestatore stesso finanzia il credito al consumo oppure, se il credito è finanziato da un terzo, qualora il creditore ricorra ai servizi del fornitore o del prestatore per la conclusione o la preparazione del contratto di credito, o qualora le merci specifiche o la prestazione di servizi specifici siano esplicitamente individuati nel contratto di credito.

Più ampia la dizione dell'art. 121, d.lgs. 13.8.2010, n. 141, in cui sono alternativamente sufficienti ad integrare un contratto di credito collegato la circostanza in cui il finanziatore si avvale del fornitore del bene o del prestatore del servizio per promuovere o concludere il contratto di credito, ovvero il bene o il servizio specifici sono esplicitamente individuati nel contratto di credito ⁽⁴⁾.

2. La fattispecie è, in altri termini, ascrivibile al più ampio *genus* del mutuo di scopo, fattispecie tipica di collegamento negoziale, che tuttavia il giudicante non ritiene integrato, sebbene il testo contrattuale dimostri

caducazione per il medesimo titolo». Così anche CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, s.d. (ma 1948), 329 s.; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Collegamento negoziale e arbitrato*, in AA.Vv., *I collegamenti negoziali e le forme di tutela*, Milano, 2007, 110; NUZZO, *Collegamenti negoziali e operazioni complesse*, *ivi*, 43 ss. Affermazione ricorrente in giurisprudenza: cfr. Cass., 12 luglio 2005, n. 14611, in *Giur. it.*, 2006, 2064; Cass., 25 agosto 1998, n. 8410, in *Contratti*, 1996, 336; Cass., 27 aprile 1995, n. 4645, in *Rep. Foro it.*, 1995, voce *Contratto in genere*, 211.

⁽³⁾ Mentre l'eventualità che la stessa sia destinata a ripianare il precedente indebitamento attraverso una operazione di *refinancing* ci pare agevolmente verificabile, in concreto, ove nell'articolato contrattuale manchi qualsiasi riferimento all'acquisto di beni o servizi individuati.

⁽⁴⁾ Questo il caso analizzato dalla pronuncia in commento, che dà conto della consapevolezza del mutuatario della destinazione della somma all'acquisto della cucina.

«la consapevolezza del mutuante della destinazione della somma e pur a fronte della circostanza che negli atti della banca il mutuo venga definito come “prestito a consumo”», poiché ciò rilevarebbe in termini di motivo e non di causa del negozio.

Ritenuto, peraltro, necessario interpretare il testo contrattuale allo scopo di indagare la volontà delle parti circa la destinazione dei contratti collegati alla realizzazione di una operazione economica complessiva, e considerato a questo proposito invece sufficiente il criterio di letteralità, il Tribunale giunge ad escludere il predetto nesso funzionale in forza delle clausole – ovviamente predisposte dal professionista per l’adesione del consumatore – con cui il finanziatore dichiarava il proprio rapporto «del tutto svincolato dalle sorti e dalle vicende del contratto di vendita», e dunque insensibile all’inadempimento del venditore rispetto alle obbligazioni sullo stesso gravanti per effetto del contratto di compravendita, concludendo nel senso per cui il consumatore resta tenuto al rimborso delle rate di finanziamento pur quando consti, come nella specie, l’inadempimento totale e definitivo del finanziatore, che non ha consegnato l’arredamento ed è stato anzi dichiarato fallito.

L’indagine circa il vincolo di esclusività è inoltre superata dall’affermazione dell’assenza di qualsiasi partecipazione o controllo del finanziatore sull’attività del venditore convenzionato.

Pronunciata, in questi termini, la soccombenza del consumatore acquirente per la domanda di risoluzione del contratto di finanziamento, non è dato comprendere le ragioni per cui il Tribunale abbia ritenuto comunque di accogliere l’ulteriore domanda di risarcimento del danno patito dal consumatore medesimo per la segnalazione in sofferenza presso la Centrale Rischi della Banca d’Italia, posto che, se è vero che «la segnalazione non deve essere un fatto automatico, ma implica una valutazione in ordine alle circostanze concrete che determinano l’insolvenza del debitore», nella fattispecie concreta il consumatore-debitore soccombente non dovrebbe vantare alcuna ragione per mancare all’obbligazione di rimborso verso il finanziatore.

⁽⁵⁾ In *Contratti*, 2010, 500; in *Giur. it.*, 2011, 307, con nota di NIGRO; in *Giur. it.*, 2011, 556, con nota di LONGO.

⁽⁶⁾ In altri termini, «La contiguità funzionale tra negozi giuridici, bensì strutturalmente autonomi ma partecipanti di un medesimo disegno negoziale complessivo per libera manifestazione di volontà privata, può far sì che questi assurgano ad oggetto di considerazione e valutazione unitarie, di guisa che – per esempio – gli effetti delle “patologie” (strutturali o funzionali) che colpiscono uno di essi potranno propagarsi anche all’altro negozio od agli altri contratti del “gruppo”», così NIGRO, *Collegamento contrattuale legale e volontario, con particolare riferimento alla (vecchia e nuova) disciplina del credito ai consumatori*, in *Giur. it.*, 2011, 2.

⁽⁷⁾ In *Banca borsa tit. cred.*, 2002, II, 388, con nota di TARANTINO, e in *Rass. dir. civ.*, 2003, 489, con nota di MAISTO.

La salomonica decisione, che lascia ad ognuno quanto è già suo, si discosta da quanto argomentato da Cass. civ., sez. III, 16 febbraio 2010, n. 3589 (rv. 611535)⁽⁵⁾, secondo cui «nel contratto di mutuo in cui sia previsto lo scopo del reimpiego della somma mutuata per l'acquisto di un determinato bene, il collegamento negoziale tra il contratto di finanziamento e quello di vendita, in virtù del quale il mutuatario è obbligato all'utilizzazione della somma mutuata per la prevista acquisizione, comporta che della somma concessa in mutuo beneficia il venditore del bene, con la conseguenza che la risoluzione della compravendita ed il correlato venir meno dello scopo del contratto di mutuo, legittimano il mutuante a richiedere la restituzione dell'importo mutuato non al mutuatario ma direttamente ed esclusivamente al venditore»⁽⁶⁾.

Nello stesso senso già Cass., 23 aprile 2001, n. 5966⁽⁷⁾ e Cass., 20 gennaio 1994, n. 474⁽⁸⁾, e la costante giurisprudenza della Corte di Giustizia: si vedano in particolare CGCE, 14 ottobre 2007⁽⁹⁾, e CGCE, 23 aprile 2009⁽¹⁰⁾, che riconoscevano la complementarietà dell'azione diretta del debitore/consumatore contro il finanziatore rispetto ad ogni strumento di tutela già previsto dal diritto dei singoli ordinamenti nazionali, tra cui il diritto a chiedere la risoluzione del contratto di finanziamento quando sia già intervenuta quella del contratto finanziato in ragione del collegamento negoziale, ed il diritto di ripetere quanto versato in favore del finanziatore, secondo le norme generali in materia contrattuale vigenti in uno Stato membro.

3. La decisione in commento ricorda la decisione della Corte di Giustizia U.E. n. 509/2007 solo a proposito della clausola di esclusività, la cui assenza considera sufficiente a corroborare il criterio letterale per escludere il collegamento negoziale, ma difetta del necessario approfondimento circa le ragioni di debolezza del consumatore che fondano e giustificano la tutela rafforzata e peculiare dettata dalle fonti comunitarie recepite dal legislatore interno e ricondotte a sistema nel codice del consumo approvato con d.lgs. 6.9.2005, attuativo della delega concessa con art. 7 della l. 29 luglio 2003, n. 229, per il riassetto delle disposizioni in materia di tutela dei consumatori, e successive modificazioni e integrazioni.

Le asimmetrie informative e contrattuali, assieme agli squilibri di costo della gestione delle tutele giurisdizionali tipiche del rapporto tra professionista e consumatore, sono all'evidenza aggravate nel contratto di credito al consumo per effetto della contemporanea sussistenza di rischi specifici di eccessivo indebitamento, non adeguata informazione sul costo e sulle condizioni del credito, e soprattutto per il rischio che il consumatore resti esposto

⁽⁸⁾ In *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, 302, con nota di FERRANDO, e 1069, con nota di NUZZO; in *Vita not.*, 1994, I, 1169, con nota di DI BLASI.

⁽⁹⁾ In *Corr. giur.*, 2008, 489 ss.

⁽¹⁰⁾ In *Contratti*, 2009, 653 ss.

all'obbligo di rimborso anche in presenza di inadempimento del fornitore dei beni che con quella somma presa a mutuo sono stati acquistati ⁽¹¹⁾.

In particolare, quanto all'asimmetria informativa, il consumatore non può conoscere il prodotto, specie se ad alto contenuto tecnologico, prima di averlo acquistato ed utilizzato, come non conosce i sistemi produttivi che hanno condotto alla sua realizzazione, a differenza del professionista che ha potuto valutare tra i costi della produzione anche la maggiore o minore qualità e affidabilità dei componenti, delle materie prime utilizzate, dei processi di fabbricazione. Pari asimmetria concerne la conoscenza delle pieghe dello stesso articolato contrattuale ⁽¹²⁾.

Nel dettaglio, la posizione di asimmetria più immediatamente percepibile è appunto quella contrattuale, e si risolve nell'impossibilità che il consumatore ottenga una contrattazione individuale per l'acquisto del prodotto o del servizio, essendo costretto all'alternativa di accettare le clausole preventivamente stabilite dal professionista in moduli o formulari, o di rinunciare alla transazione. In ciò risiede la peculiarità dei rapporti di consumo e del codice che li disciplina, mentre il codice del 1942 resta improntato sulla «parità delle armi», altrimenti definibile come pari autonomia contrattuale delle parti, e per tale ragione si limita – tra l'altro – a una tutela meramente formale, realizzata attraverso l'onere della sottoscrizione specifica delle clausole vessatorie, proprio in quei contratti conclusi per adesione a moduli o formulari predisposti da una parte e sottoposti all'altra, che costituiscono la regola nei rapporti tra professionisti e consumatori.

L'asimmetria contrattuale è più evidente allorché il mercato non versi in condizioni di concorrenza effettiva, ed il consumatore sia costretto a

⁽¹¹⁾ Nell'impossibilità di richiamare la copiosa produzione dottrinale sull'argomento cfr. almeno ALPA, *Commento*, in *Contratti*, 2005, 1047; AMATO - TROIANI, *Codice del Consumo, arrivano le regole fra i piccoli utenti e giganti del mercato*, in *Dir. e giust.*, 2005, 1047; ALPA - ROSSI CARLEO, *Commentario al codice del consumo*, Napoli, 2005; STANZIONE - SCIANCALEPORE, *Commentario al codice del consumo, inquadramento sistematico e prassi applicativa*, Torino, 2006. Il contratto del consumatore si configura come *species* del *genus* del contratto con asimmetria di potere contrattuale tra le parti, su cui ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Il contratto e le tutele*, cit., considerazione condivisa da ALESSI, *Diritto europeo dei contratti e regole dello scambio*, in *Europa dir. priv.*, 2000, 963 ss., AMATO, *Per un diritto europeo dei contratti con i consumatori*, Milano, 2003, 468 ss. V. anche, in termini generali, GAMBINI, *Il nuovo statuto del consumatore europeo: tecniche di tutela del contraente debole*, in *Giur. merito*, 2004, 2605.

⁽¹²⁾ Cfr. LENER, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Foro it.*, 1996, 145 ss., a 147 scrive: «la circostanza che il testo contrattuale provenga da una sola parte (nel caso di specie, il professionista) comporta uno "squilibrio informativo" tra i contraenti, ovviamente in danno del consumatore [...] questo è senz'altro un profilo comune a tutti i contratti per adesione, standardizzati o individuali che siano».

negoziare alle condizioni fissate dal professionista per l'assenza di alternative valide a soddisfare comunque la propria domanda, con condizioni contrattuali migliori: ne risulta eliminata la fase della trattativa contrattuale, sostituita dalla conclusione del contratto per adesione a condizioni standard, o dall'uso di strumenti telematici, di distributori automatici, o ancora mediante televendita.

Infine, il professionista è in posizione di forza rispetto ai costi di tutela giurisdizionale, poiché può prevedere le possibili controversie che potrebbero insorgere per effetto della diffusione del prodotto o del servizio, perché saranno controversie standardizzate, come standard sono le clausole contrattuali che reggono i contratti di distribuzione: di conseguenza, sono statisticamente prevedibili anche i costi della tutela giurisdizionale, che il professionista potrà ripartire sui consumatori, quale componente del prezzo unitario di vendita.

Gli studi di *marketing* e di *consumer behavior* identificano i percorsi logici intrapresi da un consumatore per la decisione di acquisto nella sequenza costituita da percezione del bisogno, raccolta delle informazioni, valutazione delle alternative, decisione di acquisto, valutazioni post acquisto⁽¹³⁾.

Analoga è l'articolazione del Codice, rivolto al processo di consumo quale atto dinamico, che procede per fasi distinte, ciascuna delle quali può esporre il consumatore a situazioni di debolezza – secondo le differenti forme di asimmetria individuate dalla dottrina economica – e contribuire a realizzare quel *vulnus* alla cui eliminazione si dirige la normativa di settore.

4. Su ciascuno degli aspetti di criticità così sinteticamente richiamati è intervenuto il legislatore consumeristico, conscio della debolezza del soggetto non professionale al quale non è dato contrattare il contenuto negoziale, ed in particolare – per quanto interessa la vicenda oggetto del giudizio – la clausola di esclusione del collegamento dei negozi di finanziamento e di compravendita, la cui dichiarazione di vessatorietà, oggetto di specifica domanda, non risulta trattata dalla decisione in commento, sebbene appaia suscettibile nella fattispecie di cui all'art. 33, comma 2, lett. b), Cod. Consumo⁽¹⁴⁾.

⁽¹³⁾ COSTABILE - RICOTTA, *Riferimenti teorici multidisciplinari: economia, teoria del consumatore, marketing management*, in *Codice del consumo, Commentario*, a cura di ALPA - ROSSI CARNEO, Napoli, 2005, 106 ss.; per l'organizzazione dello stesso secondo il binomio diritti-rimedi, ALPA, *Commento all'art. 1, ivi*, 17 ss. Per gli studi sul comportamento del consumatore cfr. DUESENBERY, *Reddito, risparmio e teoria del comportamento del consumatore*, Milano 1969. V. anche SILVA - CAVALIERE, *I diritti del consumatore e l'efficienza economica*, in *La tutela del consumatore tra mercato e regolamentazione*, a cura di SILVA, Roma, 1996, 26.

⁽¹⁴⁾ Cfr. CENDON, *Commentario al codice civile. D.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, sub art. 33 Cod. Consumo*, Milano, 2010, 385 ss.

Se è vero che la disposizione richiamata si riferisce all'esclusione di azioni dipendenti dall'inadempimento del professionista, e che nel caso di specie non sussisterebbe inadempimento del finanziatore, ma invece del solo venditore rispetto al distinto contratto di compravendita, la clausola di esclusione del collegamento analizzata dalla pronuncia in commento costituisce contemporaneamente premessa e conclusione del procedimento argomentativo fondamentale circa il collegamento negoziale appunto, che a fatica sembra poter superare una censura di apoditticità.

Rileva, in particolare, ricordare che è invece stata introdotta, al primo comma dell'art. 36 cod. consumo, l'esplicita menzione della sanzione della nullità per le clausole abusive, quale nullità di protezione rilevabile anche d'ufficio dal giudicante ma operativa solo in favore del consumatore, mentre la lettera del previgente art. 1469 *quinquies* c.c., discutendo di inefficacia, aveva dato spazio ad ampio dibattito, risolto tuttavia per lo più nel senso della qualificazione in termini di nullità di statuto speciale, o di protezione, caratterizzata, rispetto alla nullità civilistica, dalla parziale rilevabilità d'ufficio e dall'effetto caducatorio della sola clausola vessatoria, e non dell'intero articolato contrattuale.

La rilevabilità d'ufficio, di cui all'ultimo comma dell'art. 36, è strumento di protezione del consumatore, come è la disciplina della legittimazione all'impugnativa, estesa alle associazioni, e deve essere correlata col principio della domanda, sicché il consumatore si trova nell'alternativa di chiedere l'esecuzione del contratto, ovvero la dichiarazione di nullità di quella sua parte che venga ritenuta abusiva.

Nella prima alternativa deve ritenersi ammissibile la prova dell'esistenza e del contenuto dell'accordo, sebbene ciò sarebbe escluso dalla disciplina generale della nullità, com'è per il divieto di prova per testimoni del contratto nullo per difetto di forma (artt. 2725, 2729, 2739 c.c.).

La deroga al principio generale è giustificata dall'essere la sanzione della nullità indirizzata non a tutela di un interesse generale, ma a favore di una sola delle parti del contratto, secondo un modello di nullità distinto da quello tradizionalmente ritenuto come monolitico, disciplinato dagli artt. 1418 e ss. del codice civile⁽¹⁵⁾.

Di conseguenza, se il divieto di prova resta operante ove il consumatore o l'associazione agiscano per la declaratoria di nullità relativa, ciò non avverrà per l'ipotesi della domanda di esecuzione del contratto, ed entrambe le parti saranno ammesse a fornire elementi di formazione del convincimento del giudice riguardo all'esistenza ed al contenuto dell'accordo.

Ad ogni modo, il regime della rilevabilità d'ufficio va coordinato con la *ratio* di tutela del consumatore, e pertanto, in ossequio all'art. 183, comma 3, c.p.c., il giudice che segnali alle parti la possibile declaratoria di nullità

⁽¹⁵⁾ NUZZO, *Commento agli artt. 33-38*, in *Codice del consumo, Commentario*, cit., 262 ss.

della clausola dovrà astenersi dal pronunciarla quando la pattuizione non si risolve, in concreto, in pregiudizio del consumatore, in quanto l'articolato normativo si dirige in primo luogo alla protezione degli interessi concreti ed effettivi della parte debole dello specifico contratto condotto all'attenzione dell'interprete, e solo di conseguenza realizza quegli interessi pubblicistici cui la rilevabilità d'ufficio della nullità è indirizzata⁽¹⁶⁾.

La sanzione va dunque ricondotta al novero delle cosiddette nullità di protezione, di regime speciale, perché rilevabile anche d'ufficio ma unicamente a vantaggio del consumatore, e comunque nella prospettiva della nullità parziale, in quanto la sanzione di nullità dell'intero contratto, lungi dal realizzare l'interesse alla protezione del contraente debole, realizzerebbe l'effetto opposto, ponendolo nell'indisponibilità del bene della vita oggetto del contratto⁽¹⁷⁾.

Nel caso di specie, posto che il consumatore aveva proposto tanto la domanda di risoluzione del contratto, quanto quella di declaratoria di nullità della clausola⁽¹⁸⁾ che sanciva la limitazione di responsabilità del finanziatore in conseguenza dell'inadempimento – poi verificatosi – del fornitore del bene

⁽¹⁶⁾ Cfr. MONTICELLI, *Limiti sostanziali e processuali al potere ex art. 1421 c.c. e le nullità contrattuali*, in *Giust. civ.*, 2003, 295 ss.

⁽¹⁷⁾ Sul punto si è confrontata la dottrina fin dalla prima redazione degli art. 1469-bis ss. c.c., ritenendosi per un verso che venisse integrata una sanzione di inefficacia parziale, più flessibile ed adeguata alla valutazione delle clausole secondo il principio di buona fede (così BUSNELLI, in BIANCA - BUSNELLI, *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore. Art. 1469 bis-1469 sexies*, Padova, 1999, 41); mentre altri autori (BELLELLI, in ALPA - PATTI, *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori, Commentario degli articoli 1469 bis-1459 sexies del Codice civile*, I, Milano, 1997, 689) rilevavano come la disapplicazione della clausola, nell'esclusivo interesse del consumatore, fosse compatibile con la sanzione di nullità, conseguente all'illiceità della condotta del professionista: "di fronte all'abuso del potere regolamentare esercitato dall'imprenditore, la novella tutela il consumatore predisponendo un doppio livello di protezione giudiziale, sia individuale che collettiva. Presupposto della tutela è, in entrambi i giudizi, l'illiceità del comportamento dell'imprenditore".

Concorda sulla sanzione di nullità anche NUZZO, in *Commentario al capo XIV bis del codice civile*, cit., 852 ss.; mentre sull'inefficacia cfr. anche ORESTANO, *L'inefficacia delle clausole vessatorie: «contratti del consumatore» e condizioni generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, 515 e SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Il contratto e le tutele: prospettive di diritto europeo*, a cura di MAZZAMUTO, Torino, 2002, 214 ss.

Altri Autori discutono di nullità-rimedio, tra cui DI MAJO, *Le nullità nuove*, in *Il contratto in generale*, nel *Tratt. dir. priv.* diretto da BESSONE, XIII, t. VII, Torino, 2002, 130-131, nozione che per PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, 173 ss. e 185-186, indica una disciplina della nullità speciale rispetto alla nullità tradizionale, soprattutto per la legittimazione relativa e la necessaria parzialità, ma al tempo stesso generale, e come tale suscettibile di interpretazione analogica a tutti i casi in cui ricorra una *ratio* comune, che consiste nello squilibrio non eventuale ma

di consumo, il giudice, così correttamente guidato dalla difesa attorea, era nelle condizioni per accertare che la declaratoria di nullità per vessatorietà si sarebbe appunto diretta nell'interesse del consumatore, statuendo, anche per l'effetto della pronuncia medesima, la risoluzione del contratto di credito al consumo, con accoglimento della subordinata domanda di restituzione delle rate di rimborso corrisposte, oltre accessori.

STEFANIA STEFANELLI

strutturale fra le parti contraenti, cui in determinati rapporti un criterio normativo attribuisca rilevanza formale per l'attitudine di quell'elemento specializzante – lo squilibrio strutturale – ad alterare in radice i presupposti di esercizio dell'autonomia negoziale e le dinamiche del mercato (*ivi*, 240-243, l'A. ricorda la disciplina dell'abuso di posizione dominante commesso tramite attività negoziale, di cui all'art. 9 della citata legge sulla subfornitura nelle attività produttive). Per l'applicazione della disciplina ai contratti di acquisto di diritti televisivi e cinematografici di eventi sportivi, conclusi da Telepiù in abuso della propria posizione dominante sul mercato della *pay tv* cfr. App. Roma, 16 gennaio 2001, in *Danno resp.*, 2001, 284, con nota di BASTIANON, su cui anche MELI, *L'abuso di posizione dominante attraverso comportamenti di carattere negoziale: il caso Telepiù*, in *Giur. comm.*, 2002, 319 ss.

Cfr. anche l'art. 1 del d.lgs. 20 giugno 2005, n. 122, di tutela degli acquirenti degli immobili da costruire; BARALIS, *Considerazioni sparse sul decreto delegato conseguente alla l. n. 210 del 2004; spunti in tema di: varietà di contratti "garantiti", prestazione di fideiussione "impropria", riflessi sulla trascrizione, contenuto "necessario" del contratto, invalidità speciale e sue conseguenze*, in *Riv. not.*, 2005, 723.

Si delinea, dunque, dal sistema delle disposizioni citate, il passaggio dal contratto del consumatore, come *species*, al *genus* del contratto con asimmetria di potere contrattuale tra le parti, su cui ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Il contratto e le tutele*, cit., considerazione condivisa da ALESSI, *Diritto europeo dei contratti e regole dello scambio*, in *Europa dir. priv.*, 2000, 963 ss.; AMATO, *Per un diritto europeo dei contratti con i consumatori*, Milano, 2003, 468 ss.

V. anche, in termini generali, GAMBINI, *Il nuovo statuto del consumatore europeo: tecniche di tutela del contraente debole*, in *Giur. merito*, 2004, 12, 2605.

⁽¹⁸⁾ Secondo Cass. civ., sez. I, 27 aprile 2011, n. 9395, «La rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto in ogni stato e grado del processo opera solo se da parte dell'attore se ne richieda l'adempimento, essendo il giudice tenuto a verificare l'esistenza delle condizioni dell'azione e a rilevare d'ufficio le eccezioni che, senza ampliare l'oggetto della controversia, tendano al rigetto della domanda e possano configurarsi come mere difese del convenuto. Ne consegue che quando la domanda sia, invece, diretta a far valere l'invalidità del contratto o a pronunciarne la risoluzione per inadempimento, non può essere dedotta tardivamente un'eccezione di nullità diversa da quelle poste a fondamento della domanda, essendo il giudice, sulla base dell'interpretazione coordinata dell'art. 1421 cod. civ. e 112 cod. proc. civ., tenuto al rispetto del principio dispositivo, anche alla luce dell'art. 111 Cost., che richiede di evitare, al di là di precise indicazioni normative, ampliamenti dei poteri d'iniziativa officiosa». Conforme Cass. civ., sez. II, 6 ottobre 2006, n. 21632, in *Contratti*, 2007, 421 ss.

DIRITTO PENALE

CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. I – 21 ottobre 2010 – Pres. SILVESTRI
– Rel. CAPOZZI – T.M.

**Conflitto negativo di competenza – Questioni analoghe – Abnormità
– Insussistenza** (c.p.p., art. 28, comma 2).

Non determina conflitto negativo di competenza per questioni analoghe, perché non è affetta da abnormità, l'ordinanza del giudice dibattimentale che dichiara la nullità del decreto di rinvio a giudizio per indeterminatezza del capo di imputazione restituendo gli atti al G.u.p. che già aveva ritenuto insussistente la medesima nullità eccitata dalla difesa in udienza preliminare e provveduto a specificare la condotta nel decreto dispositivo del giudizio (1).

(*Omissis*). 4. – Il conflitto di competenza sollevato dal G.U.P. del Tribunale di Perugia nei confronti del Tribunale di Perugia va risolto nel senso di dichiarare la competenza del Gup del Tribunale di Perugia. Invero l'art. 28 secondo comma ultima parte c.p.p. stabilisce che in caso di contrasto tra il giudice dell'udienza preliminare ed il giudice del dibattimento, la decisione del giudice del dibattimento prevale, in via di principio, su quella del giudice che ha disposto il rinvio a giudizio.

5. È vero che tale prevalenza, secondo la giurisprudenza consolidata di questa suprema Corte, anche a sezioni unite, si verifica solo rispetto ai provvedimenti consentiti al giudice del dibattimento e non anche rispetto ad eventuali provvedimenti emessi da quest'ultimo giudice al di fuori dei suoi poteri (cfr. Cass. SS. UU., 6.12.91, Di Stefano); tuttavia non può dirsi che, nella specie in esame, il giudice del dibattimento abbia esorbitato dai propri poteri, per avere ritenuto che il capo d'imputazione fosse incompleto, in quanto carente dell'indicazione dei giorni in cui l'imputata aveva posto in essere il comportamento truffaldino contestatole, dell'indicazione degli orari contestati come difformi al vero, dell'indicazione degli importi retributivi che l'imputata avrebbe percepito, sì da arrecare un danno economico all'ente pubblico di appartenenza; ed aveva altresì

ritenuto che la necessaria specificazione dell'accusa non poteva essere contenuta nella parte motivazionale del decreto di rinvio a giudizio.

6. Deve quindi ritenersi che, nella specie, non vi sia stata un'arbitraria ovvero abnorme regressione del procedimento ad una fase processuale anteriore. Occorre invero tenere presente che la remissione degli atti dal giudice del dibattimento al G.u.p. costituisce un provvedimento che non può ritenersi avulso dal sistema, costituendo un atto in ogni caso emesso nell'esplicazione dei poteri riconosciuti dall'ordinamento e tale da non determinare la stasi del procedimento, ben potendo il G.u.p. disporre la rinnovazione dell'udienza preliminare, onde sanare le irregolarità rilevate dal giudice di dibattimento (cfr. Cass. sez. I, 21.3.08 n. 14030, rv. 236215; Cass. SS.UU. 26.3.09 n. 25957, rv. 243590).

7. Gli atti vanno pertanto trasmessi al G.u.p. del Tribunale di Perugia per il corso ulteriore. (*Omissis*).

(1) Questioni irrisolte in tema di conflitti negativi di competenza per questioni analoghe e abnormità.

1. La questione affrontata dalla Suprema Corte evoca una problematica da sempre connessa all'istituto della competenza ed in particolare la necessità da un lato, di coniugare la regola secondo cui ciascun giudice è sovrano di decidere circa la propria competenza e di interpretare liberamente le norme che definiscono la propria giurisdizione, e, dall'altro, la possibilità che più giudici, nell'ambito della propria sovranità decisionale, si attribuiscono o neghino la propria competenza a *ius dicere* in relazione ad un determinato procedimento penale ⁽¹⁾.

Tale intento è stigmatizzato nel nostro Ordinamento dall'art. 28 c.p.p. il quale detta una serie di regole volte ad assicurare l'unità del giudicato in presenza di conflitti c.d. propri tra organi giudicanti ⁽²⁾. E, segnatamente, nel conflitto positivo, allorquando, cioè, più organi giudicanti si ritengano entrambi competenti a decidere il medesimo fatto attribuito alla medesima persona, scopo della norma è quella di dissolvere *in itinere* la funesta possibilità della contemporanea presenza di più pronunce tutte concorrenti

⁽¹⁾ BARGI, *Conflitti e contrasti sulla competenza del nuovo codice di procedura penale*, in *Cass. pen.*, 1991, 1488.

⁽²⁾ BRONZO, *Incompetenza e "vizio di attribuzione" del giudice che dispone una misura cautelare*, in *Cass. pen.*, 2004, 4329; CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2003, 139; GALLUCCI, *Questioni in tema di riparto di attribuzioni e di incompatibilità del giudice*, in *Cass. pen.*, 2001, 361; GIALUZ, *Configurabile il conflitto di competenza fra tribunale monocratico e collegiale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 1230; RIVIEZZO, *Giudici collegiali e monocratici "in conflitto" alla Suprema Corte, ma con poca convinzione*, in *Dir. giust.*, 2000, 10, 73.

e relative ad una stessa *regiudicanda* ⁽³⁾. Nel conflitto negativo, invece, allorché due organi giudicanti ritengano entrambi di non avere competenza sul medesimo procedimento avente ad oggetto lo stesso fatto attribuito alla stessa persona, scopo della norma è evidentemente quello di assicurare che vi sia un giudice naturale che giunga ad una decisione sul procedimento in tal modo superando la stasi determinata dalla assoluta assenza di una pronuncia ⁽⁴⁾.

Ovviamente l'operatività delle prescrizioni normative in tema di conflitto di competenza presuppone che la stasi non possa essere superata attraverso il ricorso ad un meccanismo processuale positivamente previsto, tale da permettere ad un secondo giudice un potere di controllo e verifica dell'attività di giudizio posta in essere dal primo giudice, difettando in tal caso l'*empasse* che contraddistingue il conflitto stesso ⁽⁵⁾. Così come affinché possa rinvenirsi conflitto di competenza occorre che ciascun giudice si trovi

⁽³⁾ Il legislatore ha espressamente subordinato l'ammissibilità del conflitto alla sussistenza di una condizione di carattere temporale rappresentata dalla contemporaneità della pretesa dei giudici di essere ciascuno competente a conoscere del medesimo fatto. V. sul punto Cass., sez. I, 25 marzo 1991, Ciabattani, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1991, 622; Id., sez. I, 3 luglio 1992, D'Alessandro, *ivi*, 1993, 126. Parte della dottrina ha inteso il requisito della contemporaneità non come simultaneità delle decisioni, bensì in una dimensione più ampia, comprensiva di momenti diversi sotto il profilo temporale, ma coincidenti dal punto di vista procedimentale, cioè tali da porsi in rapporto di convergenza quanto al compimento di una medesima attività. Vedi DALIA, *Conflitti di competenza*, in *Enc. giur.*, VIII, Roma, 1988, 8. Nello stesso senso, ALLEGRA, *Conflitti di giurisdizione e di competenza nel processo penale*, Milano, 1955, 110; ROMANO, *Contrasto, non conflitto, tra giudice dell'udienza preliminare e giudice del dibattimento*, in *Giur. it.*, 1992, II, 45.

⁽⁴⁾ MAZZARRA, *I conflitti di competenza*, in GAITO, *Le nuove disposizioni sul processo penale*, Padova, 1989, 186. In giurisprudenza v. Cass., sez. II, 19 ottobre 2005, Basile e altri, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2007, 1, 101; Id., sez. IV, 20 dicembre 2000, Gavazzi, in *CED Cass.*, n. 218482; Id., sez. I, 31 maggio 2000, Berlusconi e altri, in *Foro ambr.*, 2000, 345; Id., sez. I, 7 aprile 1999, Di Lorenzo, in *Cass. pen.*, 2000, 2661; Id., sez. I, 11 febbraio 1997, Zorzi, *ivi*, 1998, 2993.

⁽⁵⁾ Cass., sez. I, 19 gennaio 1993, Tedesco, in *CED Cass.*, n. 193086; Id., sez. I, 8 ottobre 1992, Caracciolo, *ivi*, n. 193166. Nello stesso senso, Cass., sez. I, 15 novembre 1996, Straticò, in *Cass. pen.*, 1998, 513; Id., sez. I, 20 marzo 1996, Pagnotta, *ivi*, 1997, 2129; Id., sez. I, 17 ottobre 1994, Montamurro, in *CED Cass.*, n. 199959; Id., sez. I, 5 aprile 1993, Lo Russo, in *Cass. pen.*, 1994, 2455.

Affinché il contrasto da potenziale diventi attuale è necessario che lo stesso si manifesti in maniera esplicita, soprattutto nel caso di conflitto negativo. Infatti, a causa dell'ambiguità dell'inerzia che caratterizza tale fattispecie è necessario che il dissenso risulti da una pronuncia che lo manifesti in maniera inequivocabile, attraverso l'adozione di formali provvedimenti; pertanto in mancanza di provvedimenti declinatori della competenza, la semplice missiva di trasmissione degli atti con l'indicazione «per competenza» non è suscettibile di determinare il conflitto, la cui denuncia deve dichiararsi inammissibile Sul punto Cfr. MACCHIA, sub *art. 28*, in

rispetto a quella *regiudicanda* in posizione di parità decisionale con l'altro giudice appartenente allo stesso ordine ⁽⁶⁾.

Il comma 2 dell'art. 28 c.p.p. prevede, inoltre, espressamente l'estensione della disciplina dei conflitti di cui al comma 1 della stessa disposizione anche ai "casi analoghi", ovvero a tutte quelle ipotesi, casisticamente imprevedibili, che risultino accomunabili a quelle tipicizzate dalla medesima *ratio legis* ⁽⁷⁾.

Sul tema dei casi analoghi di conflitto, la giurisprudenza ha chiarito che la situazione ipotizzata da quest'ultima disposizione debba considerarsi sussistente solo in presenza di un contrasto tra giudici da cui derivi una condizione di stasi o di blocco dell'attività processuale direttamente ricollegabile al dissenso insorto tra i due organi giurisdizionali in ordine alla competenza ad emettere provvedimenti necessari allo sviluppo del rapporto processuale ⁽⁸⁾. In particolare, è stato precisato che nella categoria dei conflitti c.d. impropri rientranti nei "casi analoghi" siano inquadrabili tutti quei casi in cui tra due organi giurisdizionali insorgano dei conflitti relativi alla competenza funzionale di uno di essi ad emettere un provvedimento indispensabile affinché il giudizio possa procedere e che le posizioni contrastanti degli organi giudicanti siano tali da determinare un impedimento, non altrimenti superabile, allo svolgimento del processo ed attinente ad una questione di competenza a decidere ⁽⁹⁾.

Dai rilievi che precedono può, quindi, trarsi la conseguenza che, mentre

Comm. Lattanzi, Lupo, I, Milano, 1998, 167. In giurisprudenza, sul tema, v. Cass., sez. I, 22 febbraio 2007, confl. comp. in proc. Sarcinelli e altro, in *CED Cass.*, n. 236368; Id., sez. VI, 12 dicembre 1995, Falsone, in *Giust. pen.*, 1997, III, 531; Id., sez. I, 12 ottobre 1995, Passaro, in *CED Cass.*, n. 202673; Id., sez. I, 6 ottobre 1994, Pizzone, in *Giur. it.*, 1995, II, 700; Id., sez. I, 7 luglio 1992, Semeria, in *CED Cass.*, n. 191595; Id., sez. I, 6 luglio 1992, Mura, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1993, 126; Id., sez. I, 28 aprile 1992, Becchimanzi, in *Cass. pen.*, 1994, 89. Fra i provvedimenti che possono dar luogo a conflitto di competenza è annoverata anche l'ordinanza di reiezione dell'eccezione di incompetenza territoriale. Cfr. sul punto Cass., sez. III, 6 marzo 2001, Ciola, in *Giur. it.*, 2003, 561.

⁽⁶⁾ Cass., sez. I, 17 maggio 2007, confl. comp. in proc. Altomonte, in *CED Cass.*, n. 237084; Id., sez. I, 10 gennaio 2001, Giambra, *ivi*, n. 218422; Id., sez. I, 8 giugno 1998, Sama, *ivi*, n. 210880; Id., sez. I, 16 aprile 1997, Vanoni, *ivi*, n. 207653; Id., sez. VI, 5 maggio 1995, Prandini, in *Giust. pen.*, 1996, III, 420; Id. sez. I, 17 gennaio 1994, Allegrino, in *Cass. pen.*, 1995, 2185; Id., sez. I, 28 aprile 1992, Virgilio, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1992, 759; Id., sez. I, 9 marzo 1992, De Gasperis, in *CED Cass.*, n. 191343. In caso di c.d. continenza delle *regiudicande* v. Cass., sez. I, 7 dicembre 2007, confl. comp. in proc. D'Ambrosio, in *CED Cass.*, n. 238131.

⁽⁷⁾ ALLEGRA, *Conflitti di giurisdizione e di competenza nel processo penale*, cit., 53; BONETTO, sub *Art. 28*, in *Comm. Chiavario*, I, Torino, 1989, 163.

⁽⁸⁾ Cass., sez. I, 15 novembre 1996, Straticò, cit.; Id., sez. I, 31 gennaio 1996, Sabbatici, inedita; Id., sez. I, 25 maggio 1994, Dursun, *CED on line*, n. 198423.

⁽⁹⁾ Cass., sez. I, 8 ottobre 1992, Caracciolo, in *Mass. cass. pen.*, 1993, 6, 20.

i conflitti propri riguardano fattispecie precise e ben delimitate, connotate dalla duplicazione dei processi aventi tutti ad oggetto la medesima *res giudicanda* oppure dal rifiuto di entrambi gli organi giudicanti di prendere cognizione dello stesso fatto – reato attribuito alla medesima persona, nonché dallo scopo di assicurare la *reductio ad unum* dei processi pendenti, il conflitto improprio, per casi analoghi, manca di detta rigida determinazione e rappresenta, perciò, un rimedio che consente alla Corte di Cassazione di intervenire al fine di regolare l'ordine delle competenze la cui distorsione dà origine, in casi concreti ma non predeterminati a monte, ad una situazione di stasi processuale rimuovibile soltanto attraverso la determinazione degli argini delle competenze di ciascun giudice in contrasto⁽¹⁰⁾. La nozione di “casi analoghi”, pertanto, non deve essere intesa in termini restrittivi poiché, anzi, la legge attraverso l'art. 28 c.p.p. ha voluto istituire una sorta di valvola di sfogo volta a garantire l'intervento della Corte di Cassazione allo scopo di rimuovere prontamente tutte quelle situazioni di arresto del procedimento non classificabili *ab origine* e non altrimenti eliminabili⁽¹¹⁾.

La disciplina dei conflitti contenuta nel codice di rito ha essa stessa, peraltro, operato una limitazione dell'area di applicazione analogica della norma sotto l'aspetto non solo soggettivo, mediante l'esclusione del pubblico ministero tra i possibili soggetti legittimati a sollevare il conflitto di competenza⁽¹²⁾, ma anche oggettivo, tramite l'esclusione, dal novero dei conflitti, dei contrasti tra giudice dell'udienza preliminare e giudice del dibattimento⁽¹³⁾.

⁽¹⁰⁾ Cfr. G.i.p. Milano, 14 ottobre 1999, in *Foro ambr.*, 2000, 28; Cass., sez. I, 17 aprile 1997, Zuccotti, in *Foro it.*, 1998, II, 329.

⁽¹¹⁾ Cass., sez. V, 22 aprile 1999, Sami, in *CED Cass.*, n. 213804; Id., sez. I, 16 aprile 1997, Vanoni, cit. In dottrina cfr. BOCHICCHIO, *Riflessioni sul conflitto di competenza fra giudice e pubblico ministero nel codice di procedura penale del 1988*, in *Cass. pen.*, 1992, 219; BONETTO, *Giurisdizione, competenza, conflitti*, in CHIAVARIO, MARZADURI, *Protagonisti e comprimari nel processo penale*, Torino, 1995, 25; CRISTIANI, *Manuale del nuovo processo penale*, Torino, 1989, 76; MARAFIOTI, *Contrasti tra uffici del pubblico ministero*, in *Giur. it.*, 1990, II, 398; SEGHETTI, *Dissenso tra P.M. e G.I.P. sulla competenza e conflitto analogo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 302; TREVISSON LUPACCHINI, *Brevi considerazioni in tema di conflitti cosiddetti analoghi secondo il nuovo codice*, in *Giur. it.*, 1991, II, 16. *Contra*: PATANÈ, *Aboliti dal nuovo codice di procedura penale i “casi analoghi” di conflitto interessanti il pubblico ministero*, in *Giust. pen.*, 1991, III, 298; PERONI, *Sul dissenso tra pubblico ministero e giudice per le indagini preliminari come fattispecie di conflitto analogo*, in *Cass. pen.*, 1991, II, 154.

⁽¹²⁾ Sul tema, sia consentito rinviare a BUTTARELLI, *Conflitto di competenza e “caso analogo”*, in *Cass. pen.*, 1988, 1196; DE LUCA, *Conflitto di competenza o conflitto di opinioni?*, in *Foro it.*, 1955, II, 97; LEONE, *Manuale di procedura penale*, Napoli, 1982, 112.

⁽¹³⁾ Cass., sez. un., 6 dicembre 1991, Di Stefano, in *Giur. it.*, 1996, II, 712. Cfr. di recente Cass., sez. I, 1 aprile 2003, Torchio, in *CED Cass.*, n. 225455; Id., sez. I, 18

In altre parole, laddove vi sia una situazione di stallo tra il G.u.p. ed il giudice del dibattimento del medesimo ufficio non troverà applicazione, in tal caso, la norma sui conflitti di competenza poiché il Legislatore, attraverso l'art. 28, comma 2, seconda parte c.p.p., è intervenuto a dirimere a monte la questione ritenendo *ex lege* prevalente la decisione del giudice dibattimentale rispetto al giudice dell'udienza preliminare che dovrà, pertanto, adeguarsi alla statuizione del primo.

La *ratio* di tale esclusione è immediatamente ricollegabile alla necessità di delimitare l'ambito di operatività della normativa sui conflitti lasciando ad essa la regolamentazione della sfera di competenza di ciascun giudice ad emettere una decisione e non anche i dissensi insorti tra gli uffici del medesimo Tribunale nelle situazioni più disparate. In questi ultimi casi l'interesse ad una sollecita definizione del processo è sembrato preminente sull'interesse del giudice dell'udienza preliminare a non essere vincolato dalla statuizione del giudice del dibattimento la cui statuizione prevarrà in ogni caso; con l'unico limite rappresentato dall'ipotesi in cui la decisione di quest'ultimo si ponga al di fuori dei canoni normativi dando luogo ad ipotesi di abnormità ⁽¹⁴⁾.

2. Andando ad analizzare la pronuncia della Suprema Corte è d'obbligo rilevare come essa intervenga a precisare con proprie statuizioni i limiti oggettivi e soggettivi della normativa in tema di conflitti in casi analoghi nei termini sopra indicati.

La fattispecie concreta esaminata riguarda un caso di truffa aggravata commessa ai danni di un ente pubblico da un proprio dipendente che avrebbe fatto timbrare il proprio badge da terzi sconosciuti. Nel capo di imputazione, tuttavia, non veniva indicata la data di commissione del fatto reato e dei relativi orari precisi in cui l'illecito sarebbe stato posto in essere nonché l'entità del preteso indebito incameramento di stipendio da parte del dipendente, bensì veniva indicata solo la data dell'ultima condotta ascritta al prevenuto ed indicato il danno cagionato all'Erario in termini generici di differenza retributiva tra le ore risultanti dal cartellino e quelle effettive.

ottobre 2002, confl. comp. in proc. Ricciardi, *ivi*, n. 222552. *Contra*: Cass., sez. fer., 4 settembre 2002, confl. comp. in proc. Falaschetti, in *Dir. proc. pen.*, 2003, 8, 979; Id., sez. I, 3 ottobre 2001, confl. comp. in proc. D'Amico, in *CED Cass.*, n. 220119; Id., sez. I, 7 giugno 2001, confl. comp. in proc. Saliko e altri, *ivi*, n. 219688. Per un approfondimento del tema v. GROSSO, *Rapporti tra G.U.P. e giudice del dibattimento e tutela del principio di precostituzione del giudice naturale*, in *Giust. pen.*, 1990, III, 704; Id., *L'udienza preliminare*, Milano, 1990, 156.

⁽¹⁴⁾ Cass., sez. I, 3 aprile 2001, Bocchetti, in *CED Cass.*, n. 219542; Id., sez. III, 9 settembre 1999, Da Ponte, *ivi*, n. 214522; Trib. Napoli 11 luglio 2001, P.B., in *Giur. merito*, 2002, 507; Id., sez. I, 2 luglio 2001, Sangani, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2001, 603. In tema di giudizio abbreviato, v. Cass., sez. I, 15 giugno 2006, confl. comp. in proc. Miccio, in *CED Cass.*, n. 235260.

Nel corso dell'udienza preliminare, a fronte della eccezione di nullità del capo di imputazione per indeterminatezza sollevata dalla difesa, il G.u.p. rigettava l'istanza sul presupposto che il capo di imputazione riportava comunque una data finale del fatto-reato e, comunque, in forza degli atti di indagine racchiusi nel fascicolo del P.m. riportanti gli orari di alcune giornate in cui sarebbe stato commesso il reato, la condotta contestata sarebbe stata sufficientemente determinata ed idonea a garantire il diritto di difesa, salva la verifica nel merito della correlazione tra la truffa contestata ed ogni giornata lavorativa.

All'esito della discussione, il G.u.p. emetteva il decreto che dispone il giudizio argomentando in tema di fonti di prova e dei fatti cui esse si riferivano, indicando e specificando, inoltre, all'interno del medesimo arco temporale già indicato dal P.m. nell'originario capo di imputazione, le giornate in cui la condotta sarebbe stata commessa alla luce di quelle fonti ai fini dell'integrazione del reato contestato.

In sede dibattimentale il Tribunale, a fronte della nuova eccezione di indeterminatezza del capo di imputazione sollevata dalla difesa per non essere indicati i giorni e gli orari della condotta truffaldina né gli importi retributivi indebitamente percepiti, ne dichiarava la nullità e disponeva la trasmissione degli atti al G.u.p. ritenendo che il decreto di rinvio a giudizio, integrato nei termini sopra riportati, non potesse avviare alla genericità del capo di imputazione la cui integrazione sarebbe rimessa – secondo il Tribunale - esclusivamente all'iniziativa del P.m. e non, invece, a quella del giudice dell'udienza preliminare.

Tornato il fascicolo al G.u.p., quest'ultimo, ritenendo che il capo di imputazione fosse stato adeguatamente integrato nel decreto che dispone il giudizio, e che, quindi, non ricorresse alcuna ipotesi di nullità, riteneva l'ordinanza del Tribunale abnorme in quanto da collocarsi fuori dall'alveo suo proprio ed, in quanto tale, non poteva costituire adeguato parametro di riferimento per il riconoscimento pregiudiziale della prevalenza di quella decisione rispetto a quanto già precedentemente da esso statuito. Rilevava, altresì, come, qualora fosse stata seguita l'impostazione del Tribunale si sarebbe riprodotta una situazione caratterizzata dalla medesima dinamica già prospettata che non poteva che concludersi se non con un'attività di integrazione del capo di imputazione nei medesimi termini già seguiti nel corso della prima udienza preliminare. A fronte della stasi generata dall'ordinanza del Tribunale, sollevava, quindi, conflitto di competenza per questioni analoghe *ex art. 28 c.p.p.* rimettendo la decisione sulla risoluzione del conflitto alla Corte di Cassazione.

La Suprema corte, nel giungere alla conclusione della questione, avalla la decisione del Tribunale affrontando un aspetto peculiare ovvero se la ordinanza del Tribunale con la quale il processo regredisce ad una fase anteriore, sia abnorme per avere, l'organo giudicante, superato i poteri propri che l'Ordinamento gli conferisce.

La Corte ritiene, peraltro, che nella fattispecie in esame non vi sia stata

un'arbitraria regressione del procedimento ad una fase processuale anteriore e ciò in quanto la remissione degli atti dal giudice del dibattimento al G.u.p. rappresenta un provvedimento non avulso dal sistema processuale. Esso, costituirebbe, infatti, un atto emesso nell'esercizio dei poteri riconosciuti al giudice dall'Ordinamento e tale da non determinare alcuna stasi del procedimento.

Perciò, secondo l'insegnamento della Cassazione, poiché il G.u.p. ha il potere di disporre la rinnovazione dell'udienza preliminare ed in quella sede sanare eventuali irregolarità rilevate dal giudice del dibattimento, la regressione disposta dal Tribunale con la propria ordinanza non sarebbe abnorme ma rientrerebbe nel legittimo esercizio dei poteri dibattimentali.

In altre parole la Corte, facendo leva sul principio secondo cui, presupposto affinché possano operare le norme sul conflitto di competenza è la assenza di un meccanismo processuale già normativamente previsto ed idoneo a superare la stasi meramente apparente del processo, ha ritenuto come, in realtà, non vi fosse nel caso in esame una vera e propria *empasse* del processo atteso che il G.u.p., attraverso i propri poteri, avrebbe potuto avviare mediante la rinnovazione dell'udienza preliminare ed ivi integrare compiutamente il capo di imputazione, sanando la nullità riscontrata.

3. Tuttavia per comprendere la correttezza della decisione della Suprema Corte occorre preliminarmente verificare se realmente la pronuncia del Tribunale non sia affetta da abnormità perché resa al di fuori dei propri poteri ovvero se, invece, rientri nelle competenze espressamente ad esso attribuite dal codice.

Infatti, la regola della prevalenza della pronuncia del giudice dibattimentale sul G.u.p., indicata dal Legislatore nell'art. 28, comma 2, seconda parte c.p.p. allo scopo precipuo di evitare *ab origine* la configurabilità del conflitto, trova il proprio presupposto nella necessaria conformità del provvedimento reso dal giudice dibattimentale rispetto ai canoni normativi. A *contrario*, detta regola non può trovare applicazione quando la decisione del giudice del dibattimento si concretizzi in un provvedimento qualificabile come abnorme, giacché provvedimenti di tal genere, esulano dal sistema processuale in quanto non consentiti e non previsti. Anzi, proprio la loro estraneità rispetto ai canoni normativi legittima, da un lato, le parti ad interporre ricorso per Cassazione al fine di vederli caducare e, dall'altro, la posizione del G.u.p. che non si adegui ad essi in ragione della caratteristica di anormalità da cui sono affetti ⁽¹⁵⁾.

Senza alcuna finalità esaustiva nella trattazione dell'argomento, la no-

⁽¹⁵⁾ Cass., sez. un., 6 dicembre 1991, Di Stefano in *Giust. pen.*, 1993, III, 11; Id., sez. I, 13 ottobre 2004, Proc. Rep. Trib. Terni in proc. Antonini e altri, in *Guida dir.*, 2004, 48, 90; Id., sez. I, 22 aprile 2004, confl. comp. in proc. Ciotti, in *Riv. pen.*, 2005, 351; Id., sez. I, 9 luglio 1999, Chiantese, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2000, 63.

zione di abnormità dell'atto, di chiara origine giurisprudenziale, si connota di due aspetti peculiari. Il primo di essi è costituito dalla singolarità del contenuto del provvedimento che ne determina a sua volta la estraneità rispetto all'Ordinamento processuale⁽¹⁶⁾ ovvero dalla presenza di anomalie genetiche o funzionali tali da impedirne l'inquadramento in schemi normativi tipici che lo rendono incompatibile con le linee fondanti del sistema processuale (c.d. abnormità strutturale)⁽¹⁷⁾. Il secondo, invece, attiene al profilo funzionale dell'atto il quale, pur essendo manifestazione del potere legittimo, si espliciti, però, al di fuori dei casi consentiti e delle ipotesi espressamente previste dal codice (c.d. abnormità funzionale)⁽¹⁸⁾.

Poiché la qualificazione della abnormità dei provvedimenti trae la propria fonte nella giurisprudenza è opportuno prendere le mosse da un caso analogo sottoposto al vaglio del Supremo consesso al fine di analizzare compiutamente la pronuncia in commento⁽¹⁹⁾. La fattispecie riguardava l'ipotesi di un giudice dibattimentale che aveva dichiarato la nullità del decreto di rinvio a giudizio per indeterminatezza del capo di imputazione in quanto non conteneva i necessari riferimenti temporali, e disposto la trasmissione degli atti al G.u.p. per quanto di competenza. Intervenuta a risolvere il conflitto sollevato da quest'ultimo, la Cassazione aveva dichiarato che il provvedimento del Tribunale non era affetto da vizio alcuno, *in procedendo o in iudicando*, tanto meno il suo contenuto poteva definirsi talmente singolare da determinare una indebita regressione del procedimento o una stasi dello stesso. Esso, invece, veniva definito in piena coerenza con l'ordinamento processuale ed, in particolare, con il combinato disposto di cui agli artt. 429, comma 2, e 181 c.p.p. in forza del quale la nullità del capo di imputazione contenuto nel decreto che dispone il giudizio per indeterminatezza del riferimento temporale del reato contestato doveva essere fatta valere davanti al Tribunale prima dell'apertura del dibattimento; pena la sanatoria della nullità relativa.

Perciò da quanto affermato dalle Sezioni Unite sembrerebbe che il provvedimento che disponga la regressione del procedimento dal dibattimento all'udienza preliminare per una nullità del capo di imputazione verificatasi in fase di udienza preliminare non sia di per sé abnorme poiché emesso nella *sedes* propria normativamente prevista. Pertanto correttamente la difesa in sede di questioni preliminari aveva eccepito la nullità del decreto di rinvio a giudizio per indeterminatezza del capo di imputazione; nullità altrimenti

⁽¹⁶⁾ Cass., sez. un., 12 febbraio 1998, Di Battista, in *Cass. pen.*, 1998, 1607.

⁽¹⁷⁾ Cass., sez. un., 21 luglio 1997, Quarantelli, in *Cass. pen.*, 1998, 60.

⁽¹⁸⁾ Cass., sez. III, 21 febbraio 1997, Piccoli, in *Cass. pen.*, 1998, 1384. Nello stesso senso Cass., sez. un., 20 dicembre 2007, Battistella, in *Cass. pen.*, 2008, 2310. Per una nuova lettura della categoria dell'abnormità v. Cass., sez. un., 26 marzo 2009, Toni, in *Cass. pen.*, 2009, 4549.

⁽¹⁹⁾ Cass., sez. un., 12 febbraio 1998, Di Battista, cit.

non più sollevabile nel prosieguo, e altrettanto correttamente il Tribunale aveva dichiarato detta nullità con conseguente restituzione degli atti al G.u.p. affinché in sede di udienza preliminare venisse rimossa la causa di nullità attraverso l'adeguamento dell'ipotesi accusatoria da parte del P.m., unico organo deputato a modificare e integrare il capo di accusa ⁽²⁰⁾.

Alla luce del caso sopra riportato che, per parallelismo con la fattispecie concreta in esame, ben si attaglia alla presente analisi, v'è da chiedersi allora se il provvedimento abnorme non sia, invece, nel caso in commento, quello del G.u.p. che ha integrato, motivandolo, il decreto di rinvio a giudizio nella parte contenente l'indicazione delle fonti di prova con l'intento di sanare l'eccessiva genericità del capo di imputazione originariamente formulato dal P.m.

Sul punto, è certo che requisito imprescindibile del decreto di rinvio a giudizio sia l'enunciazione in forma chiara e precisa del fatto attribuito all'imputato e ciò per l'evidente ragione di consentire all'accusato una compiuta risposta difensiva. Altrettanto certo è che il medesimo decreto debba contenere l'indicazione sommaria delle fonti di prova e dei fatti cui esse si riferiscono.

I due possibili scenari, quello di una omissione delle indicazioni delle fonti di prova, e quello di una completa motivazione in ordine a detti elementi è stato oggetto di attenzione da parte della giurisprudenza che, pur nella diversità delle fattispecie, è giunta alla medesima soluzione.

In altre parole, la mancanza di una specifica previsione sanzionatoria richiesta dal principio di tassatività delle nullità, da un lato, e l'impossibilità di ravvisare in tali casi un effettivo pregiudizio per la difesa, dall'altro, hanno indotto la giurisprudenza ad escludere che, sia il decreto in cui sia assente l'indicazione delle fonti di prova, che quello contenente un'analitica motivazione, siano affetti da nullità ⁽²¹⁾. In particolare, quanto al secondo caso, sebbene il decreto che contenga una analitica motivazione delle fonti di prova si ponga al di fuori del sistema processuale, per costante giurisprudenza esso non è affetto da abnormità ma sarà eventualmente compito del giudice dibattimentale emendare le parti eccessivamente motivate ⁽²²⁾.

Perciò, da quanto sopra, discende la piena correttezza formale anche del decreto di rinvio a giudizio motivato emesso dal G.u.p. nel caso in esame che, pertanto, non può definirsi abnorme.

A questo punto, tuttavia, si pone l'ulteriore problema circa l'ammissibilità della integrazione da parte del G.u.p. del capo di imputazione formulato in maniera eccessivamente generica dal P.m. nella propria richiesta di rinvio a giudizio.

⁽²⁰⁾ Cass., sez. un., 12 febbraio 1998, Di Battista, cit.

⁽²¹⁾ BONINSEGNA, *La motivazione del decreto che dispone il giudizio: zelo eccessivo o vizio del procedimento?*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1994, 302.

⁽²²⁾ Cass., sez. VI, 8 marzo 2006, Testori, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2007, 5, 657; Id., sez. VI, 7 gennaio 1999, Garati, in *Cass pen.*, 2000, 729.

In merito, dottrina autorevole ritiene che l'obbligo del giudice dell'udienza preliminare di integrare l'imputazione generica contenuta nella richiesta di rinvio a giudizio formulata dal P.m., curando nei minimi particolari l'enunciazione dei fatti cui si riferiscono le fonti di prova, costituisca una valida integrazione delle lacune imputative pregiudizievoli per il diritto di difesa dell'imputato⁽²³⁾. L'esigenza di assicurare il diritto di difesa, pertanto, verrebbe assicurato attraverso l'intervento integratore del G.u.p. che, nello stesso tempo, eviterebbe una ulteriore regressione del procedimento al P.m. per la riformulazione del capo di imputazione.

La giurisprudenza maggioritaria è, peraltro, di diverso avviso e ritiene che il G.u.p. che ravvisi la genericità dell'imputazione contenuta nella richiesta di rinvio a giudizio, non avendo la titolarità dell'azione penale rimasta prerogativa dell'accusa, non possa integrare il capo di imputazione ma ha l'obbligo di invitare il Pm a precisare l'accusa mossa all'imputato ed anzi, nel caso di inerzia di quest'ultimo, ha il potere di restituire gli atti all'organo dell'accusa stessa affinché vi provveda, senza, in tal modo, incorrere in alcuna abnormità⁽²⁴⁾. Tale assunto trova il proprio fondamento mediante l'applicazione analogica del disposto di cui all'art. 521, comma 2 c.p.p., in forza del quale viene consentito anche al giudice dell'udienza preliminare di disporre una regressione del procedimento chiedendo all'organo dell'accusa di modificare il capo di imputazione nel caso in cui in udienza preliminare venga accertato che il fatto-reato commesso sia nuovo o diverso da quello contestato.

Diversamente argomentando si giungerebbe alla paradossale ipotesi che vedrebbe il Gup privo di poteri di sollecitazione del P.m. e di eventuale potere di trasmissione degli atti al medesimo e costretto, quindi, a riproporre nel decreto di rinvio a giudizio la medesima imputazione generica, dando vita, così, ad un atto nullo *ab origine*.

Ciò nonostante, la prassi, tuttavia, vede il G.u.p., in caso di inerzia del P.m., lasciare intatta l'imputazione generica originariamente formulata dall'accusa e specificare il fatto nella parte del decreto che dispone il giudizio relativa all'indicazione delle fonti di prova con l'evidente intento da un lato, di non incorrere nella nullità del decreto stesso, e dall'altro di evitare una ulteriore regressione del procedimento.

Nel caso di specie si è riproposta esattamente tale ipotesi ove, a fronte della genericità del capo di imputazione, il G.u.p. è intervenuto a precisare l'accusa nel decreto che dispone il giudizio nella parte relativa alle fonti di prova.

Come costituzionalmente previsto dall'art. 112 Cost., tuttavia, la titolarità esclusiva dell'azione penale e, quindi, la titolarità della formulazione

⁽²³⁾ BRICCHETTI, *Chiusura delle indagini preliminari e udienza preliminare*, in AA.VV., *Il nuovo processo penale davanti al giudice unico*, Milano, 2000, 122.

⁽²⁴⁾ Cass., sez. un., 20 dicembre 2007, Battistella, cit.

e della relativa modificazione dell'imputazione, spetta al P.m.; pertanto nessun potere spetta in tale materia al G.u.p., neppure qualora ritenga la necessità di integrare il capo d'accusa attraverso precisazioni non chiaramente evidenziate nella contestazione operata dall'accusa. Il Giudice dell'udienza preliminare, infatti, quale titolare del potere di controllare il buon andamento dell'udienza, può solo autorizzare che la contestazione avvenga da parte del P.m. nella medesima udienza, salvaguardando i diritti dell'imputato presente (art. 518 c.p.p., cpv.), o consentire che la contestazione nuova, all'imputato assente o contumace, sia inserita nel verbale da notificare all'imputato e di adottare i provvedimenti consequenziali (art. 520 c.p.p.). Egli, quindi, non può mai *ex officio* intervenire sulla imputazione come letteralmente formulata dal P.m., ma solo sollecitarlo a procedere alle opportune modificazioni ⁽²⁵⁾.

È pur vero, però, che il G.u.p. ha il legittimo potere di dare una diversa qualificazione giuridica al fatto in sede di decisione.

Ed, allora, l'integrazione operata nel decreto che dispone il giudizio nel caso in esame deve essere valutata alla luce di tale potere riconosciuto al giudice dell'udienza preliminare dall'art. 521 c.p.p. al fine di verificare se, quanto disposto dal G.u.p., non sia stato altro che una diversa qualificazione del fatto o, addirittura, - come pare doversi concludere - qualcosa di ancora meno incisivo per i diritti dell'imputato. A tal fine occorre, quindi, rapportare l'attività integrativa del G.u.p. all'identità del fatto contenuto nell'imputazione originaria proveniente dall'organo costituzionalmente preposto all'esercizio dell'azione penale onde verificare se tale modifica abbia o meno lasciato invariato il fatto per il quale era stato richiesto il rinvio a giudizio dell'imputato.

Le Sezioni Unite, infatti, hanno espressamente affermato che qualificare *in iure* il fatto è un potere - dovere anche del G.u.p. al quale è sempre consentito attribuire un diverso *nomen juris* alla vicenda materiale per cui si procede; potere che non incide sull'autonoma iniziativa del P.m., salva la immutabilità della descrizione della fattispecie materiale ⁽²⁶⁾.

E allora solo quando l'intervento del G.u.p. abbia mutato radicalmente la struttura originaria della contestazione, ovvero il fatto tipico, il nesso di causalità e l'elemento psicologico del reato, in modo tale da rendere la condotta realizzata completamente diversa da quella contestata, e, comunque, incompatibile con la difesa apprestata dall'imputato o tale da far sì che la difesa non possa essere utilmente predisposta, la modifica realizzata sarà rilevante in quanto al di fuori dei canoni di cui all'art. 521 c.p.p. ⁽²⁷⁾ e, pertanto, inammissibile.

⁽²⁵⁾ Cass., sez. V, 4 dicembre 1996, Mieli, in *Giust. pen.*, 1997, III, 648.

⁽²⁶⁾ Cass., sez. un., 19 giugno 1996, Di Francesco, in *Giust. pen.*, 1997, III, 257.

⁽²⁷⁾ Cfr. in tal senso Cass., sez. IV, 25 giugno 2008, P.g. in proc. M.D., in *Arch. nuova proc. pen.*, 2008, 711; Id. sez. VI, 21 gennaio 2005, Tarricone, *CED Cass.*, n. 231483.

Nel caso in esame, tuttavia, preso atto dell'integrazione del fascicolo dibattimentale attraverso l'acquisizione di fonti di prova riportanti i giorni e gli orari della asserita condotta truffaldina su consenso della difesa, sembra legittimo giungere alla conclusione che vede l'integrazione del capo di imputazione attraverso il riferimento ai giorni ed agli orari risultanti dagli atti acquisiti non qualificabile in termini di modifica sostanziale del capo di imputazione. E ciò, sia perché la fattispecie materiale è rimasta immutata (condotta, evento, nesso di causalità, elemento psicologico), ma anche perché la difesa è stata messa in condizione di difendersi adeguatamente ed anzi, ha essa stessa acconsentito all'integrazione del fascicolo dibattimentale facendovi confluire atti che altrimenti non sarebbero mai stati acquisiti.

Diverso sarebbe, forse, stato se quegli atti, comunque presenti nel fascicolo delle indagini preliminari, non fossero mai confluiti nel fascicolo dibattimentale su consenso della difesa e quindi se essa non fosse stata messa in condizione di difendersi, ma così non è stato. Inoltre, la specificazione delle giornate in cui la condotta truffaldina si sarebbe perfezionata comunque rimanendo all'interno del contesto temporale già indicato nel capo di imputazione attraverso una indicazione spazio-temporale maggiormente circoscritta probabilmente ha facilitato più che aggravato il compito della difesa.

In conclusione, sgombrato il campo da dubbi di regolarità formale circa la natura del provvedimento emesso sia dal Tribunale che dal G.u.p., forse nel merito la decisione del giudice dibattimentale di ritenere indeterminato il capo di imputazione per come integrato in sede di decreto di rinvio a giudizio sembra essere stata, per le motivazioni sopra esposte, eccessivamente zelante.

4. *Dulcis in fundo*. La regola della prevalenza, individuata dall'ordinamento giuridico allo scopo di evitare situazioni di stasi del processo, è stata, quindi, fatta propria dalla Cassazione per la risoluzione del conflitto sollevato nel caso in esame⁽²⁸⁾ attraverso una soluzione che desta, peraltro, qualche interrogativo anche sotto un diverso ed ulteriore profilo.

⁽²⁸⁾ Tale regola è stata in realtà più volte sottoposta al vaglio della Corte Costituzionale per violazione del principio di cui all'art. 101, comma 2, Cost., in virtù del quale il giudice è soggetto solo alla legge, ed è sempre stata giudicata conforme ai principi dettati dalla Costituzione in quanto, non solo la suddetta regola è prevista da una norma di legge, ma anche perché si è ritenuto che il principio di indipendenza del giudice comportasse la previsione di disposizioni preordinate al coordinamento dell'esercizio delle funzioni giurisdizionali, data la pluralità dei gradi di giurisdizione, mediante la determinazione degli effetti degli atti processuali, in relazione all'attività di altra autorità giudiziaria, allo scopo di perseguire finalità di giustizia e la sollecita definizione del processo. Cfr. Corte cost., 31 marzo 1994, n. 112, La Rosa, in *Cass. pen.*, 1994, 2002; Id., 30 maggio 1991, n. 241, Cutolo, in *Giur. cost.*, 1991, 2026. Nello stesso senso, Corte Cost., 23 giugno 1994, n. 261, Viot, *ivi*, 1994, 2109; Id., 10 marzo 1994, n. 83, Sicurella, *ibidem*, 816; Id., 24 febbraio 1992,

La Suprema Corte, infatti, pur ritenendo che nel caso in esame non vi sia stata arbitraria o abnorme regressione del procedimento, bensì una corretta restituzione degli atti al G.u.p. in una situazione obiettiva di incertezza su un elemento essenziale del capo di imputazione, non ha dichiarato la inammissibilità del conflitto sollevato per difetto della stasi del processo ma ha ritenuto corretto il provvedimento del Tribunale che disponeva la trasmissione degli atti al giudice dell'udienza preliminare, ritenendo che fosse di quest'ultimo la competenza all'ulteriore corso del procedimento.

In altre parole la Corte, pur avendo ritenuto superabile l'apparente stasi del processo attraverso il meccanismo della prevalenza della decisione del giudice dibattimentale rispetto al G.u.p. in conformità al contenuto dell'art. 28 comma 2 seconda parte c.p.p., in quanto il provvedimento del Tribunale non è stato ritenuto abnorme, bensì emesso in conformità dei poteri ad esso riconosciuti dall'Ordinamento, non ha dichiarato l'insussistenza del conflitto ma ha deciso nel merito sulla competenza.

Eppure, se un conflitto di competenza non v'è mai stato sarebbe forse stato più opportuno, come in effetti accaduto in altri casi ⁽²⁹⁾, emettere un provvedimento di inammissibilità del conflitto sollevato, mentre invece così non è stato poiché è entrata nel merito della questione dichiarando la prevalenza della decisione del Tribunale rispetto a quella del G.u.p., e trasmettendo gli atti a quest'ultimo affinché proseguisse per l'ulteriore corso del processo.

Soluzione che forse desta qualche perplessità e che meriterebbe di essere approfondita in ordine alla esistenza o meno del conflitto che pur non ritenendosi operante nella parte motiva della sentenza per la ritenuta prevalenza della decisione del Tribunale sul G.u.p., viene di fatto ritenuto tale nel dispositivo della pronuncia.

LAURA FILIPPUCCI

n. 70, Boni, *ivi*, 1992, 385; Id., 24 febbraio 1992, n. 69, Cominelli, *ibidem*, 382; Id., 22 gennaio 1992, n. 15, Petrucci, in *Foro it.*, 1992, I, 3191; Id., 22 gennaio 1992, n. 13, Fattori, in *Giur. cost.*, 1992, 65.

⁽²⁹⁾ Cass., sez. I, 18 dicembre 1996, Giorno, in *Giust. pen.*, 1997, III, 685 secondo cui è inammissibile il conflitto tipico tra giudice dell'udienza preliminare e giudice del dibattimento, dovendosi pertanto far ricorso al disposto dell'art. 28, comma 2, ultima parte, nell'ipotesi in cui quest'ultimo dichiara la nullità del decreto che dispone il giudizio restituendo gli atti al primo, il quale, a sua volta, reputi insussistente tale nullità. Argomenta anche da Cass., sez. I, 22 dicembre, Boselli, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1998, 41, in cui la Corte ha ritenuto ammissibile il conflitto insorto tra G.I.P. e giudice del dibattimento il quale, dichiarato nullo il decreto con cui era stato disposto il giudizio per mancanza di avviso ad uno dei difensori, aveva restituito gli atti per la rinnovazione al G.I.P.; ciò in quanto tale tipo di nullità non incide sulla validità del decreto, quale atto di impulso per la progressione del processo da una fase all'altra.

I

CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. I - 29 aprile 2011 - *Pres. GIORDANO - Rel. VECCHIO - M.S. ed altro.*

Delitti in materia di immigrazione – Inosservanza dell’ordine di allontanamento del questore – Efficacia diretta della direttiva comunitaria non adempiuta – Provvedimento emesso anteriormente alla data del termine di attuazione – Fatto non previsto dalla legge come reato (d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286, art. 14, comma 5 *ter*).

Il principio di diritto stabilito dal Giudice della Unione europea - per cui “La direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 16 dicembre 2008, etc. ..., in particolare i suoi articoli 15 e 16, deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa di uno Stato membro, come quella in discussione nel procedimento principale, che preveda l’irrogazione della pena della reclusione al cittadino di un paese terzo il cui soggiorno sia irregolare per la sola ragione che questi, in violazione di un ordine di lasciare entro un determinato termine il territorio di tale Stato, permane in detto territorio senza giustificato motivo” - implica la disapplicazione della norma incriminatrice di cui all’articolo 14, comma 5-ter del decreto legislativo 25 luglio 1998 n. 286 e, per l’effetto, impone l’annullamento, senza rinvio, della sentenza impugnata colla formula più favorevole per i giudicabili “perche il fatto non è previsto dalla legge come reato”, in quanto formula che, secondo un arresto di questa Corte suprema, si attaglia al caso della inapplicabilità della disposizione penale per effetto della incompatibilità con la “normativa comunitaria”, stabilita dalla Corte di giustizia della Unione europea (1).

II

G.I.P. TRIBUNALE DI PERUGIA – 13 marzo 2011 – *Est. MICHELI - D.I.*

Delitti in materia di immigrazione – Inosservanza dell’ordine di allontanamento del questore – Efficacia diretta della direttiva comunitaria non adempiuta – Provvedimento emesso anteriormente alla data del termine di attuazione – Abolitio criminis (c.p., art. 2, comma 2; d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286, art. 14, comma 5 *ter*).

Nell’ipotesi di inottemperanza al provvedimento del questore di allontanamento dal territorio nazionale che risalga a data anteriore rispetto alla scadenza per l’attuazione della Direttiva comunitaria in materia, che

il legislatore italiano ha lasciato infruttuosamente cadere, trattandosi di normativa che - sul punto - appare suscettibile di immediata esecuzione, si realizza in concreto una abolitio criminis, con la conseguente necessità di applicare il disposto di cui all'art. 2, comma 2, c.p., perché il fatto, secondo la legge posteriore, non costituisce più reato (2).

I

(*Omissis*). Con sentenza, deliberata il 22 maggio 2009 e depositata il 21 luglio 2009, la Corte di appello di Perugia ha confermato la sentenza del Tribunale ordinario di quella stessa sede, 26 luglio 2005, di condanna alla pena della reclusione in mesi sei, a carico di M.S. e di G.T., imputati del delitto previsto e punito dall'articolo 14, comma 5-ter, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, per non aver ottemperato i decreti di allontanamento dal territorio dello Stato emessi dal Questore di Perugia il 19 aprile 2005, essendosi trattenuti in Italia fino al 21 luglio 2005.

La Corte territoriale ha motivato, in relazione alle censure degli appellanti: le prospettate difficoltà economiche dei giudicabili non costituiscono giustificato motivo di inadempimento dell'ordine del Questore, laddove l'assunto non è dimostrato e laddove gli appellanti neppure hanno presentato richiesta di ammissione al patrocinio a spese dello Stato; è irrilevante la circostanza che i provvedimenti della Autorità amministrativa fossero passibili di impugnazione, in quanto i decreti sono esecutivi; la pena è stata contenuta nel minimo edittale, con la massima riduzioni e consentita dalle elargite attenuanti generiche (*Omissis*).

Il ricorso è infondato, in quanto non ricorrono né le denunciate violazioni di legge (alla stregua del diritto vigente al momento della deliberazione della sentenza), né vizio alcuno della motivazione, rilevante nella sede del presente scrutinio di legittimità.

Tuttavia, successivamente alla proposizione del ricorso, il 25 dicembre 2010, essendo infruttuosamente spirato (il giorno precedente) termine stabilito per l'attuazione e/o per il recepimento, hanno acquisito efficacia diretta nell'ordinamento giuridico interno gli articoli 15 e 16 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 16 dicembre 2008, 2008/115/CE, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare. E, in proposito, è, testé sopravvenuto recentissimo arresto della Corte di giustizia della Unione europea, Sezione I, 28 aprile 2011, nel procedimento C-61/11 PPU, sulla pregiudiziale interpretativa circa le disposizioni della suddetta direttiva, in relazione all'articolo 14, comma 5-ter del decreto legislativo 25 luglio 1998 n. 286.

La Corte della Unione ha stabilito: "*La direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 16 dicembre 2008, etc. ..., in particolare i suoi*

articoli 15 e 16, deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa di uno Stato membro, come quella in discussione nel procedimento principale, che preveda l'irrogazione della pena della reclusione al cittadino di un paese terzo il cui soggiorno sia irregolare per la sola ragione che questi, in violazione di un ordine di lasciare entro un determinato termine il territorio di tale Stato, permane in detto territorio senza giustificato motivo".

E, conseguentemente, ha affermato che ai giudici penali degli Stati della Unione spetta *"disapplicare ogni disposizione del decreto legislativo n. 286/1998 contraria al risultato della direttiva 2008/115"*, tenendo anche *"debito conto del principio della applicazione retroattiva della legge più mite il quale fa parte delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri"* (§ 61).

La Corte di Kirchberg ha motivato: *"gli Stati membri non possono introdurre, al fine di ovviare all'insuccesso delle misure coercitive adottate per procedere all'allontanamento coattivo conformemente all'articolo 8 n. 4, di detta direttiva, una pena detentiva, come quella prevista all'articolo 14, comma 5-ter, del decreto legislativo n. 286/1998, solo perché un cittadino di un paese terzo, dopo che gli è stato notificato un ordine di lasciare il territorio di uno Stato membro e che il termine impartito con tale ordine è scaduto, permane in maniera irregolare nel territorio nazionale"* (§ 58), in quanto la pena detentiva *"segnatamente in ragione delle sue condizioni e modalità di applicazione, rischia di compromettere la realizzazione dell'obiettivo perseguito da detta direttiva, ossia l'instaurazione di una politica efficace di allontanamento e di rimpatrio dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno sia irregolare"*, ostacolando *"L'applicazione delle misure di cui all'articolo 8, n. 1, della direttiva 2008/115 e ritardar[dando] l'esecuzione della decisione di rimpatrio"* (§ 59).

4.3 - Il principio di diritto stabilito dal Giudice della Unione implica la disapplicazione della norma incriminatrice, contestata al giudicabile nel presente giudizio e, per l'effetto, impone l'annullamento, senza rinvio, della sentenza impugnata colla formula più favorevole per i giudicabili *"perche il fatto non è previsto dalla legge come reato"*.

Si tratta, infatti, della formula che, secondo un arresto di questa Corte suprema, si attaglia al caso della inapplicabilità della disposizione penale per effetto della incompatibilità con la *"normativa comunitaria"*, stabilita dalla Corte di giustizia della Unione europea (Sez. VII, 6 marzo 2008, n. 21579, Boujlaib, massima n. 239960) (*Omissis*).

II

(*Omissis*). Il Procuratore della Repubblica ha esercitato l'azione penale nei confronti dell'imputato indicato in epigrafe, per il reato in rubrica,

con richiesta di giudizio direttissimo conseguente al suo arresto in flagranza. All'esito della successiva udienza camerale, questo Ufficio ravvisava i presupposti per la convalida, rilevando come la Polizia Giudiziaria avesse riscontrato una violazione in atto delle norme in tema di immigrazione nel territorio dello Stato: il prevenuto - che comunque veniva rimesso in libertà - risultava non avere osservato un ordine di espulsione ed un successivo provvedimento con cui gli si intimava di allontanarsi dall'Italia, regolarmente notificatigli previa traduzione nella sua lingua madre.

All'odierna udienza, cui si è pervenuti dopo rituale richiesta di termini a difesa, questo Ufficio ha invitato le parti a dedurre su un'eventuale pronuncia *ex art. 129 c.p.*, nell'ipotesi che il fatto contestato debba intendersi non più previsto dalla legge come reato.

I termini del problema, tenendo conto di una complessa evoluzione normativa *in subjecta materia*, sono esaustivamente riassunti in un modello di ricorso per Cassazione utilizzato in casi analoghi dal Procuratore Generale presso la Corte d'Appello di Perugia, al fine di impugnare le sentenze *ex art. 444 c.p.p.* già pronunciate da questo Ufficio in data successiva al 24 dicembre 2010.

Si riproducono di seguito i motivi di ricorso:

I

LA DIRETTIVA 2008/115/CE L'OMESSO ADEMPIMENTO DELLO STATO ITALIANO

Il 24 dicembre 2010 è scaduto il termine previsto dall'art. 20 della direttiva 2008/115/CE del 16 dicembre 2008 (norme e procedure comuni applicabili negli stati membri al rimpatrio dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare), termine entro il quale gli Stati membri erano tenuti a dare attuazione ai principi in essa stabiliti, adeguando i rispettivi ordinamenti con l'adozione di disposizioni - legislative, regolamentari e amministrative - necessarie per conformarsi alla direttiva stessa.

L'Italia non ha emesso - ad oggi - alcun atto di recepimento della direttiva in questione.

L'unico segno - da parte dell'ordinamento interno - di attenzione ai problemi conseguenti all'entrata in vigore della direttiva 2008/115/CE è rappresentato dalla Circolare del Ministero dell'interno - Dipartimento della Pubblica Sicurezza - prot. 400/B/2010 del 17/12/2010 con cui, assumendosi implicitamente l'esistenza di norme della direttiva dotate di effetto diretto, il Dipartimento di Pubblica Sicurezza, impartisce prescrizioni tese a conformare l'azione amministrativa al dettato della direttiva 2008/115/CE; con ciò ritenendo che l'osservanza di quelle prescrizioni possa rendere *compatibile* la legislazione nazionale alla direttiva rimpatri, sì da *neutralizzare gli effetti di eventuali ricorsi* opposti dallo straniero nel corso della procedura espulsiva.

Si pongono dunque numerosi problemi discendenti dalla mancata (e non tempestiva) attuazione delle direttive comunitarie. Occorre pertanto in primo luogo effettuare una sintetica ricognizione dei principi, ricostruibili dagli arresti giurisprudenziali della Corte di Giustizia, della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione, vigenti in ipotesi di contrasto tra la normativa interna e la normativa comunitaria, che possono essere riassunti come segue.

II

(IN GENERALE)

RAPPORTI TRA ORDINAMENTO COMUNITARIO E ORDINAMENTO NAZIONALE

a) Il giudice nazionale ha l'obbligo di interpretare il diritto interno in base al criterio della interpretazione c.d. conforme o comunitariamente orientata, al fine di garantire il conseguimento del risultato ricavabile dalla lettera e dallo scopo perseguito con la direttiva ⁽¹⁾;

b) il giudice nazionale ha l'obbligo di disapplicare il diritto interno nel caso in cui non sia possibile fornire interpretazione comunitariamente orientata ad una norma di diritto interno, per un contrasto insanabile tra le due normative, a condizione che (i) la norma comunitaria abbia *effetto diretto*, ossia che riconosca al singolo una posizione soggettiva di vantaggio (diritto) in modo chiaro, sufficientemente preciso e non condizionato; (ii) la norma comunitaria non preveda specifiche clausole di esclusione, in base alle quali in presenza di determinati presupposti lo Stato membro sia esentato dall'obbligo di conformarsi ad essa; (iii) sia scaduto il termine per il recepimento ⁽²⁾.

c) in caso di dubbio sulla portata della norma comunitaria, ovvero quando occorra risolvere un dubbio interpretativo che non sia già risolto dalla Corte di Giustizia, il giudice nazionale deve disporre rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ⁽³⁾;

d) nel caso in cui si ritenga che la norma interna sia in contrasto con la norma comunitaria non dotata di effetto diretto, il giudice nazionale potrà proporre questione di legittimità costituzionale per violazione degli artt. 11 e 117 Cost. ⁽⁴⁾;

⁽¹⁾ Cfr. Corte di Giustizia, sesta sezione, sentenza del 13 novembre 1990, *Marleasing* causa c-106/89, in il criterio della cd. *interpretazione conforme* è stato esplicitamente affermato anche in materia penale (si trattava di non conformità della legge penale italiana ad una decisione quadro, emessa nell'ambito del cd. *terzo pilastro*); e Corte di Giustizia, Grande Sezione, sentenza 16 giugno 2005, *Pupino*, C-105/03, ove si legge anche che il principio di *interpretazione conforme* non può servire da fondamento ad un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale.

⁽²⁾ Corte Cost. sent. n. 170/1984 e sent. n. 389/1989.

⁽³⁾ Corte Cost., sent. n. 28/2010, con richiami alla giurisprudenza comunitaria.

⁽⁴⁾ Corte Cost., sent. n. 28/2010, n. 170/1984, n. 317/1996, n. 284/2007.

e) la direttiva comunitaria può essere dotata di *effetto diretto* non solo nel suo complesso, ma anche in relazione a norme specifiche, purché idonee ad attribuire ai singoli diritti chiaramente formulati e non condizionati: il giudice nazionale dovrà pertanto verificare se nell'ambito di una normativa comunitaria generalmente sprovvista di effetto diretto, specifiche disposizioni riconoscano posizioni soggettive di vantaggio per il singolo che siano descritte in modo chiaro e non condizionato, di modo da assicurare negli ordinamenti nazionali spazi di tutela immediata di posizioni soggettive già garantire in ambito comunitario⁽⁵⁾; sempre che, lo si ribadisce, la norma comunitaria non preveda specifiche ipotesi di esenzione circa l'obbligo di conformarsi da parte dello Stato membro;

f) il fenomeno dell'*effetto diretto* della disposizione comunitaria non comporta un effetto sostitutivo della norma comunitaria alla norma interna con essa contrastante, ma esclusivamente un effetto di preclusione alla produzione di effetti per la norma interna incompatibile con il diritto comunitario;

g) in nome del principio di certezza del diritto, l'incompatibilità della norma interna con disposizioni comunitarie dotato di effetto diretto può essere eliminata "solo tramite disposizioni interne vincolanti che abbiano lo stesso valore giuridico di quelle da modificare"⁽⁶⁾;

h) la giurisprudenza comunitaria e nazionale ha in più occasioni ritenuto che norme comunitarie possano incidere, in senso favorevole all'interessato, su fattispecie penali incriminatici, in considerazione proprio della efficacia diretta del diritto comunitario nel caso in cui riconosca posizioni soggettive di vantaggio a singoli consociati⁽⁷⁾.

⁽⁵⁾ Corte Cost., sent. n. 168/1991, che parla esplicitamente di diretto applicabilità in tutto o in parte delle prescrizioni delle direttive comunitarie; Corte di Giustizia, C-194/08, Gassmayr, sent. 1.7.2010, che fornisce soluzioni diversificate in ordine alle due questioni poste in relazione a due diverse disposizioni della direttiva indicate dal giudice nazionale di rinvio.

⁽⁶⁾ Corte di Giustizia, sent. 7 marzo 1996, Commissione *vs.* Repubblica francese, causa C-334/94; Corte di Giustizia, sent. 15 ottobre 1986, Commissione *vs.* Repubblica italiana, causa 168/05.

⁽⁷⁾ Si riportano sul punto i precedenti giurisprudenziali esposti nella sentenza emessa *in subiecta materia* dal Tribunale di Torino, 18 gennaio 2011: la Corte di Giustizia (C. Giust., Grande sezione, sentenza 6 marzo 2007, Placanica ed altri, causa C-338/04 ed altre) - in materia di scommesse - ha già esplicitamente riconosciuto che (punto 68 della sentenza) "anche se, in via di principio, la legislazione penale è riservata alla competenza degli Stati membri, da una costante giurisprudenza risulta che tuttavia il diritto comunitario pone limiti a tale competenza, non potendo, infatti, una tale legislazione limitare le libertà fondamentali garantite dal diritto comunitario (v. sentenza 19 gennaio 1999, causa C 348/96, Calfa, Racc. pag. I 11, punto 17)"; in altra sentenza la Corte di Giustizia ha escluso che un precetto non conforme al diritto comunitario possa essere considerato nella valutazione della legittimità di un'ammenda irrogata per l'inosservanza di tale divieto [illegittimo]"

(C. Giust., seconda sezione, sentenza del 29 aprile 1999 - Ciola, Causa C-224/97); in altra sentenza, la Corte ha ritenuto la illegittimità comunitaria di precetti che trovavano poi sanzione nell'ordinamento italiano (C. Giust., seconda sezione, sentenza del 8 novembre 2007, Schwibbert, causa C-20/05, in merito all'apposizione del cd. bollino SIAE su opere intellettuali);

la Corte di Cassazione ha più volte (e in modo esplicito) riconosciuto la possibilità di interferenza tra norme comunitarie dotate di effetto diretto e legislazione penale interna (in senso favorevole agli imputati); la Suprema Corte non ha mai mostrato di dubitare della legittima interferenza del diritto comunitario nella perimetrazione dei precetti suscettibili di sanzione penale, limitandosi - nelle varie occasioni - a riflettere (e dividersi) in ordine al tipo di formula assolutoria da utilizzare nelle varie situazioni. È così possibile - in rapida rassegna - menzionare alcuni casi giudiziari relativi ad ipotesi in cui la normativa comunitaria ha inciso su quella penale nella parte relativa al precetto:

- in materia di divieto di lavoro notturno per le donne; la Corte di legittimità - ravvisando un parziale contrasto tra il diritto interno (che prevedeva il divieto di lavoro notturno per le donne, comminando una sanzione penale) ed alcune norme (solo alcune, si badi) della direttiva comunitaria intervenuta in materia - ha statuito che la normativa interna dovesse essere disapplicata dal giudice italiano, così assolvendo l'imputato *perché il fatto non è previsto dalla legge come reato* Cass. Pen., Sez. 3, Sentenza n. 9983 del 01/07/1999, ric. Valentini, CED Rv. 214345;

- in materia di contrabbando doganale: la Corte di Cassazione - con giurisprudenza piuttosto consolidata - ha ritenuto che, nelle situazioni regolate dall'art. 9 del - in allora vigente - Trattato CE, la normativa interna che prevedeva il reato di *contrabbando doganale* con riguardo a beni di provenienza comunitaria fosse da disapplicare per *non configurabilità del reato* (Cfr., di recente: Cass. Pen. Sez. 3, Sentenza n. 16860 del 17/03/2010, ric. PM in proc. Sirtori, Ced Rv. 246990; Cass. Pen. Sez. 3, Sentenza n. 36198 del 04/07/2007, PM in proc. Di Fulvio, CED Rv. 237552; Cass. Pen. Sez. 3, Sentenza n. 10677 del 05/02/2004, ric. Marroni, CED Rv. 227874; più risalenti le precedenti decisioni della S.C., Terza Sezione, sentenze n. 1026 del 1991, CED Rv. 186390, n. 2708 del 1991, CED Rv. 186520, n. 3921 del 1991, CED Rv. 186783);

- in materia di violazioni della legge sul diritto d'autore (in fattispecie di contestata violazione degli artt. 171 *bis* e 171 *ter* R.D. 633/1941, cd. legge sul diritto di autore): la Corte ha ripetutamente disapplicato la normativa penale interna (allora vigente) per contrasto con la normativa comunitaria dotata di effetto diretto (così come riconosciuto nella nota sentenza della Corte di Giustizia, Terza Sezione, 8 novembre 2007, Schwibbert, causa C-20/05); le molte pronunce della Corte di legittimità - ferme nell'esito assolutorio, fondato sul contrasto tra diritto interno e comunitario in ragione della disciplina relativa all'apposizione del marchio SIAE - si differenziano solo per la formula assolutoria utilizzata: alcune decisioni concludono per la *insussistenza del fatto contestato* (Cfr., per esempio, Cass. Pen. Sez. 3, Sentenza n. 1073 del 19/11/2009, ric. Ramonda, CED Rv. 245758); altre decisioni, viceversa, hanno assolto gli imputati *perché il fatto non è previsto dalla legge come reato* (Cfr. Cass. Pen. Sez. 2, Sentenza n. 30493 del 30/06/2009, ric. PG. in proc. T.S., Ced Rv. 245322, Cass. Pen. Sez. 3, Sentenza n. 34553 del 24/06/2008, ric. Beye, Ced Rv. 240791);

- in materia di scommesse: dopo un certo contrasto interpretativo tra Corte di giustizia e Corte di Cassazione italiana, la S.C. - recependo le indicazioni della Corte di Giustizia (rese con la citata C. Giust., sentenza 6 marzo 2007, Placanica ed altri) - ha infine riconosciuto che, per effetto della diretta applicazione nell'ordinamento

In sintesi:

- a seguito della emanazione della direttiva comunitaria, lo Stato membro ha l'obbligo di conformarvisi entro il termine in essa stabilito;
- in ipotesi di inottemperanza a tale obbligo, il giudice nazionale deve verificare se la normativa interna si ponga in rapporto di difformità con la direttiva nel suo complesso, o una sua parte;
- in caso di accertata difformità, occorre innanzitutto verificare se la direttiva o una sua parte abbia le caratteristiche, sopra riassunte, per potersi considerare direttamente applicabile;
- in caso di accertamento della diretta applicabilità della norma comunitaria, il giudice nazionale dovrà verificare se la direttiva contenga eventuali clausole in base alle quali, in determinate ipotesi, lo Stato membro abbia facoltà di non conformarsi;
- esclusa l'esistenza di clausole rilevanti in tal senso nel caso di specie, il giudice dovrà rilevare il formale contrasto tra direttiva e norma interna, disapplicando quest'ultima.

III

ELEMENTI DIFFERENZIALI TRA DISCIPLINA COMUNITARIA E DISCIPLINA INTERNA IN MATERIA DI IMMIGRAZIONE IRREGOLARE

Ritenuto che:

- gli elementi fondanti la direttiva in questione sono rappresentati dalla finalità di garantire, da un lato, l'autonomia degli Stati membri nella disciplina dei flussi migratori e il correlato loro interesse ad attuare scelte normative tese a realizzare l'effettività delle procedure di "rimpatrio"; e, dall'altro, di assicurare che le procedure di rimpatrio – e gli atti che sono a ciò finalizzati - avvengano nel rispetto dei diritti fondamentali delle persone interessate, tra i quali spicca, per rango, quello alla libertà personale, in relazione alla tutela del quale la direttiva detta principi fondamentali ispirati al criterio del minor sacrificio possibile, sia in termini di durata che di verificabilità delle ragioni che lo possano determinare;

- detta direttiva disciplina gli stessi fatti storici della fattispecie penale interna contestata nel caso di specie. Infatti:

italiano di alcune norme dei Trattati, l'attività organizzata per la accettazione e raccolta di scommesse operata, per conto di società quotate aventi sede in altro Stato membro ed in possesso delle necessarie autorizzazioni per la gestione organizzata di scommesse in altro Stato della Comunità non integra il reato di cui all'art. 4 L. 13 febbraio 1989 n. 401: l'applicazione della fattispecie incriminatrice, in simili ipotesi si porrebbe in contrasto con i principi comunitari di libertà di stabilimento e di prestazione di servizi di cui agli artt. 43 e 49 del Trattato CE (cfr. Cass. Pen., Sez. 3, Sentenza n. 16969 del 28/03/2007, ric. PG in proc. Palmioli, Ced Rv. 236116; Cass. Pen., Sez. 3, Sentenza n. 16968 del 28/03/2007, ric. Isgro', Ced Rv. 236685; Cass. Pen., Sez. 3, Sentenza n. 2417 del 22/10/2008, ric. Greco, Ced Rv. 242344).

i) il presupposto di applicazione di entrambe le discipline è costituito dalla situazione di *irregolarità sul territorio nazionale* di uno Stato membro;

ii) in entrambe le discipline è previsto che il cittadino di Paese terzo sia destinatario di una *decisione di rimpatrio* (o decreto di espulsione) (cfr. art. 6 1 direttiva 2008/115/CE; nel caso qui in esame, l'art. 13, comma 2, d.lgs. n. 286/1998);

iii) in entrambe le discipline è previsto che la esecuzione della *decisione di rimpatrio* possa essere assicurata dall'emanazione di un distinto *ordine* (art. 8 § 3 direttiva 2008/115/CE; art. 14, comma 5 *bis* d.lgs. n. 286/1998);

iv) in entrambe le discipline la condotta ascrivibile al Cittadino di Paese terzo è costituita dal *mancato allontanamento dal territorio nazionale*;

v) in entrambe le discipline è presa in considerazione l'ipotesi della *mancata collaborazione* all'esecuzione della decisione di rimpatrio (art. 15 § 1, lett. b), direttiva 2008/115/CE; art. 14, comma 5 *ter* e 5 *quater*, d.lgs. n. 286/1998);

- le due discipline differiscono invece per una serie di profili, di seguito elencati, in quanto la normativa nazionale:

- a) pone come regola l'accompagnamento coattivo alla frontiera mediante decreto prefettizio di espulsione (art. 13, comma 2) e la sua esecuzione immediata (art. 13, comma 4), mentre la direttiva 115/2008 prevede all'art. 7 § 1 che il principio ordinario debba essere quella dell'allontanamento volontario dello straniero, sulla base di un ordine di rimpatrio che dia allo straniero un termine compreso tra il 7 e i 30 giorni (a nulla in ciò rilevando, ovviamente, che la prassi amministrativa posta in essere dagli uffici di Polizia sia stata e sia quella dell'intimazione, con una sostanziale rarefazione, nella prassi, dell'accompagnamento coattivo: ché, anzi, tale prassi costituisce la ragione della crescente rilevanza della criminalizzazione del comportamento "irregolare" dello straniero, e, ai fini che qui rilevano, rende ancora più evidente il problema della compatibilità del regime penale e pre-cautelare - con l'arresto obbligatorio in flagranza - con i principi della direttiva in questione);
- b) nel caso di "impossibilità" di eseguire l'accompagnamento coattivo, prevede che venga disposto il trattenimento dello straniero presso un "centro di identificazione ed espulsione" (art. 14, comma 1), senza che siano previste misure coercitive meno limitative della libertà personale (imposte secondo un principio di gradualità dall'art. 8 § 4 della direttiva);
- c) nel caso di impossibilità o di superamento del termine massimo per il trattenimento, è previsto che venga notificato allo straniero un ordine di allontanamento emanato dal Questore nel quale si concede allo straniero il termine di 5 giorni (art. 14 comma 5 *bis*, termine inferiore a quello minimo previsto dall'art. 7 § 1 della direttiva);
- d) la violazione dell'ordine del Questore costituisce delitto punito con la detenzione da 1 a 4 anni (violazione del primo ordine, art. 14, comma

5 *ter*) o da 1 a 5 anni (violazione dell'ordine successivo al primo, art. 14, comma 5 *quater*), reato in relazione al quale è previsto l'arresto obbligatorio, ciò apparendo in radicale contrasto con gli artt. 15 e 16 della direttiva, in particolare in relazione alla specifica previsione dell'eccezionalità di una detenzione in istituto penitenziario come forma di trattenimento in attesa dell'allontanamento (art. 16 § 1), che sembra indicare l'estraneità, al complesso sistema delineato dalla direttiva, della carcerazione come "strumento" di governo dei flussi migratori, ciò in cui si sostanzia – come già evidenziato al precedente punto a) – il complesso delle norme adottate dal nostro ordinamento in materia; e nella previsione di termini massimi di trattenimento, peraltro oggetto di valutazione anche in corso di esecuzione, al fine di bilanciare le due esigenze sottese alla disciplina medesima;

- e) la formulazione letterale del comma 5 *quater*, per come novellato dalla l. n. 94/2009, lascia intendere che lo straniero possa essere successivamente condannato alla medesima pena anche per la violazione di ulteriori ordini di allontanamento che dovessero essere emanati dal Questore, sino a che non si allontani spontaneamente dal territorio italiano ovvero sino a che non sia possibile eseguirne coattivamente l'allontanamento.

Due sono pertanto i profili differenziali riscontrabili nel confronto tra disciplina comunitaria e diritto interno, attinenti:

- 1) alle *scansioni procedurali* dell'*iter* di allontanamento dal territorio nazionale; e
- 2) alla descrizione delle *conseguenze* che derivano dalla mancata collaborazione dell'interessato all'esecuzione della decisione di rimpatrio.

Tali aspetti profilano una radicale differenziazione di disciplina tra normativa comunitaria e disciplina di diritto interno.

Tale differenziazione appare viepiù evidente se si considerano anche gli scopi perseguiti dalle due discipline, che si caratterizzano:

- i) per la comunanza dello scopo di controllare e governare i flussi migratori;
- ii) per la presenza di un ulteriore scopo fondante la direttiva e non considerato dal legislatore nazionale, consistente nella tutela dei diritti di libertà dei cittadini dei Paesi Terzi (cfr. i considerando nn. 2, 11, 13, 16, 17), che hanno portato il legislatore comunitario a scelte di bilanciamento degli interessi estranee al nostro *corpus* normativo interno.

IV

LA DIRETTIVA E LA SUA DIRETTA APPLICABILITÀ: GLI ARTT. 7 E 15. CONFRONTO CON LA NORMATIVA INTERNA

Si rende pertanto necessario verificare, sulla base di quanto premesso, se la disciplina comunitaria abbia in tutto o almeno in parte diretta applicabilità, in quanto idonea ad attribuire ai singoli delle posizioni soggettive

di vantaggio (diritti), descritte in modo sufficientemente chiaro e preciso e non condizionate e quindi tali da determinare la *non applicazione del diritto interno*.

Per quanto sopra premesso, si ritiene che almeno due norme contenute nella direttiva, riguardanti le scansioni procedurali dell'iter di allontanamento e le conseguenze della mancata collaborazione dell'interessato, abbiano tale caratteristica. In particolare:

- a) l'art. 7 § 1 della direttiva, stabilendo che "*la decisione di rimpatrio fissa per la partenza volontaria un periodo congruo di durata compresa tra sette e trenta giorni*" e dunque che in pendenza di tale termine l'interessato non possa essere allontanato coattivamente (salvi i casi eccezionali di cui all'art. 7 § 4), garantisce a quest'ultimo il diritto di non essere allontanato coattivamente e di godere di un congruo periodo per allontanarsi, qualificabile come posizione soggettiva di vantaggio *sub specie* diritto di libertà rilevante anche *ex art. 13 Cost.*⁽⁸⁾; diritto espresso in forma chiara e precisa, trattandosi di posizione soggettiva di cui si fissa anche con precisione il lasso temporale di efficacia, e non condizionato ad ulteriori interventi normativi da parte delle istituzioni comunitarie o degli Stati membri; ciò che consente di ritenere che la norma comunitaria in questione sia *direttamente applicabile* nell'ordinamento nazionale;
- b) l'art. 15 della direttiva non solo delinea i presupposti che giustificano il trattenimento nei seguenti termini: necessità di dare esecuzione ad una *decisione di rimpatrio*; 1. sussistenza di pericolo di fuga ovvero mancata collaborazione dell'interessato; 2. inefficacia di misure meno coercitive; 3. necessaria connessione teleologica tra privazione della libertà dell'interessato e successo della procedura di rimpatrio; ma individua anche le scansioni procedurali e cronologiche che lo devono caratterizzare, in quanto: 4. deve essere previsto che il trattenimento sia riesaminato ad intervalli ragionevoli (art. 15 § 3); 5. esso può durare al massimo sei mesi (art. 15 § 5), prorogabili per un massimo di ulteriori 12 mesi nei casi - e con le garanzie - previste dall'art. 15 § 6; 6. nel caso non esista più alcuna prospettiva ragionevole di

⁽⁸⁾ La stessa Corte Costituzionale nella sentenza n. 105/2001 (punto 5 del Considerato in diritto) ha statuito che "*l'accompagnamento [di cui all'art. 14 D.lgs. n. 286/1998] inerisce alla materia regolata dall'art. 13 della Costituzione, in quanto presenta quel carattere di immediata coercizione che qualifica, per costante giurisprudenza costituzionale, le restrizioni della libertà personale e che vale a differenziarle dalle misure incidenti solo sulla libertà di circolazione*", principio ribadito anche in sede comunitaria nella sentenza della Corte di Giustizia, Grande Sezione, del 30 novembre 2009, Kadzoev, nella causa C-357/09, al cui punto 56 il trattenimento viene definito appunto come misura privativa della libertà personale, che si giustifica solo in quanto funzionale all'esecuzione del rimpatrio e/o dell'allontanamento (punti 63-66).

allontanamento - quale ne sia il motivo - il trattenimento non è più giustificato e la persona interessata è immediatamente rilasciata (art. 15 § 4); garantendo anche in questo caso all'interessato un diritto ad un determinato spazio di libertà anche nella fase del trattenimento, descritto in maniera sufficientemente chiara e precisa e non condizionata all'emissione di ulteriori atti normativi⁽⁹⁾. Peraltro, l'effetto diretto dell'art. 15 § 4 della direttiva è stato già riconosciuto della stessa Corte di Giustizia, nella sentenza della Grande Sezione, 30 novembre 2009, Kadzoev, nella causa C-357/09⁽¹⁰⁾.

Rispetto a tale chiara, precisa e non condizionata disciplina, l'ordinamento italiano:

- prevede una procedura con un *iter* sostanzialmente inverso a quello previsto dal legislatore comunitario (come sopra evidenziato, *sub III*);
- impone che lo straniero sottoposto ad una procedura di espulsione amministrativa debba essere oggi sottoposto ad una catena teoricamente infinita di privazioni della libertà personale, ora a titolo di "trattenimento" *ex art. 14*, commi 1-5, ora in conseguenza dell'arresto, della custodia cautelare e poi della pena inflitta per i reati di cui all'art. 14, comma 5 *ter* e 5 *quater* d.lgs. n. 286/98, fino a che non decida di abbandonare volontariamente il territorio nazionale o che non abbia corso l'allontanamento coattivo. Così comportando privazioni della libertà personale dello straniero a titoli formalmente differenti, ma tutti aventi quale presupposto sostanziale la *mancata cooperazione* alla procedura di espulsione amministrativa, per periodi che complessivamente considerati, possono risultare assai più estesi del termine massimo di 18 mesi previsto dall'art. 15 § 6 della direttiva e comunque in un'ottica meramente sanzionatoria e non funzionalizzata alla concreta esecuzione dell'espulsione, difettando anche la possibilità di periodico riesame della situazione.

Può pertanto concludersi che, sulla base di identici presupposti, la direttiva e la legge italiana stabiliscono un trattamento diverso, con maggiore aggravio per i diritti di libertà dei cittadini stranieri in base alla disciplina interna.

Occorre pertanto verificare se tale difformità sia ammessa dalla direttiva, nella parte in cui consente la facoltà per gli Stati membri di non conformarsi alla disciplina comunitaria.

Occorre pertanto analizzare il contenuto e la portata dell'art. 2 della direttiva, che delinea i casi in questione.

⁽⁹⁾ Punti 60-61 della sentenza.

⁽¹⁰⁾ Punti 60-61 della sentenza.

V
L'ART. 2 DELLA DIRETTIVA:
FACOLTÀ DI DEROGA ALLA DISCIPLINA
COMUNITARIA. VALUTAZIONE DELLA APPLICABILITÀ AI REATI
DI CUI ALL'ART. 14 CO. 5 *TER* E *QUATER* D.LGS. 286/98

L'art. 2 della direttiva prevede che la stessa si applichi ai cittadini di paesi terzi il cui soggiorno nel territorio di uno Stato membro è irregolare (§ 1).

Il § 2 del medesimo articolo prevede la facoltà per i Paesi membri di non applicare la direttiva ad alcune categorie di migranti:

- a) sottoposti a respingimento alla frontiera conformemente all'art. 13 del codice frontiere Schengen ovvero fermati o scoperti a varcare irregolarmente i confini dello Stato membro;
- b) sottoposti a rimpatrio come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale, in conformità della legislazione nazionale, o sottoposti a procedure di estradizione.

Il legislatore comunitario non pone pertanto vincoli ai singoli Stati:

- in situazioni già disciplinate in sede comunitaria, come nei casi di respingimento alla frontiera (se ed in quanto effettuato secondo le modalità previste) o in caso di estradizione;
- in caso di rimpatrio che consegua a sanzione penale, in conformità al diritto interno.

Proprio quest'ultima ipotesi rileva al fine della risoluzione della questione in esame: come già ampiamente evidenziato, infatti, il nostro ordinamento considera la condotta di inottemperanza all'ordine di allontanamento dal territorio nazionale, e dunque la condotta di *mera mancata collaborazione all'allontanamento* come penalmente rilevante, sanzionandola con la reclusione (da uno a quattro anni), prevedendo peraltro un ulteriore aumento di pena (fino a cinque anni) in caso di inottemperanza di ordine successivo al primo.

L'art. 2, comma 2, lett. b) della direttiva, nel suo contenuto letterale, conferma l'ipotesi dell'incompatibilità dell'art. 14, comma 5 *ter* e *quater*, d.lgs. n. 286/98, con la disciplina comunitaria: ammettendo che i Paesi membri possano prevedere il rimpatrio (con modalità anche difformi da quelle previste dalla direttiva) come sanzione penale o come conseguenza di sanzione penale, la norma comunitaria in esame implicitamente - ma chiaramente - esclude che la stessa condotta che costituisce il presupposto per l'applicazione della direttiva possa essere disciplinata e sanzionata in maniera difforme e maggiormente lesiva dei diritti di libertà degli interessati dal legislatore nazionale.

Una siffatta interpretazione letterale della norma comunitaria trova conforto nella necessità da parte dello Stato membro di porre in essere una leale collaborazione con le istituzioni comunitarie assicurando, attraverso le norme di diritto interno, l'effetto utile della direttiva, ossia garantendo

una disciplina interna che persegua, e non eluda o contrasti, con lo scopo o gli scopi della direttiva.

Il combinato disposto degli artt. 2, 7 e 15 della direttiva va dunque interpretato nel senso di non consentire che gli Stati membri possano prevedere che alla mera presenza irregolare dello straniero sul territorio nazionale ed alla sua mancata collaborazione all'allontanamento possano essere ricollegate conseguenze, o trattamenti, incompatibili con le finalità della direttiva stessa, da individuarsi, come sopra evidenziato, nell'allontanamento dello straniero nel rispetto dei suoi diritti di libertà, comprimibili in maniera non superiore a quanto ammesso nella disciplina comunitaria.

Una diversa interpretazione dell'art. 2, comma 2 lett. b) della direttiva, nel senso di ritenere che tale clausola di esclusione consenta allo Stato membro di perseguire penalmente la condotta oggetto della disciplina comunitaria porterebbe ad un vero e proprio aggiramento di essa, frustrandone l'effetto utile.

L'art. 2 comma 2 lett. b) della direttiva va pertanto interpretato nel senso che il rimpatrio conseguente a sanzione penale, per cui gli Stati membri non hanno obbligo di conformarsi alla direttiva medesima, è solo quello che sia previsto come conseguenza di condotte, penalmente rilevanti, *diverse* da quella che costituisce il presupposto applicativo della direttiva (ossia, lo si ribadisce, l'omesso allontanamento in violazione di ordine in tal senso imposto dall'Autorità)⁽¹¹⁾.

Tale lettura dell'art. 2 della direttiva conferma la ricorrenza del sopra evidenziato contrasto tra normativa comunitaria e normativa interna.

VI

CONTRASTO TRA NORMATIVA COMUNITARIA E NORMATIVA INTERNA. CONSEGUENZE

L'insanabile contrasto sopra rilevato impone al giudice nazionale di non applicare, in forza del principio del primato del diritto comunitario, la normativa nazionale nella parte in cui si pone in sostanziale distonia di scopi e di disciplina, per quanto sopra evidenziato, con gli artt. 7 e 15 della direttiva.

⁽¹¹⁾ Lo stesso d.lgs. n. 286/98 prevede peraltro ulteriori ipotesi di reato per cui è prevista l'espulsione, come ad es. il reato di reingresso in violazione di precedente espulsione di cui all'art. 13 co. 13: in questo caso risulta in maniera lampante la compatibilità con la direttiva, alla luce della interpretazione sopra fornita dell'art. 2 co. 2 lett. b), in quanto l'espulsione è prevista come conseguenza della sanzione penale, ossia come misura di sicurezza *ex art. 15 d. lgs. cit.* o ancora come sanzione sostitutiva di pene detentive brevi *ex art. 16 d.lgs. cit.* Preme infatti rilevare che in questo caso, a differenza di quanto previsto degli artt. 14 co. 5 *ter* e *quater*, il legislatore sanziona penalmente una condotta attiva (il reingresso), e non una condotta di mera resistenza passiva all'ordine dell'Autorità.

Diverse sono tuttavia le conseguenze della diretta applicabilità delle norme in questione rispetto alle fattispecie penali oggetto di giudizio.

L'art. 7 della direttiva contiene infatti una regolamentazione dell'*iter* procedurale volto al rimpatrio e/o all'allontanamento, configurando il diritto per lo straniero di essere invitato ad allontanarsi volontariamente prima che si incida sui suoi diritti di libertà, in evidente contrasto con la normativa interna. Ciò incide sicuramente sulla validità formale dei provvedimenti amministrativi di espulsione, in maniera differenziata a seconda dal momento temporale di emanazione dell'ordine:

- a) in caso di emissione, in data successiva al 24 dicembre 2010, di provvedimenti di espulsione sulla base della normativa nazionale, essi risulteranno radicalmente illegittimi, in quanto adottati all'esito di una procedura amministrativa (disciplinata dall'art. 14, commi 1-5, d.lgs. n. 286/98), radicalmente contrastante con l'art. 7 della direttiva, direttamente applicabile; con la conseguenza che la contestazione del reato di inottemperanza a tale ordine comporterà necessariamente l'assoluzione per insussistenza del fatto;
- b) in caso di emissione, in data successiva al 24 dicembre 2010, di ordini di allontanamento secondo i dettami della circolare del Ministero dell'Interno del 17 dicembre 2010, essi risulteranno comunque emessi in ossequio alla normativa interna, e saranno da considerare comunque illegittimi, imponendosi, per giurisprudenza comunitaria costante, l'intervento di disposizioni interne vincolanti di pari rango rispetto a quelle da modificare al fine di eliminare l'incompatibilità tra norma comunitaria e norma interna⁽¹²⁾; con conseguente assoluzione per gli imputati di violazione di siffatti ordini per insussistenza del fatto, essendone venuta meno la base legale costituita appunto dall'art. 14, commi 1-5, d.lgs. n. 286/98;
- c) per quanto attiene agli ordini di allontanamento emessi in data anteriore al 24 dicembre 2010, sulla base della normativa nazionale, essi debbono ritenersi formalmente legittimi, sulla base del principio *tempus regit actum*, non potendosi provvedere a disapplicazione dell'atto amministrativo medesimo per illegittimità amministrativa sopravvenuta, principio consolidato nel diritto interno⁽¹³⁾ ed affermato anche in sede comunitaria nella sentenza della Corte di Giustizia, Seconda Sezione, 29 aprile 1999, Ciola, nella causa C-224/97, ove si è escluso che – in caso di difformità tra atto amministrativo interno di imposizione di un ordine e fonte comunitaria sopravvenuta – il diritto comunitario sopravvenuto possa incidere sulla *validità* dell'atto amministrativo emesso in epoca precedente.

⁽¹²⁾ Cfr. nota 6.

⁽¹³⁾ Consiglio di Stato, sentenza n. 5316 del 05.10.2005; Consiglio di Stato, sentenza n. 6361 del 17.10.2003.

La validità dell'atto amministrativo dovrebbe pertanto condurre a ritenere a tutt'oggi sussistenti i reati di inottemperanza all'ordine di allontanamento *ex art. 14*, in quanto all'epoca legittimamente emesso.

Proprio la sentenza Ciola sopra richiamata impone tuttavia di evidenziare un ulteriore profilo nel momento in cui, escludendo che si possa parlare di illegittimità dell'atto amministrativo interno pregresso, la Corte di Giustizia afferma altresì che tale atto non poteva essere valutato nel procedimento penale attivato a seguito della violazione dell'ordine amministrativo impartito al Ciola ⁽¹⁴⁾.

Non potendosi disapplicare quindi il provvedimento amministrativo, occorre verificare se lo stesso abbia in concreto efficacia, ovvero attitudine a produrre effetti in data successiva al 24 dicembre 2010, dovendosi distinguere sotto il profilo temporale tra:

c.1) ordini di allontanamento emessi anteriormente al 24 dicembre 2010, la cui inottemperanza sia stata accertata successivamente a tale data;

c.2) ordini di allontanamento emessi anteriormente al 24 dicembre 2010, la cui inottemperanza sia stata accertata anteriormente a tale data e per cui penda il giudizio;

c.3) ordini di allontanamento emessi anteriormente al 24 dicembre 2010, la cui inottemperanza sia stata accertata anteriormente a tale data e la relativa sia sentenza passata in giudicato.

La questione circa la concreta attitudine dei vecchi ordini di allontanamento a produrre effetti deve essere risolta, in ossequio al principio sopra esposto di cui alla sentenza Ciola, avuto riguardo alla diretta applicabilità dell'art. 15 della direttiva, sotto il profilo della attuale compatibilità con detta disciplina delle conseguenze penali previste dall'art. 14, commi 5 *ter* e 5 *quater*, d.lgs. n. 286/98 a seguito della mera inottemperanza dell'ordine di allontanamento.

Come sopra già argomentato, la previsione della sanzione penale come conseguenza della mera inottemperanza all'ordine di allontanamento, la reiterabilità dell'ordine e il replicarsi delle condizioni di fatto per l'integrazione della fattispecie astratta dei reati di cui all'art. 14, commi 5 *ter* e 5 *quater*, di cui al d.lgs. n. 286/98 rendono evidente la ricorrenza di un caso di contrasto - non sanabile in via interpretativa, tanto meno effettuando una interpretazione riduttiva della norma italiana in chiave comunitariamente orientata - tra il suddetto art. 15 della direttiva ed il meccanismo sanzionatorio penale di cui all'art. 14 della disciplina nazionale.

Ciò, in quanto la condotta ritenuta dal legislatore italiano come penalmente rilevante e sanzionata *tout court* si sostanzia in una "mera inosservanza dell'ordine di allontanamento del questore" ⁽¹⁵⁾, che è la stessa,

⁽¹⁴⁾ La sentenza al punto 34 si esprime nei seguenti termini: "il divieto... va disapplicato nella valutazione della legittimità di un'ammenda irrogata per l'inservanza di tale divieto".

⁽¹⁵⁾ Corte Cost., sent. n. 22/2007.

identica situazione di fatto prevista dall'art. 15 della direttiva (ove al § 1 lett. b) si prevede l'ipotesi dello straniero che evita o ostacola la preparazione del rimpatrio o dell'allontanamento), che viceversa consente l'adozione di provvedimenti di limitazione della libertà personale che non vadano oltre il trattenimento presso appositi centri non penitenziari, che siano funzionali all'esecuzione del rimpatrio o dell'allontanamento e che prevedano un riesame periodico della situazione dello straniero.

Da ciò deriva che l'incompatibilità tra diritto comunitario e normativa interna attiene specificamente al meccanismo sanzionatorio previsto dalla norma interna, che non è conforme, ed è anzi radicalmente incompatibile con l'art. 15 della direttiva.

VII CONCLUSIONI

Il contrasto rilevato comporta la *non applicazione* delle norme incriminative di diritto interno, in conseguenza del *venir meno*, a seguito della diretta applicazione della direttiva, di uno degli elementi strutturali della fattispecie, ovvero della sanzione, incompatibile con la norma comunitaria.

Ci si trova pertanto dinanzi ad un *fenomeno successorio* di leggi regolatrici del medesimo fatto reato, prima penalmente sanzionato e poi, a seguito della disapplicazione della norma interna (integratrice della norma penale), non più tale, con la creazione di un vuoto normativo non colmabile dal giudice nazionale.

A seguito del *venir meno* della sanzione (illegittima, in quanto incompatibile con la disciplina comunitaria direttamente applicabile), viene meno un elemento strutturale della fattispecie penale, con la conseguenza che il fatto della inosservanza dell'ordine di allontanamento questorile non è più previsto dalla legge come reato, perché non è più punibile con quella sanzione che ad oggi il nostro ordinamento ancora prevede⁽¹⁶⁾.

Conseguentemente:

1) l'inottemperanza agli ordini di allontanamento emessi anteriormente al 24 dicembre 2010, accertata successivamente a tale data non è più prevista dalla legge come reato: trattandosi di reato permanente, deve applicarsi all'imputato la disciplina in vigore al momento della cessazione della condotta: ciò, anche in caso di novella normativa meno favorevole al reo, e dunque a maggior ragione nel caso di specie, in cui la nuova norma è più favorevole;

⁽¹⁶⁾ Ciò non toglie che il legislatore nazionale non possa più considerare reato il fatto in esame, ma non potrà che sanzionarlo mediante limitazioni della libertà personale che rispettino per contenuti, termini, garanzie e caratteristiche i dettami dell'art. 15 della direttiva.

2) per l'inottemperanza agli ordini di allontanamento emessi anteriormente al 24 dicembre 2010, la cui inottemperanza sia stata accertata anteriormente a tale data e per cui penda il giudizio, si deve giungere ad analogo conclusione assolutoria, trattandosi di caso di retroattività di norma più favorevole al reo *ex art. 2, comma 2, c.p.*, perché il fatto, secondo la legge posteriore, non costituisce più reato: cfr. sul punto Cass., Sez. VII, sent. n. 21579/2008 *ric. Boujaib*, CED 239960, secondo cui l'inammissibilità del ricorso per cassazione in ragione della manifesta infondatezza dei motivi non impedisce di rilevare, a norma dell'art. 129 cod. proc. pen., *la mancata previsione del fatto come reato in conseguenza dell'inapplicabilità delle norme nazionali incompatibili con la normativa comunitaria* (in applicazione di tale principio la Corte ha ritenuto che l'inammissibilità del ricorso non impedisse di assolvere l'imputato dal fatto di cui all'art. 171 *ter*, comma secondo, lett. a), della L. n. 633 del 1941, per non essere lo stesso previsto dalla legge come reato, in conseguenza della inapplicabilità, preesistente alla commissione del fatto stesso, delle disposizioni relative al contrassegno Siae ritenute incompatibili con la normativa comunitaria a seguito della sentenza 8 novembre 2007, Schwibbert, della Corte di Giustizia CE); nonché Cass., Sez. III, sent. n. 38033/2008, *ric. Mollica*, CED 241280, secondo cui l'inammissibilità del ricorso per cassazione che non sia dovuta a mancanza di legittimazione o a proposizione tardiva non esime il giudice di legittimità dal dovere di valutare la conformità o meno, ai principi del diritto comunitario, della normativa nazionale e, in tale secondo caso, di procedere alla disapplicazione della stessa. (Fattispecie di annullamento senza rinvio per insussistenza del fatto derivante da ritenuta incompatibilità con il Trattato CE della disciplina interna in materia di attività organizzata per la raccolta di scommesse a fronte di ricorso corredato da motivi generici);

3) per gli ordini di allontanamento emessi anteriormente al 24 dicembre 2010, la cui inottemperanza sia stata accertata anteriormente a tale data e la relativa sentenza sia passata in giudicato, deve trovare applicazione l'art. 673 c.p.p. (Cass., Sez. III, sent. n. 13853/2008, *ric. Luciotto*, CED 239955);

4) viceversa, nel caso di ordini di allontanamento dal territorio nazionale emessi a seguito di provvedimento giurisdizionale (*misura di sicurezza* dell'espulsione *ex artt. 235 o 312 c.p.*, art. 86 d.p.r. n. 309/90 o ancora art. 15 d.lgs. n. 286/98; ovvero, espulsione come *sanzione sostitutiva di pena detentiva breve* *ex art. 16 d.lgs. n. 286/98*,) ricorre una delle ipotesi di cui all'art. 2, comma 2, lett. b) della direttiva, essendo facoltà dello Stato membro di non applicare la direttiva medesima nei confronti di cittadini di paesi terzi "*sottoposti a rimpatrio come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale*", e la normativa nazionale di cui all'art. 14 commi 5 *ter* e *quater* d.lgs. n. 286/98, *nella misura e nei limiti in cui sanziona l'omessa esecuzione di ordine di allontanamento disposto in forza di tali titoli giurisdizionali*, risulta tuttora conforme al diritto comunitario, non configgendo, in virtù della sopra riportata clausola di esclusione, con la direttiva comunitaria 2008/115/CE del 16 dicembre 2008.

Le osservazioni appena riportate meritano piena condivisione, e debbono intendersi qui espressamente richiamate come parte integrante della presente motivazione.

Il caso in esame rientra nella tipologia appena enumerata al punto 2), trattandosi di una ipotesi in cui l'inosservanza al provvedimento di allontanamento dal territorio nazionale (provvedimento comunque emesso prima del 24 dicembre 2010) risale sempre a data anteriore rispetto alla scadenza che il legislatore italiano ha lasciato infruttuosamente cadere. Non vi è dubbio che, per il futuro e tenendo conto di tutte le complessive ragioni appena evidenziate, una condotta identica a quella contestata all'odierno imputato non avrebbe rilevanza penale [fattispecie *sub* 1)], ma identiche conclusioni si impongono anche per le condotte che risultino già realizzate. In vero, la presa d'atto dell'inosservanza, da parte dello Stato, dell'obbligo di conformarsi ai principi contenuti nella ricordata Direttiva, trattandosi di normativa che - sul punto - appare suscettibile di immediata esecuzione, realizza in concreto una *abolitio criminis*, con la conseguente necessità di applicare il disposto di cui all'art. 2, comma 2, c.p.

L'analisi dei più recenti e significativi contributi della giurisprudenza di legittimità a proposito di successione di leggi penali nel tempo conforta l'opzione ermeneutica che qui si sostiene: a ben guardare, infatti, non ci si trova dinanzi ad un caso di modifiche che si limitano a dettare una differente disciplina quanto ad un elemento normativo (extrapenale) della fattispecie incriminatrice, bensì a un mutato quadro di riferimento sulla regolamentazione del fatto costituente reato.

Secondo la giurisprudenza, ricorrendo ad un noto e recente esempio, "il giudice penale investito del giudizio relativo a reati di bancarotta *ex* artt. 216 e segg. r.d. n. 267/1942 non può sindacare la sentenza dichiarativa di fallimento, quanto al presupposto oggettivo dello stato di insolvenza dell'impresa e ai presupposti soggettivi inerenti alle condizioni previste per la fallibilità dell'imprenditore, sicché le modifiche apportate all'art. 1 L.F. dal d.lgs. n. 5/2006 e dal d.lgs. n. 169/2007 non esercitano influenza ai sensi dell'art. 2 c.p. sui procedimenti penali in corso" (Cass., Sez. Un., 28 febbraio – 15 maggio 2008, RV 239398).

Proprio in tema di reati previsti dal d.lgs. n. 286/1998, come parimenti noto, la Suprema Corte (Cass., Sez. Un., 27 settembre – 16 gennaio 2008, RV 238197, con principi di diritto poi costantemente ribaditi: v. Cass., Sez. I, 30 ottobre 2007 – 8 febbraio 2008, RV 239074, 28 febbraio – 6 marzo 2008, RV 239567, 5 – 11 giugno 2008, RV 240196) insegna ancor più efficacemente che "in tema di successione di leggi penali, la modificazione della norma extrapenale richiamata dalla disposizione incriminatrice esclude la punibilità del fatto precedentemente commesso se tale norma è integratrice di quella penale oppure ha essa stessa efficacia retroattiva", affermando in particolare che l'adesione della Romania all'Unione Europea, con il conseguente acquisto da parte dei rumeni

della condizione di cittadini europei non può intendersi aver determinato la non punibilità del reato di ingiustificata osservanza dell'ordine del Questore di allontanamento dal territorio dello Stato.

L'esempio è a dir poco calzante: nella vicenda esaminata dalle Sezioni Unite non si discuteva di legittimità o meno del provvedimento presupposto, emesso dalla competente Autorità amministrativa, bensì di semplice modifica della situazione di fatto concernente l'imputato allora tratto a giudizio. Ecco dunque perché, come chiarito in motivazione dai giudici di legittimità, per individuare l'ambito di applicazione dell'art. 2, comma 2, c.p. non può trovare asettico accoglimento la teoria della doppia punibilità in concreto: non ci si può limitare a considerare se il fatto, punito in base alla legge anteriore, sia punito o meno anche in base a quella posteriore, in quanto l'indagine sugli effetti penali della successione di leggi extrapenali va condotta facendo riferimento alla fattispecie astratta e non all'addebito specificamente contestato.

Come accade in molti altri ambiti, ad esempio in tema di calunnia, dove peraltro la legge integratrice del precetto ha spesso natura penale a sua volta, ci si può trovare dinanzi a casi in cui il reato oggetto di falsa incolpazione non sia più tale perché depenalizzato, oppure prescritto: non di meno, l'autore dell'accusa non corrispondente al vero rimarrà responsabile del delitto *ex art. 368 c.p.*, giacché in ipotesi siffatte non si realizza alcuna differente disciplina della fattispecie astratta (rimanendo intatta la rilevanza penale della condotta di incolpare taluno di un fatto costituente reato, nella consapevolezza che ciò non sia vero), ma solo una vicenda peculiare che afferisce all'addebito concretamente contestato. Analogamente, a prescindere da chi diventi *medio tempore* appartenente all'Unione Europea, assumere un soggetto che all'epoca del fatto non lo sia era e deve restare un comportamento penalmente rilevante, in difetto di qualsivoglia *abolitio criminis* che derivi dall'essere quel lavoratore diventato cittadino comunitario.

Nel caso qui in esame, invece, è palese che ci si trovi dinanzi - stante l'impossibilità di ritenere che la condotta contestata all'imputato in epigrafe, se commessa oggi, costituirebbe reato - a norme che risultano modificate in termini tali da incidere sulla fattispecie astratta.

Basta rilevare, infatti, che non potrebbe comunque considerarsi reato, alla data odierna, il comportamento dello straniero che si trattenga in Italia oltre i cinque giorni impostigli in un atto del Questore, visto che la normativa europea vuole invece che all'extracomunitario irregolare venga riconosciuto un termine compreso fra (almeno) sette e trenta giorni per dare corso ad un allontanamento volontario, possibilità peraltro da prevedere in prima battuta e non già all'esito della riscontrata inesequibilità di un accompagnamento coattivo alla frontiera e successivo trattenimento presso centri di identificazione ed espulsione. Il precetto della norma penale incriminatrice di cui all'art. 14 commi 5-ter e 5-quater ne viene pertanto irrimediabilmente travolto: situazione

del tutto differente da quella in cui la cogenza di quel termine di cinque giorni e l'iter procedurale descritto restassero pienamente validi, salvo non riguardare più soggetti che dovrebbero oramai ritenersi comunitari a tutti gli effetti.

Deve, in definitiva, ritenersi che si sia realizzata una chiara ipotesi di *abolitio criminis* suscettibile di immediata declaratoria da parte della A.G. italiana, e senza la necessità di investire la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ai sensi dell'art. 267 T.F.U.E., né di sollevare questione di legittimità costituzionale della norma interna. Quest'ultima evenienza è superata in radice dalla ritenuta abrogazione della legge in contrasto con la Direttiva 2008/115/CE; e non si reputa indefettibile il rinvio *ex art. 267 cit.*, atteso che, come previsto da recentissima giurisprudenza della Corte di Giustizia (sentenza 10 marzo 2011, nel proc. C-109/09, *Deutsche Lufthansa – Gertraud Kumpan*, seppure dettata nella diversa materia della parità di trattamento nell'occupazione e nelle condizioni di lavoro),

(...) nell'applicare il diritto interno, i giudici nazionali sono tenuti ad interpretarlo, per quanto possibile, alla luce del testo e dello scopo della direttiva in questione, così da conseguire il risultato perseguito da quest'ultima e conformarsi, pertanto, all'art. 288, terzo comma, TFUE. Tale obbligo d'interpretazione conforme riguarda l'insieme delle disposizioni del diritto nazionale, sia anteriori che posteriori alla direttiva di cui trattasi (...). L'esigenza di un'interpretazione conforme del diritto nazionale attiene, infatti, al sistema del Trattato FUE, in quanto permette ai giudici nazionali di assicurare, nell'ambito delle rispettive competenze, la piena efficacia del diritto dell'Unione quando risolvono le controversie ad essi sottoposte (...). È ben vero che l'obbligo per il giudice nazionale di fare riferimento al contenuto di una direttiva nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme pertinenti del diritto nazionale trova i suoi limiti nei principi generali del diritto, in particolare in quelli della certezza del diritto e dell'irretroattività, e non può servire a fondare un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale (...). Tuttavia, il principio di interpretazione conforme esige che i giudici nazionali si adoperino al meglio nei limiti del loro potere, prendendo in considerazione il diritto interno nel suo insieme ed applicando i metodi di interpretazione riconosciuti da quest'ultimo, al fine di garantire la piena efficacia della direttiva di cui trattasi e di pervenire ad una soluzione conforme allo scopo perseguito da quest'ultima (...).

Non è chi non veda come la necessità di una interpretazione della norma interna in modo tale da renderne compatibile la portata con le previsioni delle Direttive europee, così efficacemente affermata, debba giocoforza comportare per il Giudice dello stato membro anche il potere-dovere di

disapplicare la norma che si ponga in insanabile contrasto con i principi e gli scopi perseguiti dal diritto dell'Unione: tanto più laddove, come nella vicenda in esame, la norma interna debba intendersi oggetto di abrogazione a causa della diretta applicabilità della legge sopranazionale (*Omissis*).

(1-2) *Disapplicare per non punire. Note minime sulla “resa dei conti” tra la legalità penale nazionale ed il primato comunitario.*

1. L'impatto della c.d. Direttiva rimpatri sulle traiettorie nazionali dell'immigrazione irregolare è oggi trascritto nelle righe della legge 2 agosto 2011, n. 129, che mette il timbro della legislazione nazionale su un testo normativo incaricato - per “delega” del legislatore e del giudice comunitario - di regolamentare *ex novo* le cadenze procedurali dell'espulsione dell'immigrato “clandestino”, connettendovi ricalibrate fattispecie incriminatrici a sanzionarne la violazione.

Com'è noto, la principale ragione di contrasto fra la direttiva 2008/115/CE sul rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi irregolari e l'ordinamento italiano si radicava, per un verso, nella preliminare e stringente “incompatibilità comunitaria” della disciplina amministrativa interna, incardinata sulla coattività dell'espulsione e comunque sulla concessione di termini largamente più ridotti rispetto al minimo imposto dalla normativa europea per l'allontanamento volontario; per altro verso, nell'utilizzazione della sanzione penale privativa della libertà personale per punire la violazione di un provvedimento - l'ordine del Questore - costituente una fondamentale porzione del complesso *iter* procedurale *de quo* ⁽¹⁾.

Ora, con altrettanta evidenza, si apprezza la portata della correzione intervenuta in direzione della armonizzazione interna, pretesa dalla descritta antinomia: tanto il precetto quanto la sanzione della figura delittuosa *ex art. 14, comma 5 ter* (e di seguito pure di quella *ex art. 14, comma 5 quater*) oggi si presentano con cambiata formulazione ⁽²⁾, sulla scorta di un ripensamento - di ascendenza per l'appunto comunitaria - sia delle

⁽¹⁾L. di conversione con modificazioni del d.l. 23 giugno 2011, n. 89. In argomento, v. l'approfondimento di DI MARTINO-RAFFAELLI, *La libertà di Bertoldo: «direttiva rimpatri» e diritto penale italiano*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁽²⁾Il previgente testo dell'art. 14 d.l.gs. n. 286/1998 per la parte di interesse recitava: «5-bis. Quando non sia stato possibile trattenere lo straniero presso un centro di identificazione ed espulsione, ovvero la permanenza in tale struttura non abbia consentito l'esecuzione con l'accompagnamento alla frontiera dell'espulsione o del respingimento, il questore ordina allo straniero di lasciare il territorio dello Stato entro il termine di cinque giorni. L'ordine è dato con provvedimento scritto, recante l'indicazione delle conseguenze sanzionatorie della permanenza illegale, anche reiterata, nel territorio dello Stato. L'ordine del questore può essere accompagnato

condizioni legittimanti la fisionomia dell'ordine di allontanamento dal territorio statale⁽³⁾, sia della proporzione tra l'incidenza del fatto omissivo sull'integrità del valore giuridico (del controllo dei flussi migratori) tutelato e la misura (in senso qualitativo e quantitativo) dell'amputazione della libertà personale del colpevole⁽⁴⁾.

dalla consegna all'interessato della documentazione necessaria per raggiungere gli uffici della rappresentanza diplomatica del suo Paese in Italia, anche se onoraria, nonché per rientrare nello Stato di appartenenza ovvero, quando ciò non sia possibile, nello Stato di provenienza»; «5-ter. Lo straniero che senza giustificato motivo permane illegalmente nel territorio dello Stato, in violazione dell'ordine impartito dal questore ai sensi del comma 5-bis, è punito con la reclusione da uno a quattro anni se l'espulsione o il respingimento sono stati disposti per ingresso illegale nel territorio nazionale ai sensi dell'articolo 13, comma 2, lettere a) e c), ovvero per non aver richiesto il permesso di soggiorno o non aver dichiarato la propria presenza nel territorio dello Stato nel termine prescritto in assenza di cause di forza maggiore, ovvero per essere stato il permesso revocato o annullato. Si applica la pena della reclusione da sei mesi ad un anno se l'espulsione è stata disposta perché il permesso di soggiorno è scaduto da più di sessanta giorni e non ne è stato richiesto il rinnovo, ovvero se la richiesta del titolo di soggiorno è stata rifiutata, ovvero se lo straniero si è trattenuto nel territorio dello Stato in violazione dell'articolo 1, comma 3, della legge 28 maggio 2007, n. 68. In ogni caso, salvo che lo straniero si trovi in stato di detenzione in carcere, si procede all'adozione di un nuovo provvedimento di espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica per violazione all'ordine di allontanamento adottato dal questore ai sensi del comma 5-bis. Qualora non sia possibile procedere all'accompagnamento alla frontiera, si applicano le disposizioni di cui ai commi 1 e 5-bis del presente articolo nonché, ricorrendone i presupposti, quelle di cui all'articolo 13, comma 3»; «5-quater. Lo straniero destinatario del provvedimento di espulsione di cui al comma 5-ter e di un nuovo ordine di allontanamento di cui al comma 5-bis, che continua a permanere illegalmente nel territorio dello Stato, è punito con la reclusione da uno a cinque anni. Si applicano, in ogni caso, le disposizioni di cui al comma 5-ter, terzo e ultimo periodo».

⁽³⁾ «5-bis. Allo scopo di porre fine al soggiorno illegale dello straniero e di adottare le misure necessarie per eseguire immediatamente il provvedimento di espulsione o di respingimento, il questore ordina allo straniero di lasciare il territorio dello Stato entro il termine di sette giorni, qualora non sia stato possibile trattenerlo in un Centro di identificazione ed espulsione, ovvero la permanenza presso tale struttura non ne abbia consentito l'allontanamento dal territorio nazionale. L'ordine è dato con provvedimento scritto, recante l'indicazione, in caso di violazione, delle conseguenze sanzionatorie. L'ordine del questore può essere accompagnato dalla consegna all'interessato, anche su sua richiesta, della documentazione necessaria per raggiungere gli uffici della rappresentanza diplomatica del suo Paese in Italia, anche se onoraria, nonché per rientrare nello Stato di appartenenza ovvero, quando ciò non sia possibile, nello Stato di provenienza, compreso il titolo di viaggio».

⁽⁴⁾ «5-ter. La violazione dell'ordine di cui al comma 5-bis è punita, salvo che sussista il giustificato motivo, con la multa da 10.000 a 20.000 euro, in caso di respingimento o espulsione disposta ai sensi dell'articolo 13, comma 4, o se lo straniero, ammesso ai programmi di rimpatrio volontario ed assistito, di cui all'articolo 14-ter,

2. Le pronunce ai margini delle quali si appuntano queste considerazioni attestano, emblematiche, una lineare continuità della soluzione giurisprudenziale condivisa a livello nazionale circa lo “stato di quiescenza” in cui dover lasciare il delitto di inottemperanza qui all’indice, veicolato per il tramite dell’*originale* strumento della “disapplicazione” della norma interna per contrasto con la norma comunitaria ad efficacia diretta ⁽⁵⁾.

Tra il prima ed il dopo della decisione di pregiudizialità assunta in merito dalla Corte di Giustizia della Comunità Europea ⁽⁶⁾, il Tribunale umbro e la Corte di Cassazione - con dinnanzi una sentenza di condanna emessa dalla Corte di Appello di Perugia *ex art. 14, comma 5 ter, d.lgs. n. 286/1998* - si sono difatti pronunciati senza alterare l’orizzonte finale, spendendo le parole della *inapplicabilità del disposto perché il fatto non costituisce più reato* ovvero *non è più previsto dalla legge come reato* in conseguenza del rilevato contrasto tra la norma incriminatrice e la direttiva.

Stante l’*unità di intenti*, rimane di contro non sovrapponibile la linea del pensiero seguita dai due Giudici, che la sintesi riduce così a tratteggiare: per l’uno, la *non applicazione* delle norme penali di diritto interno è conseguenza del venir meno, in ragione della diretta applicazione della direttiva, di uno degli elementi strutturali della fattispecie; per l’altro, la ragione della disapplicazione si annida nella *species* della sanzione, incompatibile con la norma comunitaria.

A ragione del Giudice di prime cure, ci si trova difatti al cospetto di norme (*rectius*, l’art. 14, comma 5 *ter*, d.lgs. n. 286/1998) che risultano modificate in termini tali da incidere sulla fattispecie astratta. Il rilievo tranciante è

vi si sia sottratto. Si applica la multa da 6.000 a 15.000 euro se l’espulsione è stata disposta in base all’articolo 13, comma 5. Valutato il singolo caso e tenuto conto dell’articolo 13, commi 4 e 5, salvo che lo straniero si trovi in stato di detenzione in carcere, si procede all’adozione di un nuovo provvedimento di espulsione per violazione all’ordine di allontanamento adottato dal questore ai sensi del comma 5-*bis*. Qualora non sia possibile procedere all’accompagnamento alla frontiera, si applicano le disposizioni di cui ai commi 1 e 5-*bis*, nonché, ricorrendone i presupposti, quelle di cui all’articolo 13, comma 3».

Per completezza, si cita anche il nuovo disposto del comma 5-*quater*: «La violazione dell’ordine disposto ai sensi del comma 5-*ter*, terzo periodo, è punita, salvo giustificato motivo, con la multa da 15.000 a 30.000 euro. Si applicano, in ogni caso, le disposizioni di cui al comma 5-*ter*, quarto periodo».

⁽⁵⁾ Invocato già da costante giurisprudenza comunitaria, v. in tal senso, CGCE, 9 marzo 1978, causa 106/77, Simmenthal; CGCE, 22 maggio 2003, causa C-462/99, Connect Austria; CGCE, 22 giugno 2010, cause riunite C-188/10 e C-189/10, Melki e Abdeli.

⁽⁶⁾ CGCE, 28 aprile 2011, causa C-61/11 PPU, Hassen El Dridi, in *www.penale-contemporaneo.it*, con commenti di VIGANÒ, *Corte di giustizia dell’Unione europea, 28 aprile 2011, Hassan El Dridi (direttiva rimpatri e inosservanza dell’ordine di allontanamento dello straniero)*, e MASERA-VIGANÒ, *Addio articolo 14. Considerazioni sulla sentenza della Corte di giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi (C-61 / 11 PPU) e sul suo impatto nell’ordinamento italiano*.

che non potrebbe comunque considerarsi reato, alla data odierna, il comportamento dello straniero che si trattienga in Italia oltre i cinque giorni impostigli in un atto del Questore, in vigenza di una normativa europea che vuole invece in prima battuta riconosciuto all'extracomunitario irregolare un termine compreso fra (almeno) sette e trenta giorni per dare corso ad un allontanamento volontario. Il precetto delle norme penali incriminatrici di cui all'art. 14, commi 5 *ter* e 5 *quater*, secondo i considerando del Tribunale di Perugia, risulta pertanto irrimediabilmente travolto, realizzandosi una chiara ipotesi di *abolitio criminis* suscettibile di immediata declaratoria da parte della autorità giudiziaria italiana, senza la necessità di investire la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ai sensi dell'art. 267 T.U.E., né di sollevare questione di legittimità costituzionale della norma interna. A ben guardare - si prosegue infatti - non ci si troverebbe dinanzi all'ipotesi di una modifica limitata a dettare una differente disciplina rispetto ad un elemento normativo (extrapenale) della fattispecie incriminatrice, non suscettibile di rilievo intertemporale *ex art. 2, comma 2, c.p.*, bensì ad un mutato quadro di riferimento della regolamentazione del fatto costituente reato.

L'economia della motivazione stesa per pugno della Corte Suprema, si dipana invece attraverso il canovaccio utilizzato dalla Corte dell'Unione, che ha sancito il doversi interpretare la direttiva comunitaria del 16 dicembre 2008 «*nel senso che essa osta ad una normativa di uno Stato membro ... che preveda l'irrogazione della pena della reclusione al cittadino di un paese terzo il cui soggiorno sia irregolare per la sola ragione che questi, in violazione di un ordine di lasciare entro un determinato termine il territorio di tale Stato, permane in detto territorio senza giustificato motivo*»; conciocché spetta ai giudici penali degli Stati della Unione «*disapplicare ogni disposizione del decreto legislativo n. 286/1998 contraria al risultato della direttiva 2008/115*», tenendo anche «*debito conto del principio della applicazione retroattiva della legge più mite il quale fa parte delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri*»⁽⁷⁾.

3. *Nel mezzo del cammino*, tra l'una e l'altra delle decisioni in commento, la Corte del Lussemburgo è dunque intervenuta col decidere una serie di rinvii pregiudiziali che lamentavano il ricorso al diritto penale *in parte qua*, potendo esso apparire incongruo rispetto alla tutela dei diritti fondamentali ed in particolare della libertà personale, conteggiando misure più coercitive di quelle previste (*sic*, ammesse) almeno in prima battuta dalla direttiva 2008/115; e potendo comunque la disciplina in vigore produrre effetti disfunzionali in ordine all'immediato allontanamento, quali risultanti dall'imprigionamento del soggetto eventualmente condannato e

⁽⁷⁾ Cfr. CGCE, 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, Berlusconi e altri; CGCE, 11 marzo 2008, causa C-420/06, Jager.

dunque dalla sua ulteriore permanenza sul territorio, sia pure in stato di detenzione a titolo di sanzione penale.

In breve affresco, la Corte, nel riconoscere effetto diretto alle norme della direttiva rimpatri che vengono qui in considerazione, e cioè ai suoi articoli 15 e 16 disciplinanti la misura del trattenimento, si limita a richiamare la propria costante giurisprudenza, secondo cui allorché lo Stato non abbia recepito o non abbia recepito correttamente una direttiva entro il termine previsto, i singoli sono legittimati a invocare contro lo stesso Stato le disposizioni della direttiva che appaiano incondizionate e sufficientemente precise; caratteristiche, queste, proprie dei citati disposti nella misura in cui disciplinano dettagliatamente la “figura” del trattenimento, fissandone condizioni, modalità e limiti in maniera non derogabile *in peius* per lo straniero da parte del Paese membro.

La conseguenza giuridica è dunque presto tratta: il giudice dovrà direttamente riconoscere allo straniero i *diritti* che il legislatore avrebbe dovuto garantirgli entro il termine fissato per il recepimento della direttiva. Accanto, la Corte osserva che l’art. 8 § 4 della direttiva consente allo Stato di adottare tutte le misure coercitive indispensabili per eseguire la decisione di rimpatrio mediante l’allontanamento dello straniero, comprese misure di carattere penale, «atte segnatamente a dissuadere tali cittadini dal soggiornare illegalmente nel territorio di detti Stati».

Diventa pertanto ineludibile per il Giudice di Lussemburgo dedicare un pur rapido passaggio alla questione della possibile incidenza della direttiva rimpatri sul diritto penale: incidenza che non isolate voci dell’esegesi italiana hanno negato in forza dell’argumentata mancanza di competenze penali dell’Unione europea. La Corte non nega l’assunto: sottolinea come attraverso la normativa di specie l’Unione non abbia inteso esercitare alcuna competenza penale, e d’altro canto come sia pacifica la *capacità di incidenza del diritto comunitario sul diritto penale degli Stati membri*, il quale - in particolare - non può essere conformato in maniera tale da «compromettere la realizzazione degli obiettivi di una direttiva e da privare quest’ultima dell’effetto utile». In tal caso, precisa ancora la Corte, il giudice del rinvio dovrà pacificamente disapplicare la norma incriminatrice e «tenere debito conto del principio dell’applicazione retroattiva della pena più mite».

La traduzione applicativa di simili concetti è valsa allora, per i fatti di inottemperanza iniziati prima del 24 dicembre scorso, all’adozione della formula usuale in materia di *abolitio criminis* - “perché il fatto non è (più) previsto dalla legge come reato” - efficace espressione dell’inquadramento di un simile esito di non punibilità quale effetto della applicazione retroattiva del nuovo (e più favorevole) contesto normativo, nato in seguito alla scadenza del termine di attuazione della direttiva e, dunque, dall’acquisizione di effetto diretto da parte della stessa.

In quest’ultimo senso si è in effetti orientata la Cassazione, che - già annunciando le sue prime decisioni successive alla sentenza El Dridi - ha utilizzato la formula di proscioglimento trascritta in apice previo espresso

riferimento all'art. 2, comma 2, c.p. e all'art. 129, comma 2, c.p.p., assimilando così, in buona sostanza, la situazione a quella di una vera e propria abrogazione della norma incriminatrice ⁽⁸⁾.

In fin dei conti, "è bastato" leggere l'espressione «legge» contenuta nel richiamato disposto del codice penale - «nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato» - come riferita anche alle norme di diritto dell'Unione dotate di effetto diretto, del resto di rango sovraordinato rispetto alla legge statale ex artt. 11 e 117, comma 1, Cost.

La giurisprudenza di merito non ha mutato la rotta così tracciata, nemmeno tralasciando di porre sotto i riflettori la caratura "sui generis" della *disapplicazione abolitiva* in tal guisa operata. In un'ottica preliminare ha difatti ribadito il vero di una legislazione penale, sostanziale e processuale, che in linea di principio rientra nella competenza degli Stati membri, e sul cui ambito può nondimeno incidere il diritto dell'Unione ⁽⁹⁾ già ai sensi rispettivamente del secondo e del terzo comma dell'art. 4, n. 3, T.U.E. (per cui gli Stati membri «adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione», e «si astengono da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione», compresi quelli perseguiti dalle direttive) ⁽¹⁰⁾.

Di seguito - al pari del Giudice di legittimità - ha esplicitato di avvalersi del «riferimento (in modo a-tecnico) ad una *sorta di abolitio criminis*» ⁽¹¹⁾, nel senso che l'incidenza diretta ed autoritativa del diritto dell'Unione, impedendo la configurabilità del reato, produce un effetto «*paragonabile a quello della legge sopravvenuta*», in linea con la lettura offerta dalla Corte Costituzionale secondo cui «i principi enunciati nella decisione della Corte di giustizia si inseriscono direttamente nell'ordinamento interno, con il valore di *ius superveniens*, condizionando e determinando i limiti in cui quella norma conserva efficacia e deve essere applicata anche da parte del giudice nazionale» ⁽¹²⁾.

L'assoluzione che ne consegue impone allora una riflessione critica sugli

⁽⁸⁾ V. Cass., sez. I, 28 aprile 2011, p.g. in proc. c. Tourghi, in *CED Cass.*, n. 249732.

⁽⁹⁾ V. in questo senso, in particolare, CGCE, 11 novembre 1981, causa 203/80, Casati; CGCE, 2 febbraio 1989, causa 186/87, Cowan; CGCE, 16 giugno 1998, causa C-226/97, Lemmens.

⁽¹⁰⁾ Trib. Torino, 29 giugno 2011, A.G., in *www.penalecontemporaneo.it*.

⁽¹¹⁾ Trib. Torino, 27 giugno 2011, J.N., in *www.penalecontemporaneo.it*.

⁽¹²⁾ V. Corte cost., (ord.) 23 giugno 1999, n. 255, in *Giur. cost.*, 1999, 2203; Corte cost., (ord.) 14 marzo 2003, n. 63, in *Foro it.*, 2003, I, 2197; Corte cost., (ord.) 20 aprile 2004, n. 125, *ivi*, 2004, I, 2299; Corte cost., (ord.) 16 giugno 2005, n. 241, in *Giur. cost.*, 2005, 3.

equilibri interni del sistema penale, vale a dire sul corretto inquadramento sistematico che spetta assegnare all'oramai tralatzia conclusione per cui la pronuncia della Corte di Giustizia che accerta l'incompatibilità della norma incriminatrice con il diritto europeo «si incorpora nella norma stessa e ne integra il precetto con efficacia immediata, così producendo una sorta di *abolitio criminis* che impone, in forza di interpretazione costituzionalmente necessitata, di estendere a siffatte situazioni di sopravvenuta inapplicabilità della norma incriminatrice nazionale la previsione dell'art. 673 c.p.p.»⁽¹³⁾.

A tanto ben si presta lo spunto offerto dalle pronunce in commento.

4. Orbene, l'eterogeneità degli itinerari rispettivamente percorsi dalle tracciate decisioni interne per argomentare l'identica conclusione del *non punire*, desta l'interesse di chi naviga nelle rotte di un diritto penale odiernamente travagliato dai delicati ed irrisolti rapporti, di forza e di interazione, tra l'ordinamento italiano e quello comunitario; ed ingenera le perplessità di quanti muovano da una interpretazione, per così dire, *costituzionalmente orientata* della riserva di legge in materia penale scritta, per il precetto e per la sanzione punitiva, una volta per tutte entro il comma 2 dell'art. 25 Cost.

Le due linee convergono dunque a delimitare un campo dell'indagine che ripercorre a grandi passi i confini di legittimità della scrittura del precetto penale e della pena, saggiando l'*an* e le condizioni che consentano all'ordinamento italiano di selezionare e definire le fondamentali componenti della norma incriminatrice, *in nome e per conto proprio* ovvero *in nome e per conto* del sistema comunitario. In altri termini, l'interrogativo torna alle origini della questione, spingendo a riconsiderare - in una logica di stretta *legalità penale* - quelle modalità di partecipazione dell'Unione Europea alle scelte nazionali in materia che secondo l'esegesi, in particolare giurisprudenziale, prendono le indefinite forme della "disapplicazione".

La prima riflessione, apre sul precetto, e deve quindi affondare le premesse sulla considerazione per cui l'influenza del diritto europeo sul diritto penale interno si esplica in prima battuta, attraverso il ricorso del giudice nazionale all'interpretazione conforme al diritto dell'Unione⁽¹⁴⁾, come obbligo che vale in ogni caso, sia in presenza di una normativa *self executing* che in presenza di una normativa priva di tale efficacia⁽¹⁵⁾; in seconda battuta, attraverso la *disapplicazione* della norma penale in contrasto con il diritto europeo e, infine, attraverso il giudizio di legittimità costituzionale della norma penale "in collisione" con una norma europea, che diviene quindi parametro di legittimità costituzionale interposto⁽¹⁶⁾.

⁽¹³⁾ Così Cass., sez. I, 28 aprile 2011, p.g. in proc. c. Tourghi, cit. Cfr. Corte cost., 23 gennaio 1985, n. 13, in *Giur. cost.*, 1985, I, 38; Corte cost., 11 luglio 1989, n. 389, in *Foro it.*, 1991, I, 1076; Corte cost., 18 aprile 1991, n. 168, *ivi*, 1992, I, 660.

⁽¹⁴⁾ SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006, 12 ss.

⁽¹⁵⁾ PIVA, *Giudice nazionale e diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2008, 26 ss.

⁽¹⁶⁾ In proposito si rinvia anche alle riflessioni sviluppate da SALCUNI, *Culture*

Va bene inteso: anche la disapplicazione - al pari del giudizio di costituzionalità - è un momento "diverso" del medesimo processo interpretativo dell'illecito penale, o meglio del sillogismo giuridico che l'interprete è chiamato ad applicare per verificare la sussunzione del fatto entro un modello di reato. È stato difatti puntualmente rilevato come, mentre l'interpretazione conforme è chiamata ad esaurirsi nel percepire ed attribuire il significato ad una disposizione ⁽¹⁷⁾, ricavando così il contenuto precettivo della *norma* ⁽¹⁸⁾, con la disapplicazione o il giudizio di costituzionalità si interpreta l'intero ordinamento per renderlo conforme al diritto dell'Unione.

Una volta traslate simili considerazioni generali entro il precipuo campo della materia penale, ci si convince a spingere la riflessione verso un tratto ulteriore, che prenda queste a segnali di una evoluzione - non anche (inaccettabile) trasfigurazione - del vigente e *supremo* principio costituzionale della riserva di legge.

Così, è lecito schematizzare l'impatto del diritto europeo - già prima di qualsiasi intervento legislativo nazionale ⁽¹⁹⁾ - nell'immediata veste di *integratore ermeneutico* della norma penale interna, sì pure da ricomprendervi la ricognizione delle modalità di lesione del bene giuridico europeo non espressamente previste dalla fattispecie ⁽²⁰⁾, ma esplicitate dal senso (*acquisito*) della linguistica in uso: l'influenza degli obblighi europei sull'interpretazione ⁽²¹⁾ è cioè tale da fornire un nuovo respiro a quella che è la portata dell'art. 12 disp. prel. c.c., "orientando allo scopo comunitario" la perimetrazione del fatto tipico.

penalistiche a confronto: diritto penale nazionale vs. diritto penale europeo, in *www.archiviopenale.it*.

⁽¹⁷⁾ CHENAL, *Obblighi di criminalizzazione tra sistema penale italiano e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Leg. pen.*, 2006, 171 ss.

⁽¹⁸⁾ GUAISTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, 15 ss.

⁽¹⁹⁾ DI MARTINO, *La frontiera e il diritto penale. Natura e contesto delle norme di diritto penale transnazionale*, Torino, 2006, 33 ss.; GARGANI, *La protezione immediata dell'ambiente tra obblighi di incriminazione e tutela giudiziaria*, in *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, a cura di Vinciguerra-Dassano, Napoli, 2010, 418 ss.

⁽²⁰⁾ BERNARDI, *Il processo di razionalizzazione del sistema sanzionatorio alimentare tra codice e leggi speciali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, 61 ss.; ID., *Il diritto penale agroalimentare tra tradizione statualistica ed esigenze di armonizzazione europea*, in *Trattato breve di diritto agrario e comunitario*, a cura di Costato, Padova, 2003, 1141 ss.

⁽²¹⁾ V. RUGGIERI, *Prospettive metodiche di ricostruzione del sistema delle fonti e teoria dell'interpretazione*, in AA.VV., *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, a cura di Ferrari, Milano, 2001, 229 ss.; BERNARDI, *Strategie per l'armonizzazione dei sistemi penali europei*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, 810 ss.; LO MONTE, *Dai diritti dell'uomo al primato del mercato: le tendenze involutive del diritto penale dell'economia*, in AA.VV., *Diritti dell'uomo e sistema penale*, a cura di Moccia, Napoli, 2002, 203 ss.; MANES, *Il nuovo falso in bilancio al cospetto della normativa comunitaria*, in *Cass. pen.*, 2003, 1333 ss.

Ciò sottende una più ampia visione “di sistema”, che apre all’applicabilità, nel frangente, della teorica (in senso ampio) del “rinvio esterno”, operato dalla fattispecie incriminatrice anche per il tramite di elementi normativi giuridici od extragiuridici: la nuova alba della eterointegrazione della norma penale, spalancata sul fronte delle fonti sovranazionali, e precipuamente di quelle comunitarie, si trova allora a dover riepilogare gli approdi recentemente metabolizzati in ordine alle interazioni tra riserva di legge ed interventi di specificazione tecnica ad opera di fonti terze⁽²²⁾, anche subordinate. Avvalendosi di questo filone esegetico la Corte di Cassazione ha peraltro ridisegnato i margini di configurabilità del fatto criminale di detenzione e commercio di esemplari di pesci inferiori alle dimensioni legali⁽²³⁾, estendendoli oltre le paratie esplicitate dal diritto interno proprio per effetto della disapplicazione di quella disciplina esecutiva di origine nazionale che invece definiva l’elemento costitutivo della condotta tipizzata (detentiva ovvero di commercializzazione) per il tramite di una percentuale di tolleranza sul pescato al di sotto della quale non si configurava il reato⁽²⁴⁾. Il mancato riscontro di una simile soglia a livello comunitario, ove la detenzione di novellame - con segnato riguardo al “tonno rosso” - è vietata *tout court*, senza che siano lasciati spazi autorizzati - ha ammesso dunque al rilievo penale anche i casi in cui, secondo la normativa nazionale, il fatto non veniva a costituire reato⁽²⁵⁾. Un afflato,

⁽²²⁾ Cfr., per i rilievi *ex art.* 2 c.p., Cass., sez. un., 27 settembre 2007, Magera, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 307 ss.; Cass., sez. un., 28 febbraio 2008, Niccoli, in *Cass. pen.*, 2008, 3592 ss.; Cass., sez. un., 26 febbraio 2009, Rizzoli, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 177 ss.

⁽²³⁾ Cass., sez. III, 19 gennaio 2011, Trinca, in *www.penalecontemporaneo.it*.

⁽²⁴⁾ In dettaglio, la fattispecie in considerazione è la contravvenzione di cui agli artt. 15, comma 1, lett. c) e 24, comma 1, l. 14 luglio 1965 n. 963, la quale - salvo che il fatto costituisca più grave reato - punisce chi pesca, detiene, trasporta e commercia il novellame di qualunque specie marina senza la preventiva autorizzazione del Ministero delle politiche agricole e forestali. La figura criminale di specie va letta in combinato disposto con l’art. 91 d.p.r. n. 1639/1968 e successive modifiche, agli effetti del quale non sono soggetti alla sanzione prevista dal predetto art. 24, comma 1, la pesca, la detenzione, il trasporto e la commercializzazione di esemplari “sotto misura” qualora questi ultimi siano presenti in percentuale non superiore al 10% del totale del pescato. Si è dunque ritenuto che tali disposizioni si ponessero in contrasto con il regolamento CE n. 51/2006 all. III parte D.20 - che per il tonno rosso, in specifico rilievo nel caso concreto, a differenza di quello obeso, non contempla alcun “margine di tolleranza” al divieto di pesca e commercializzazione - e andassero conseguentemente disapplicate. Per una estesa analisi del caso si rinvia a SOTIS-BOSI, *Il bizzarro caso dei pesci “in malam partem”. Osservazioni in tema di pesca del novellame sui rapporti tra disapplicazione dell’atto amministrativo (di favore) contrario alla legge e non applicazione della norma nazionale (di favore) contrastante con il diritto comunitario*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

⁽²⁵⁾ V. Cass., sez. III, 12 dicembre 2006, Filippo, in *CED Cass.*, n. 236251; Cass.,

questo ⁽²⁶⁾, non incontroverso ⁽²⁷⁾ e che tuttavia trova un inappuntabile plauso a fronte della ravvisabile “eterosufficienza” del precetto posto dalla fonte nazionale primaria, che per l’appunto non “autodefinisce” in termini rigidi il contorno *de quo* del fatto tipico, ammettendone la normativizzazione tramite disciplina di specificazione e dettaglio, al mutare della quale (per il sopravvento di apposito regolamento comunitario) muta *immediatamente* la porzione di realtà umana racchiusa nel cono della criminalità. L’effetto, dunque, è diretto pur discendendo da una “periferica” specificazione tecnica dell’area penale, di matrice sovranazionale; e ben distinto rispetto a quello che consegue alla soccombenza della disposizione domestica in risposta al primato del diritto comunitario sul diritto nazionale inadempiente, invece legato alla (positiva conclusione della fase di) pregiudizialità comunitaria prima, e (a rigore) alla consecutiva questione di illegittimità costituzionale poi (se non alla autonoma abrogazione/riscrittura conforme a mano del legislatore nazionale).

È in questa direzione che si incuneano del resto le affermazioni della Suprema Corte impegnate a distinguere il caso in cui l’eterointegrazione incida sulla definizione del fatto da quello in cui incida sullo stesso precetto: quando la normativa “di dettaglio” interviene soltanto a precisare elementi della fattispecie già “esauriti” nella definizione del relativo nucleo essenziale da parte delle scelte valutative della legge penale, e tale specificazione tecnica si pone in conflitto con la normativa comunitaria di applicazione diretta, importando quest’ultima una nuova “ricostruzione” di quel medesimo dato della vicenda umana, il giudice è tenuto a non applicare la disposizione contrastante con il dettato di fonte comunitaria ⁽²⁸⁾. Va difatti percepita - si ritiene - una sopravvenuta modifica mediata della fattispecie incriminatrice, i cui esiti intertemporali cadono appieno sotto il governo dell’art. 2, commi 2 ss., c.p.

Su analoga impostazione si è peraltro allineata pure la “disapplicazione” delle norme interne configgenti in una pronuncia relativa all’art. 348 c.p., rispetto alla quale si è affermato assumere valenza di norma integratrice della fattispecie penale la disciplina comunitaria che prevede il libero esercizio della professione di avvocato all’interno della Comunità Europea ⁽²⁹⁾,

sez. III, 15 febbraio 2007, Badioli, *ivi*, n. 236117; Cass., sez. III, 3 luglio 2007, Baldini, *ivi*, n. 237998.

⁽²⁶⁾ In termini cfr. Cass., sez. III, 7 maggio 2009, p.m. in proc. c. Ibba, in *CED Cass.*, n. 244137.

⁽²⁷⁾ Cfr. Cass., sez. III, 17 gennaio 2006, p.m. in proc. c. Boscolo, in *CED Cass.*, n. 233555; Cass., sez. III, 11 luglio 2007, Artese, *ivi*, n. 237389.

⁽²⁸⁾ Così Cass., sez. III, 3 luglio 2007, Baldini, *cit.*; Cass., sez. III, 7 maggio 2009, p.m. in proc. c. Ibba, *cit.* Si veda anche Cass., sez. III, 3 giugno 2008, C., in *Dir. pen. proc.*, 2008, 1251.

⁽²⁹⁾ Cfr. Trib. Milano, 1 marzo 2001, Padani, in *Foro ambr.*, 2001, 310 ss.

con ciò negandosi l'integrazione del reato di abusivo esercizio della professione di avvocato in Italia da parte di un soggetto che aveva conseguito in Germania il titolo di *Rechtsanwalt*: del resto, è la stessa Corte costituzionale italiana che chiama gli atti legislativi o amministrativi rilevanti per l'accertamento della liceità o meno del singolo esercizio professionale ad identificare la mancanza di abilitazione quale elemento del fatto costruito negativamente ⁽³⁰⁾.

Ciò posto, è doveroso puntualizzare che i limiti all'operatività dell'integrazione normativa comunitaria - discendenti dal canone supremo della riserva di legge penale *ex art. 25*, comma 2, Cost. - non possono che essere pariteticamente riconosciuti anche nei casi in cui la norma dell'ordinamento esterno avrebbe un effetto favorevole per l'imputato ⁽³¹⁾, delimitando così l'ambito applicativo dell'art. 2 c.p. alla casistica della disciplina comunitaria ragguagliabile alla "norma integratrice" ⁽³²⁾, vale a dire quando assuma il ruolo di *individuatore del dettaglio contenutistico* di un elemento normativo di fattispecie ⁽³³⁾.

5. Sebbene l'esegesi non abbia incontrato seri ostacoli nel riconoscere la possibilità che la normativa comunitaria produca effetti "limitativi" dell'area di illiceità penale, nondimeno la stessa si è soffermata a distinguere, sotto il profilo concettuale-dogmatico, i casi in cui un simile effetto riduttivo sia prodotto dalla norma comunitaria "a monte", intaccando la tipicità del fatto, o piuttosto "a valle", con valenza giustificante di un comportamento pur sempre tipico ⁽³⁴⁾. Del resto, a misurare la distanza tra le due fasi corre pure la necessaria consecutiva diversità delle relative formule assolutorie, col passaggio dalla declaratoria di insussistenza del fatto alla pronuncia attestante che il fatto non costituisce reato.

Così, passati oltre il dato tipico - ove la regolamentazione comunitaria non valga a fornire elementi, grammaticali e logici, di specificazione per la

⁽³⁰⁾ Corte cost., 27 aprile 1993, n. 199, in *Giur. cost.*, 1993, 1359.

⁽³¹⁾ Sul punto, EPIDENDIO, *Diritto comunitario e diritto penale interno*, Milano, 2007, 399 ss.

⁽³²⁾ Cfr. Cass., sez. I, 16 maggio 2006, Tortora, in *CED Cass.*, n. 234217, e, nello stesso senso, già Cass., sez. III, 22 febbraio 2000, Asaad Nagy Nawar, *ivi*, n. 215952.

⁽³³⁾ In tema FORNASARI, *Riserva di legge e fonti comunitarie. Spunti per una riflessione*, in AA.VV., *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, a cura di Fondaroli, Padova, 2009, 23 s. Ancora in argomento, BERNARDI, *La difficile integrazione tra diritto comunitario e diritto penale: il caso della disciplina agroalimentare*, in *Cass. pen.*, 1996, 995 ss.; *Id.*, *Il processo di razionalizzazione del sistema sanzionatorio alimentare tra codice e leggi speciali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, 99 ss.; *Id.*, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004, 15 ss.

⁽³⁴⁾ In argomento, si vedano i recenti interventi di SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul diritto penale vigente*, Milano, 2007, 40 ss.; PALAZZO, *Costituzione e scriminanti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1036.

descrizione/definizione di uno dei fattori della vicenda umana raffigurata dal legislatore nazionale - sta la sezione dell'antigiuridicità⁽³⁵⁾. Ovvero, la verifica di quella (eventuale) fascia di contraddittoria incompatibilità tra la realizzazione del fatto penale e l'esercizio di una situazione giuridica ammessa o piuttosto pretesa dall'ordinamento, che impedisce di pesare un reale contrasto oggettivo tra l'atteggiamento materiale del "reo" e le direttive del sistema.

Quanto a dire - per ciò che rileva nel contesto analizzato - che la sussistenza di un *diritto scriminante* (*id est*, di allontanamento volontario, comunque non coattivo, almeno per sette giorni dall'emanazione del provvedimento del questore) non scaturisce dalla "semplice" attribuzione di un diritto ad opera dell'ordinamento: è altresì necessario che ne sia consentito l'esercizio proprio con l'attività che - per chi non ne sia titolare - costituisca reato⁽³⁶⁾.

Ci si porta allora sul lato dell'interferenza instaurata tra un precetto *penale* e una disposizione di liceità che, per definizione, appartiene ad un ramo *extrapenale* dell'ordinamento⁽³⁷⁾, e nella cui categoria ricomprendere - per il tramite del sintagma "diritto" richiamato dall'art. 51 c.p. - non solo i c.d. "diritti soggettivi" in senso stretto⁽³⁸⁾, ma, in una prospettiva amplissima, qualunque facoltà di agire riconosciuta dall'ordinamento (libertà costituzionali, diritti potestativi, poteri degli organi pubblici, mere facoltà riconosciute ai privati)⁽³⁹⁾. Da qua, la tematica afferente alle fonti del "diritto scriminante", stringendosi attorno alle problematiche suscitate dal rapporto tra fatto e cause di giustificazione (in generale)⁽⁴⁰⁾, non lascia persistere dubbi circa il dato che "situazioni giuridiche attive" così come possono promanare da norme costituzionali - suscettibili anche di segnare l'illegittimità costituzionale della fattispecie incriminatrice ove questa non conservi una propria sfera di operatività non rapportabile all'esercizio del diritto garantito - e da disposizioni di legge ordinaria, possono altresì discendere dalle previsioni del diritto comunitario dotate di efficacia diretta,

⁽³⁵⁾ In generale, sul tema dei rapporti tra scriminanti e norme sovranazionali, si rinvia al contributo di VIGANÒ, *La dimensione internazionale. L'influenza delle norme sovranazionali nel giudizio di "antigiuridicità" del fatto tipico*, in AA.VV., *Il penale nella società dei diritti*, a cura di Donini-Orlandi, Bologna, 2010, 93 ss.

⁽³⁶⁾ App. Catania, 19 gennaio 2005, in *Giur. aetnea*, 2005, 2.

⁽³⁷⁾ In questo senso ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 2004, 542.

⁽³⁸⁾ Così, invece, la giurisprudenza: Cass., sez. IV, 25 giugno 1982, Scuderi, in *CED Cass.*, n. 155594; Cass., sez. III, 8 maggio 1996, p.m. in proc. c. Saccocci, *ivi*, n. 205511; Cass., sez. VI, 26 marzo 1998, Ferri ed altro, in *Giust. pen.*, 1999, II, 4. *Contra*, Cass., sez. III, 11 luglio 1995, n. 9464, Pace, in *CED Cass.*, n. 203477.

⁽³⁹⁾ PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2008, 152 s.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2009, 271.

⁽⁴⁰⁾ V. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1232 s.

pur sempre a condizione della rispettiva non discrasia al confronto con i principi supremi dell'ordinamento nazionale e/o con i diritti inviolabili della persona ⁽⁴¹⁾.

La stessa giurisprudenza, tanto comunitaria quanto nazionale, ha puntualmente ed in più occasioni ritenuto che norme comunitarie possano incidere in senso favorevole all'interessato su fattispecie penali incriminatrici in considerazione proprio della efficacia diretta del diritto comunitario nel caso in cui riconosca *posizioni soggettive di vantaggio* a singoli consociati ⁽⁴²⁾. Analogamente si è concluso pure sulla scena dogmatica ⁽⁴³⁾: anche là dove si muova dall'idea per cui le scriminanti possano essere previste soltanto da una legge dello Stato, non è stato messo in dubbio che in virtù dell' "efficacia diretta" e del "primato" che le fonti comunitarie possono avere rispetto alle fonti interne ⁽⁴⁴⁾, potranno anche «attribuire ai cittadini facoltà il cui esercizio può produrre un effetto scriminante» ⁽⁴⁵⁾.

Tanto finisce per incidere profondamente nella comprensione della "causa" e della natura dell'effetto disapplicativo in disamina in queste righe, innescato dalla c.d. direttiva rimpatri: la struttura delle fattispecie incriminatrici di inottemperanza all'ordine del questore non pare difatti ammettere la normativa comunitaria ad interagire nella descrizione del

⁽⁴¹⁾ Corte cost., 8 giugno 1984, n. 170, in *Foro it.*, 1984, I, 2062.

⁽⁴²⁾ V. CGCE, Grande Sezione, 6 marzo 2007, causa C-338/04 ed altre, Placanica ed altri: «anche se, in via di principio, la legislazione penale è riservata alla competenza degli Stati membri, da una costante giurisprudenza risulta che tuttavia il diritto comunitario pone limiti a tale competenza, non potendo, infatti, una tale legislazione limitare le libertà fondamentali garantite dal diritto comunitario (v. sentenza 19 gennaio 1999, causa C 348/96, Calfa, Racc. pag. I 11, punto 17)». Ancora in termini la Corte di Cassazione: in materia di divieto di lavoro notturno per le donne, Cass., sez. III, 1 luglio 1999, Valentini, in *CED Cass.*, n. 214345; in materia di contrabbando doganale, Cass., sez. III, 5 febbraio 2004, Marroni, in *CED Cass.*, n. 227874; Cass., sez. III, 4 luglio 2007, p.m. in proc. c. Di Fulvio, *ivi*, n. 237552; Cass., sez. III, 17 marzo 2010, p.m. in proc. c. Sirtori, *ivi*, n. 246990; in materia di violazioni della legge sul diritto d'autore (così come riconosciuto nella nota sentenza della CGCE, 8 novembre 2007, causa C-20/05, Schwibbert), Cass., sez. III, 24 giugno 2008, Beye, in *CED Cass.*, n. 240791; Cass., sez. II, 30 giugno 2009, p.g. in proc. c. T.S., *ivi*, n. 245322; Cass., sez. III, 19 novembre 2009, Ramonda, *ivi*, n. 245758; in materia di scommesse Cass., sez. III, 22 ottobre 2008, Greco, in *CED Cass.*, n. 242344; Cass., sez. III, 28 marzo 2007, p.g. in proc. c. Palmioli, *ivi*, n. 236116; Cass., sez. III, 28 marzo 2007, Isgrò, *ivi*, n. 236685.

⁽⁴³⁾ BARTOLI, *Incriminatione e giustificazione: una diversa legalità?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 600.

⁽⁴⁴⁾ In argomento PALAZZO, *Costituzione e scriminanti*, cit., 1044 s.; VIGANÒ, *L'influenza delle norme sovranazionali nel giudizio di "antigiuridicità" del fatto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1064 ss.

⁽⁴⁵⁾ DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, Torino, 2008, 258; PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2008, 382.

fatto, che rimane di contro esattamente sviluppato attorno a “quel” procedimento ed a “quel” provvedimento, definiti passo passo dalla normativa nazionale. Un rinvio “chiuso”, quindi, che non apre a fonti terze ed esterne per riempire i contenuti di dettaglio dell’elemento costitutivo *de quo*.

Si tratta, allora e piuttosto, di rileggere l’art. 7 § 1 della direttiva, laddove stabilisce che «la decisione di rimpatrio fissa per la partenza volontaria un periodo congruo di durata compresa tra sette e trenta giorni», comportando che in pendenza di tale termine l’interessato non possa essere allontanato coattivamente (salvi i casi eccezionali di cui all’art. 7 § 4). Ciò significa garantire a quest’ultimo il *diritto di non essere allontanato coattivamente e di godere di un congruo periodo per allontanarsi, qualificabile come posizione soggettiva di vantaggio* sub specie *diritto di libertà rilevante anche ex art. 13 Cost.* ⁽⁴⁶⁾; diritto espresso in forma non questionabile, trattandosi di posizione soggettiva di cui si fissa con precisione anche il lasso temporale di efficacia, e non condizionato ad ulteriori interventi normativi da parte delle istituzioni comunitarie o degli Stati membri; ciò che consente di ritenere che la norma comunitaria in questione sia *direttamente applicabile* nell’ordinamento nazionale.

Ora, una volta così chiarito il preesistente dubbio sulla portata della normativa comunitaria, ovvero sciolto il nodo interpretativo ad opera della competente Corte di Giustizia e ritenuta la norma interna - secondo le indicate linee guida - in contrasto con quella comunitaria, il giudice nazionale è tosto tenuto ad applicare l’esatta disciplina della non punibilità conseguente al configurarsi della causa di giustificazione *ex art. 51 c.p.* ⁽⁴⁷⁾, e per il passato invocare la regola della retroattività *ex art. 2 c.p.* ponendo mente ai limiti (che questa sede preclude di esaminare) di cui al comma 5.

Tant’è: il richiamo contenuto nella sentenza El Dridi all’applicarsi del principio della retroattività della norma favorevole, assume certo la veste di criterio interpretativo/integrativo del menzionato disposto *ex art. 2 c.p.*, che vuole così inglobata la dinamica cronologica delle scriminanti entro la disciplina sancita per gli effetti intertemporali del fatto non più previsto dalla legge come costituente reato.

È con questo linguaggio penalistico, pertanto, che si puntualizza nel caso il fenomeno dell’*effetto diretto* della disposizione comunitaria ⁽⁴⁸⁾, il

⁽⁴⁶⁾ V. Corte cost., 10 aprile 2001, n. 105, in *Foro it.*, 2001, I, 2700.

⁽⁴⁷⁾ V. in generale sul tema PEDRAZZI, *L’influenza della produzione giuridica CEE sul diritto penale italiano*, in *Diritto penale. Scritti*, I, Milano, 2003.

⁽⁴⁸⁾ Il riferimento è ovviamente limitato alle tipologie di fonti comunitarie dotate di una simile efficacia, per cui vanno ricordati i regolamenti comunitari, i trattati e le direttive incondizionate e sufficientemente precise, non appena sia spirato il termine stabilito dalle medesime per l’adeguamento delle legislazioni nazionali, cfr. VIGANÒ, *Art. 51 c.p.*, in *Codice penale commentato*, a cura di Marinucci-Dolcini, Milano, 2006, 540 s., anche per gli essenziali riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

quale non comporta un effetto sostitutivo rispetto alla norma interna con essa contrastante, ma esclusivamente un effetto di preclusione alla relativa produzione di “effetti penali” in nome della sopravvenuta carenza di antigiridicità. Di contro, in nome del principio di certezza del diritto, l’incompatibilità della norma interna con le disposizioni comunitarie dotate di effetto diretto, per essere eliminata necessita dell’intervento - invero ad oggi occorso - di «disposizioni interne vincolanti che abbiano lo stesso valore giuridico di quelle da modificare»⁽⁴⁹⁾.

6. La seconda e conclusiva riflessione si concentra sulla pena, punto focale della decisione del Supremo Collegio. E su di una lettura costituzionalmente orientata proprio del *dictum* in ultimo pronunciato in materia dalla Corte di Giustizia, che “dirige” il giudice nazionale a disapplicare le disposizioni interne contrarie al risultato della direttiva, tenendo anche in debito conto il *principio della applicazione retroattiva della legge più mite* in quanto *parte delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri*, sulla scorta della premessa della non irrogabilità della pena reclusiva in risposta al fatto dell’irregolare permanenza dello straniero entro il territorio statale al seguito dell’ordine di allontanamento.

Per un verso, l’*attenzione* in questi termini sollecitata dal Giudice di Lussemburgo con riguardo all’*applicazione retroattiva della legge più mite*, convince di un dato: la retroattività favorevole non è un *necessario* principio comunitario⁽⁵⁰⁾, nel senso di assoluto ed inderogabile, e ciò vale a lasciar apprezzare condizioni di ragionevolezza e proporzione da parte del competente (in materia penale) legislatore nazionale, in linea con lo stesso orizzonte recentemente aperto dalla Corte europea dei diritti dell’uomo⁽⁵¹⁾.

Per altro verso, si spostano di nuovo i puntelli del rapporto d’equilibrio sapientemente costruito *in progress* tra i due ordinamenti, comunitario e nazionale, che al secondo ha da tempo riconosciuto il “dovere” di trasfondere in una legge la direttiva prescrittiva dell’obbligo di prevedere sanzioni penali a tutela di beni giuridici di rilievo comunitario, stabilendo in proprio il *quantum* della sanzione⁽⁵²⁾.

⁽⁴⁹⁾ CGCE, 15 ottobre 1986, causa 168/05, Commissione c. Repubblica italiana; CGCE, 7 marzo 1996, causa C-334/94, Commissione c. Repubblica francese.

⁽⁵⁰⁾ V. in proposito BERNARDI, *Brevi osservazioni in margine alla sentenza della Corte di Giustizia sul falso in bilancio*, in AA.VV., *Ai confini del «favor rei»*, a cura di Bin-Brunelli-Pugiotto-Veronesi, Torino, 2005, 34 s., 48; MASTROIANNI, *Vecchi principi e nuove interpretazioni nella sentenza della Corte di Giustizia sul «falso in bilancio»*, *ivi*, 258 ss.; TARTAGLIA, *La sentenza sul falso in bilancio: i «controlimiti» della Corte di Giustizia»*, *ivi*, 351 ss.

⁽⁵¹⁾ Cfr. CEDU, 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia, con nota di FALCINELLI, *L’“evoluzione” del principio di retroattività della legge più favorevole: un nuovo diritto fondamentale*, in www.diritti-cedu.unipg.it.

⁽⁵²⁾ Cfr. CGCE, Grande Sezione, 13 settembre 2005, causa C-176/03, Commissione

Sullo sfondo va dunque valutato il *generale* impatto della pronuncia in richiamo sul diritto penale interno, segnatamente sul piano del principio di legalità dei reati e delle pene e sullo specifico profilo della riserva di legge in materia penale⁽⁵³⁾, ivi dimostrandosi da un canto ribadita la competenza dell'Unione ad imporre agli Stati (l'adozione interna di) norme propriamente penali, laddove "indispensabili"⁽⁵⁴⁾, e, dall'altro, alla luce del principio di proporzione, abbandonata l'esplicita esclusione che vi rientri altresì la determinazione del tipo e del *quantum* di pena⁽⁵⁵⁾.

Nondimeno, la portata della pronuncia va ancora contenuta in linea con quell'ottica di stretto rispetto della logica penale nazionale di cui agli artt. 25, comma 2, e 117, comma 1, Cost., per cui, se il significato da ricondursi agli obblighi comunitari non pare allo stato attuale rintracciabile nel senso della "diretta ed immediata vincolatività" (come se la norma rimanesse già scritta dall'ordinamento sovranazionale), esso consente piuttosto di parlare, con riferimento ai legislatori nazionali, dell'esistenza, piuttosto che di obblighi, di oneri di tutela⁽⁵⁶⁾.

Le ultime battute. Si è detto essere stata acquisita la pregiudiziale statuizione comunitaria atta a sancire la disfunzionalità della misura sanzionatoria esistente rispetto alla teleologia della direttiva rimpatri; nondimeno, la rimarcata conseguenza della relativa disapplicazione - fatta propria dalla stessa Cassazione - non toglie ragione al doversi trattare (a rigore) di quella "forma" di disapplicazione che, innescata tramite giudizio incidentale di rinvio alla Corte costituzionale, rimane implicata proprio dalle dinamiche interne della sindacabilità della norma penale a fronte di una palesatasi situazione di contrasto col principio costituzionale di cui all'art. 117, comma 1, Cost.

Al contempo, entro gli stessi confini del sistema italiano va pure messa in "debito conto" la considerazione dell'applicazione retroattiva della legge penale

c. Consiglio UE. In tema VIGANÒ, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 1433 ss.; ID., *Norme comunitarie e riserva di legge statale in materia penale: i termini di una relazione (sempre più) problematica*, in *Quad. cost.*, 2006, 366 ss.; MANNOZZI-CONSULICH, *La sentenza della Corte di giustizia C-176/03: riflessi penalistici in tema di principio di legalità e politica dei beni giuridici*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, 899 ss.

⁽⁵³⁾ V. BERNARDI, *La competenza penale europea secondo la House of Lords*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2007, 196 ss.; PAONESSA, *La discrezionalità del legislatore nazionale nella cornice dei vincoli comunitari di tutela*, in *Criminalia*, 2007, 379 ss.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. in proposito le articolate riflessioni di SIRACUSA, *Verso la comunitarizzazione della potestà normativa penale: un nuovo "tassello" della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 241 ss.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. CGCE, Grande Sezione, 23 ottobre 2007, causa C-440/05, Commissione c. Consiglio UE.

⁽⁵⁶⁾ V. PAONESSA, *La discrezionalità del legislatore nazionale nella cornice dei vincoli comunitari di tutela*, cit., 382 ss.

favorevole: tanto vale - si è accennato - ad indicazione esegetica (di provenienza comunitaria) dell'applicarsi, a fronte del sopravvento di una causa giustificante, della disciplina intertemporale *ex art. 2 c.p.*, esecutiva dei principi costituzionali di *irretroattività sfavorevole assoluta* e di *retroattività favorevole ragionevole* segnati rispettivamente dagli artt. 25, comma 2, e 3 Cost.

È l'ulteriore spunto - che toccherà in diversa sede rivagliare pure guardando direttamente alla struttura delle riscritte fattispecie incriminatrici in indagine - per affrontare un ragionamento attorno all'operatività, nel caso, del limite generale sancito dal comma 5 del medesimo art. 2 c.p. rispetto alla successione retroattiva della legge favorevole. Ciò, non solo in quanto si riscontri aversi a che fare - anche e già all'esito di questo *primo passaggio europeo* di "reformatio" normativa - con una legge temporanea (o eccezionale) nel senso di norma integratrice costitutiva, *ex art. 51 c.p.*, di un diritto "a tempo", di libera circolazione nel territorio straniero che insorge dall'entrata in vigore "nazionale" della direttiva comunitaria e vige per un (generale) ventaglio cronologico minimo di sette giorni (fino al massimo di trenta).

Ma altresì guardando alle origini della formulazione penale dell'omissione rilevante, che nel descrivere l'accadimento significante di cui all'art. 14, comma 5 *ter*, d.lgs. n. 286/1998 usa(va) luminosi termini di "contingenza cronologica" in funzione definitoria dell'ordine di allontanamento del questore: esso si colloca nel contesto destinato ad aprirsi a partire da «quando non sia stato possibile trattenere lo straniero presso un centro di identificazione ed espulsione, ovvero la permanenza in tale struttura non abbia consentito l'esecuzione con l'accompagnamento alla frontiera dell'espulsione o del respingimento», per cessare allo scadere del «termine di cinque giorni» (comma 5 *bis*).

Certo, non può ora essere riattraversato l'argomento delle leggi *eccezionali e temporanee ex art. 2, comma 5, c.p.* in tutta la sua copiosa estensione, comprensiva dei singoli elementi costitutivi delle fattispecie criminose che la *voluntas legis* si sia apprestata a "temporalizzare"⁽⁵⁷⁾: sicché vanno sommariamente indiziate come temporanee quelle leggi nelle quali è stabilito un termine per la loro durata, vale a dire quelle che cessano di avere vigore ad una data prefissa, senza che occorra una nuova disposizione, di caratura abrogativa, per dichiararle estinte⁽⁵⁸⁾. Se ne segna così il carattere distintivo in quello della transitorietà esplicita, per essere il relativo periodo di vigenza predeterminato o predeterminabile a priori, tanto spiegando la *ratio* del "limitato" periodo di applicabilità, che si stringe attorno ai soli fatti commessi

⁽⁵⁷⁾ Sulla tematica, in generale, si rinvia a FALCINELLI, *La mappa cronologica dell'illecito penale: la disciplina del reato nel tempo e gli elementi del tempo del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 200 ss.

⁽⁵⁸⁾ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, 112. Si veda anche Cass., sez. III, 26 maggio 1999, p.m. in proc. c. Conotti ed altro, in *CED Cass.*, n. 214279.

nel tempo in cui simili leggi sono in vigore, ovvero “incondizionatamente ed esclusivamente” a tali fatti ⁽⁵⁹⁾.

La temporaneità che espressamente qui qualifica la legge è dunque da assumersi nel senso di durata che trova la chiusura del suo arco in una cadenza “certa”, resa tale dall’ancorarsi ad uno o più dati positivamente individuati: cioè la temporaneità assegnata da una norma giuridica. Quella stessa che avvolge il provvedimento in richiamo.

Alfine è chiaro: l’effetto generalpreventivo e dissuasivo di una legge incriminatrice che assuma un simile carattere di temporaneità - quand’anche “derivato”, *in parte qua*, dalla disciplina dedicata ad uno specifico requisito della tipicità penale, come è in ipotesi avanti all’ordine emesso dal questore - ove fosse lasciato sotto il governo dei commi 2, 3 e 4 dell’art. 2 c.p. sarebbe destinato a rimanere travolto dalla necessaria cessazione dell’efficacia della normativa medesima, alla cui data l’agente ben potrebbe contare sulla possibilità dell’introduzione di una legislazione più favorevole. Ed è pertanto, ragionevolmente lasciato al di fuori dei binari della “generale regola retroattiva”.

DANIELA FALCINELLI

⁽⁵⁹⁾ PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 162.

CORTE DI ASSISE DI PERUGIA – 29 ottobre 2010 – Pres. MASSEI
– Est. MICHELI – J.

Omicidio – Attenuante della provocazione – Delitto commesso nei confronti di persona diversa da quella che ha arrecato l’offesa – Configurabilità (c.p., artt. 575, 62 n. 2 c.p.).

In presenza dei requisiti dello stato d’ira, del fatto ingiusto altrui e del rapporto di causalità psicologica tra l’offesa e la reazione, l’attenuante della provocazione è configurabile anche laddove la reazione sia diretta contro persona diversa dall’offensore, ancorché appartenente al medesimo nucleo familiare (1).

Omicidio – Obbligazioni civili nascenti da reato di omicidio – Costituzione di parte civile dei componenti lo stesso nucleo familiare della vittima - Risarcimento del danno liquidato in via equitativa sulla base della qualifica dedotta nell’atto di costituzione di parte civile – Ammissibilità (c.p., art. 575; c.c., artt. 1226 e 2056).

Quando la vittima del reato di omicidio doloso è un minore di età, il danno di cui si chiede il risarcimento attraverso la costituzione di parte civile nel processo penale contro l'imputato, non è un danno biologico, né soltanto un danno morale nel senso tradizionalmente inteso di lesione dell'integrità psico-fisica della persona che lo invoca; il danno risarcibile non coincide neppure con lo stato di sofferenza che naturalmente consegue alla perdita di un prossimo congiunto, ma è l'interesse - giuridicamente meritevole di tutela, e facente capo a tutti i rispettivi componenti del nucleo familiare - all'intangibilità della sfera degli affetti reciproci e della scambievolmente solidarietà, circostanza questa che non richiede prova alcuna ma che discende dalla qualifica di genitore, padre, madre, fratello che è stata dedotta nell'atto di costituzione di parte civile (Fattispecie di omicidio di un giovane di anni 13, per la morte del quale la Corte di Assise di Perugia ha liquidato il danno in via equitativa ex artt. 1226 e 2056 c.c. ai prossimi congiunti conviventi con il minore sulla base della mera appartenenza al medesimo nucleo familiare della vittima) (2).

(Omissis). Il Procuratore della Repubblica ha esercitato l'azione penale nei confronti dell'imputato indicato in epigrafe, per i reati in rubrica, con richiesta di giudizio immediato: intervenuto all'esito il decreto del G.U.P. ex art. 455 c.p.p., veniva contestualmente fissata l'udienza dibattimentale dinanzi a questa Corte di Assise, in ragione della natura degli addebiti. Nel fascicolo formato ai sensi degli artt. 431 e 457 c.p.p. risultavano versati, fra l'altro:

- il certificato penale del prevenuto, che dà atto della sua pregressa incensuratezza;
- un verbale di sequestro del 3 maggio 2009, ore 03:00, concernente un camper "Fiat Arca Freccia 360" trg. RM*38326V, intestato a JB, una paratia in plastica del medesimo veicolo, varie porzioni di carrozzeria ed accessori di un diverso camper (uno specchio retrovisore, una tenda/veranda, più parti in plastica), indicate come custodite all'interno del mezzo sequestrato, un orologio da polso "Gucci" ed un telefono cellulare "Samsung";
- un secondo verbale di sequestro in pari data, ore 03:30, relativo all'autovettura "Alfa Romeo 155" trg. PD*B63701, intestata a JN;
- un terzo verbale di sequestro, sempre del 3 maggio 2009, ore 14:30, eseguito in quel di Vicenza ed avente ad oggetto il camper "Fiat Ducato" con targa belga PZW*700, indicato come appartenente all'imputato;
- ancora due verbali di sequestro eseguiti a Vicenza ed intestati a JC, il 3 maggio 2009 alle 15:30, quanto a indumenti vari (un paio

- di scarpe, un paio di pantaloni, due magliette) e ad un cellulare “Nokia” con relativa scheda *sim*;
- un ulteriore verbale di sequestro, di un portachiavi con annesse chiavi (due delle quali pertinenti al “Ducato” sopra ricordato), formato in Vicenza sempre il 3 maggio 2009, alle 16:00, recante l’indicazione che quanto acquisito era stato rinvenuto in possesso di MK;
 - un verbale di fermo di JC e SF (*alias* JN), eseguito a Vicenza il 3 maggio 2009 alle 18:30, con allegato decreto emesso dal P.M. presso il Tribunale di Perugia che recava per l’odierno imputato l’iniziale contestazione del delitto di strage, oltre a quella di tentato omicidio per lo SC, indicato come responsabile di avere attinto NN con una coltellata al fianco;
 - un verbale di perquisizione del 6 maggio 2009, relativo ai camper targati YUU*901 (menzionato come già sequestrato al suddetto S) e PZW*700: vi si precisava che, mentre l’atto eseguito sul primo veicolo veniva ultimato previo rinvenimento e sequestro di gioielli, banconote, documenti e altri beni (poi afferenti accuse mosse a SF/JN in un separato procedimento), non veniva dato completo corso a quello relativo al “Ducato” di JC, essendo state trovate numerose macchie di presunta natura ematica, oltre a indumenti anch’essi impregnati di sangue, un coltello da cucina ed una lama di coltello, senza manico ma a sua volta macchiata di sangue;
 - due verbali distinti di perquisizione e sequestro del 30 giugno 2009, eseguiti a Perugia con l’ausilio di personale di Polizia Scientifica, recanti le attività di repertamento e campionatura di macchie di presumibile sostanza ematica, oltre all’acquisizione della lama, della maglietta e della camicia già a suo tempo indicati come intrisi di sangue.

In vista dell’udienza, fissata per il 4 febbraio 2010, il Procuratore della Repubblica e il difensore dell’imputato presentavano rituali liste testimoniali; alla suddetta data del 4 febbraio, l’attività processuale si esauriva con l’ammissione delle parti civili indicate in epigrafe, nonché con l’autorizzazione alla citazione dei responsabili civili U.C.I. (Ufficio Centrale Italiano) e “AXA Assicurazioni S.p.a.”, corrente in Torino, come da richiesta della difesa dello J. Il difensore della società indicata da ultimo, per la successiva udienza, chiedeva di essere autorizzato a citare un testimone belga, che risultava peraltro firmatario di una dichiarazione in lingua francese vergata e sottoscritta il 7 dicembre 2009, offerta in produzione.

Il 3 giugno 2010, esaminate le questioni concernenti l’integrazione del contraddittorio ed il contenuto del fascicolo per il dibattimento, si dava corso alle richieste istruttorie delle parti: preso atto della convergente istanza per la trascrizione di intercettazioni telefoniche disposte nel

corso delle indagini preliminari, veniva subito conferito incarico peritale a tal fine, ai traduttori O e J. Concesso termine di trenta giorni per il deposito dell'elaborato, si decideva nel frattempo di iniziare l'escussione dei testimoni del Pubblico Ministero con rinvio al 9 giugno.

A quella data, si procedeva all'esame del primo teste, CAM (in servizio presso la Questura di Perugia), il quale ricordava di essere intervenuto nella zona di Balanzano a seguito della segnalazione di una presunta rissa, la sera del 2 maggio 2009: qui, in Via della Gomma, aveva riscontrato la presenza di tre camper in sosta, praticamente in fila - ma con l'ultimo un po' più distante - dinanzi ai capannoni delle ditte "Ortofrutta" e "SIM".

Sottopostegli le immagini di cui ai rilievi fotografici compiuti dalla Polizia Giudiziaria nell'occasione, il C riconosceva in effetti la disposizione dei veicoli che ivi risultava, precisando anche che nelle zone dove si notavano tracce ematiche (nel corridoio esistente fra le recinzioni delle due ditte sopra indicate e i primi due camper in sosta) giacevano due persone ferite, un uomo e una donna, che già ricevevano assistenza da equipaggi del "118": l'uomo era NN, successivamente deceduto. Secondo quanto appreso *in loco*, un ragazzino ferito gravemente - NNO, di cui era poi pervenuta la notizia della morte - era stato già portato via: tutte le persone che avevano riportato lesioni, in base alla dinamica riferita dai presenti, erano state investite da un altro camper, che era passato fra i primi due veicoli in basso e la recinzione della ditta "SIM", transitando sopra il marciapiede e - tenendo conto delle foto - dal basso verso l'alto; dopo avere superato il marciapiede (dove appunto aveva investito le persone offese), aveva deviato a destra passando sull'altro lato rispetto all'ultimo dei tre camper parcheggiati e dileguandosi verso la adiacente superstrada. A dire dei testimoni oculari identificati sul posto, il camper investitore si trovava inizialmente in posizione perpendicolare alle recinzioni, ancora più in basso dei primi due in sosta: era evidente comunque che fosse passato in un tratto di strada non destinata al transito, data la presenza del marciapiede e considerato che la circolazione di qualunque veicolo avrebbe dovuto svolgersi sulla destra dei mezzi in sosta, tenendo conto della visuale offerta dalle fotografie.

Via della Gomma era comunque aperta alla circolazione, con accesso e uscita soltanto al di sopra dei tre camper parcheggiati, visto che dall'altro lato vi era uno slargo senza sbocchi, idoneo solo a consentire l'eventuale inversione di marcia: e di camper allontanatisi, sempre a dire dei soggetti che avevano assistito ai fatti, ce n'erano stati due, uno dei quali - provenendo da una posizione di sosta prossima a quello che aveva provocato le drammatiche conseguenze che avevano determinato l'intervento della Polizia - si era regolarmente immesso sulla strada transitando a destra degli altri veicoli.

Notando altri particolari delle foto, il C dichiarava di non poter affermare se i paletti piegati sul marciapiede fossero stati colpiti dal camper investitore, o se si trovassero già in quello stato prima dei fatti, mentre imputava probabilmente al camper fuggito lo specchietto retrovisore rotto e presente sul selciato; parimenti al mezzo investitore doveva riferirsi la veranda piegata, che era andata a collidere con la parte superiore di uno dei due mezzi in sosta, rimanendovi adesa a contrasto, più precisamente conficcata nella mansarda. Dopo un po' era giunta la segnalazione di un camper sospetto, in quanto corrispondente a quello indicato dai testimoni (che il C non ricordava se avessero fatto anche il nome del responsabile, comunque non a lui).

Lo stesso C riferiva di non avere memoria:

- di tracce di frenata lasciate dal mezzo investitore (sentendosi però di escludere di averne viste);
- se dall'esame dei luoghi fosse emerso che le persone investite stessero cenando o fossero comunque sedute a tavola al momento di essere attinte dal camper fuggito, anche se vetri o suppellettili in frantumi ce n'erano sicuramente;
- del sequestro di coltelli o mazze, anche se alcuni dei presenti avevano parlato di un'aggressione con armi da taglio.

Sulle ragioni dell'accaduto, il teste rappresentava che era emerso un contrasto fra appartenenti a famiglie diverse, con un'aggressione portata a qualcuno che poi aveva reagito in modo estremamente violento.

Il teste CS, appartenente alla Squadra Mobile della Questura di Perugia, dichiarava parimenti di essersi portato nella zona di Via della Gomma a seguito della segnalazione di una rissa, e qui aveva appreso della morte di due soggetti, uno dei quali minorenne.

Aveva poi curato l'assunzione di informazioni da parte dei soggetti presenti, da cui era emerso che gli investitori si erano allontanati con camper o furgoni recanti targa belga, senza precisare se la responsabilità di quel che era successo fosse di entrambi i conducenti o di uno solo: si era quindi presunto - sempre in base alle indicazioni raccolte - che si dirigessero verso il Veneto, ed erano state attivate intercettazioni telefoniche su alcune utenze accertate nel frattempo. Dall'ascolto si era appurato che il mezzo ricercato si trovava verosimilmente ad Arzignano (in base al contenuto delle conversazioni ed alle celle attinte); visto che, sempre dal contenuto delle intercettazioni, si comprendeva anche che il fuggitivo era ferito alla testa, gli inquirenti avevano proceduto a controlli presso gli ospedali della zona, tuttavia con esito negativo.

Sempre in base a una telefonata, probabilmente al padre, si era accertato che il ricercato descriveva come una specie di zona boschiva il luogo dove si stava nascondendo: proprio il C, controllando le aree con

quelle caratteristiche, lo aveva rintracciato nella boscaglia. Lo J era solo, ed aveva inizialmente tentato di nascondersi, mettendosi poi ad armeggiare con il cellulare come se volesse smontarlo: aveva una vistosissima ferita alla testa, verosimilmente provocata da un corpo contundente, e gli indumenti con evidenti macchie di sangue.

Il Dott. SP, Consulente Tecnico del P.M., riferiva sugli esiti delle autopsie da lui effettuate sulle salme dei due defunti, nonché sulle valutazioni medico-legali formulate in ordine alla donna rimasta ferita.

Nel caso del minore, sosteneva di aver riscontrato lesioni esterne molto rappresentative (escoriative e lacero/contusive) e in più settori, con a livello interno multiple fratture con lesività di tipo emorragico (al cranio, alle clavicole, alla caviglia destra); l'adulto aveva invece lesioni esterne meno vistose, ma nel corso della laparotomia cui era stato sottoposto erano emerse la rottura del fegato e della vescica, e presentava inoltre fratture al torace con interessamento dei polmoni e forte emorragia, che aveva provocato un conseguente *choc*. DJ, invece, era stata ricoverata solo per due giorni, ed aveva una lesione al vertice del capo, una lacerazione al labbro superiore (entrambe suturate), quindi due fratture agli arti superiori (una al polso sinistro, una al quarto dito della mano destra); la prognosi indicava lesioni stabilizzate entro i 40 giorni, senza che la periziata versasse mai in pericolo di vita, con un pur modesto indebolimento della funzione estetica.

Secondo il C.T., le lesioni erano tutte compatibili con l'ipotesi di un investimento; per l'eventuale arrotamento dei corpi non si erano riscontrati segni obiettivi, mentre quanto al trascinarsi se ne potevano ravvisare - pur ritenendo il Dott. S trattarsi di una ricostruzione improbabile - per il minore, in particolare quelle al capo, anche se avrebbero potuto essere determinate dalla caduta.

In ordine alla posizione dei corpi delle persone al momento di subire le azioni lesive, il consulente segnalava che la bilateralità delle fratture alle clavicole (in un soggetto alto m. 1,55) suggeriva un impatto diretto in quella zona, con il ragazzo probabilmente in piedi dinanzi al mezzo investitore, e una successiva proiezione al suolo; anche NN poteva essere in piedi e in posizione frontale verso il mezzo investitore (per le fratture costali e le lesioni interne), ma la presenza di una frattura vertebrale poteva far pensare a un colpo alla schiena e ad una successiva proiezione a terra che avrebbe determinato le altre lesioni (il Dott. S riteneva comunque più probabile la prima ricostruzione, imputando la frattura alla schiena alle conseguenze della caduta); la D presentava lesioni forse indicative di un urto contro una struttura rigida prossima, nel tentativo di sfuggire all'investimento scappando di lato, oppure di una collisione con il mezzo e successiva proiezione al suolo (giacché palesava anche lesioni ad un polpaccio e ad un gluteo).

Rispondendo a specifiche domande, il C.T. del Pubblico Ministero

affermava di non avere elementi per concludere con certezza se i feriti fossero stati colpiti dalla parte frontale o laterale del camper; certamente, invece, l'uomo adulto non era stato attinto da armi da taglio.

All'esito della deposizione, veniva acquisita la relazione curata dal Dott. S.

Rinviata la trattazione del processo all'udienza del 15 luglio, il giorno precedente perveniva presso la Cancelleria un fascicolo relativo alle attività di repertazione e documentazione delle tracce ematiche rinvenute sul "Ducato" dell'imputato, con allegati rilievi fotografici (fascicolo che prima della discussione veniva acquisito formalmente su istanza del P.M., consentendo alla difesa di esaminarlo anche se materialmente versato in atti da tempo).

Il 15 luglio, avendo i Periti depositato l'elaborato con la trascrizione e traduzione in italiano delle conversazioni telefoniche intercettate, venivano escussi la O e lo J, i quali si riportavano alle risultanze dello scritto; quindi si procedeva all'esame di soggetti che secondo la lista testimoniale risultavano essere stati presenti all'azione omicidiaria.

NG, nipote del defunto N, dichiarava che quel giorno erano in famiglia e stavano mangiando, quando avevano visto i camper di due fratelli che già conoscevano, ciascuno con moglie e figli al seguito (senza che tra loro vi fossero mai stati attriti) e li avevano invitati. Quelli avevano accettato ed avevano pranzato tutti assieme, poi a un certo punto C era andato con un altro signore - T, detto "B" - a prendere della carne, mentre il fratello dell'imputato, G, aveva dormito per una mezz'oretta o quaranta minuti nel suo camper.

In seguito, precisando gli orari, sosteneva che non avevano l'abitudine di mangiare sempre alla stessa ora, e che quel giorno all'arrivo degli J erano le 15:30 circa (prendendo atto dietro contestazione di aver riferito alla P.G. nel corso delle indagini che erano invece le 16:30 / 17:00); l'imputato e B si erano assentati più o meno per due ore. Durante quell'assenza, il fratello di C era ad un certo punto tornato in mezzo ai N ed aveva avuto una discussione, per motivi che il teste sosteneva di non aver capito anche a causa di musica che suonava ad alto volume, con il defunto N, e quest'ultimo gli aveva dato uno schiaffo; i presenti erano intervenuti per dividerli, anche se N si era limitato a quello schiaffo, non forte, e non aveva realizzato una vera e propria aggressione violenta, sicché la cosa era finita lì. Dopo un po' l'imputato era tornato e il fratello gli aveva raccontato qualcosa, allora C era andato dallo zio del testimone con due coltelli e glieli aveva puntati alla gola prendendolo da dietro; tutti si erano spaventati, piangendo disperati, sicché il teste non aveva notato come avesse fatto lo zio a liberarsi da quella presa, o se fosse stato lo J a lasciarlo.

Ricordava però che l'imputato aveva preso a girare fra i membri della

famiglia N con il coltello in mano, come se volesse colpire qualcuno, e nel frangente anche il fratello aveva preso un coltello, sferrando colpi assieme a C sulle carrozzerie dei camper degli altri.

Interrogato più analiticamente su cosa avessero in mano i due J, NG rispondeva che avevano coltelli e un bastone (che secondo il suo ricordo teneva C, il quale l'aveva usato per spaccare il parabrezza di uno dei mezzi in sosta).

Ancora dietro contestazione, il teste prendeva atto di aver riferito agli inquirenti solo del coltello che aveva G, e non di quello o quelli che aveva C, adducendo la spiegazione che forse il particolare gli era sfuggito per lo *choc*, e confermando comunque che C ne aveva sicuramente due e G uno, forse due anche lui. Sulla evidente difficoltà per un uomo di tenere contemporaneamente due coltelli e un bastone, il N affermava di non sapere se quando aveva visto impugnare il bastone l'imputato avesse ancora tutti e due i coltelli in mano, e poteva darsi che uno l'avesse appoggiato o buttato.

Nel prosieguo, sempre stando alla ricostruzione del testimone, egli aveva visto una coltellata sferrata all'indirizzo dello zio, pur sapendo che dall'autopsia non era risultata; per effetto di contestazioni, emergeva che in precedenza il N aveva riferito di una coltellata con cui il fratello di C aveva colpito N al fianco, aggiungendo che C aveva poi investito lo stesso N una volta che questi si era rialzato da terra. Sul punto, il teste diceva di non sapere se il fratello dell'imputato avesse o no colpito suo zio, ma il gesto di colpirlo l'aveva fatto, anche se poi di sangue non se n'era visto; precisava comunque che per qualche minuto la situazione sembrava tornata alla calma, prima del tragico epilogo, e in ogni caso teneva a sottolineare di ricordare meglio al momento della deposizione, piuttosto che nell'immediatezza dei fatti.

Alla fine, secondo il suo racconto, i due fratelli erano saliti sui loro camper, che avevano lasciato davanti al primo dei veicoli ritratti nelle foto, ma sistemati di fronte ed erano andati via: C, però, era passato tra i mezzi parcheggiati e la recinzione, piegando alcuni paletti di ferro sul marciapiede, mentre quello del fratello era transitato normalmente sulla strada, un secondo prima.

A dire del teste, tutti e due andavano forte, ed aveva udito distintamente il gas del camper dell'imputato - che aveva notato sul posto di guida, con entrambe le mani sul volante - spinto al massimo. Il N precisava di essersi trovato assieme con altri parenti, fra cui NR, sulla linea del camper investitore, che l'aveva appena sfiorato, mentre N, la moglie e N (figlio di un fratello di N) non avevano potuto evitarli: in tutto, nel corridoio fra i camper parcheggiati ed il muro della recinzione dei capannoni antistanti, c'erano una quindicina di persone, tra cui alcuni bambini. Le persone investite, a dire del testimone, erano state colpite

dalla parte frontale del camper, mentre stavano correndo per scappare via, trovandosi vicine l'una all'altra: ne aveva notato i corpi uscire da sotto le ruote del veicolo, e si muovevano ancora. Il N dichiarava infine di non saper dire se qualcuno avesse colpito con qualcosa C alla testa, escludendo comunque che qualcuno della sua famiglia avesse bastoni o coltelli. JB, madre del tredicenne NN deceduto a seguito dei fatti, dichiarava di non avere mai conosciuto in precedenza l'imputato o il di lui fratello, sostenendo che essi sistemavano di norma i loro camper nello stesso campo occupato da quelli della sua famiglia, ma qualche centinaio di metri più in là. La donna precisava che i membri del gruppo N erano su tre camper, e si erano fermati lungo quella via per mangiare, preparando della carne alla griglia: per quanto ne sapeva, suo figlio e suo cognato avevano incontrato i due fratelli già ricordati in un bar, e li avevano invitati per pranzare tutti insieme, sicché C e l'altro erano arrivati a mezzogiorno o forse l'una, parcheggiando i loro mezzi più avanti e intrattenendosi con i N fin verso le tre o le quattro del pomeriggio. A quell'ora, C e "B" avevano detto che intendevano recarsi a comprare altra carne perché era finita, così da avere qualcosa per la cena: G, il fratello dell'imputato, era andato a dormire nel suo camper, e tutti gli altri erano rimasti a parlare tranquillamente, con lo stereo acceso. Dopo poco, lo stesso G era però tornato verso di loro, rivolgendosi a NN (altro cognato della dichiarante): la J aggiungeva di ignorare cosa i due si fossero detti e quale fosse il motivo delle proteste di G, ma aveva visto N dargli uno schiaffo. I presenti si erano messi subito in mezzo, dividendo i due uomini, e la situazione si era immediatamente calmata. Chiestole se qualcuno avesse capito, anche in seguito, cosa fosse davvero accaduto fra NN e il fratello dell'imputato, la donna replicava che nessuno aveva fatto domande in proposito al loro congiunto, o forse qualcuno gli aveva chiesto la ragione di quel problema ma egli non aveva detto niente. Una volta tornato, dopo un'assenza di un'ora e mezza o giù di lì, C - che la teste escludeva fosse ubriaco, al pari di "B" - si era subito agitato sentendosi raccontare i fatti dal fratello, ed aveva cominciato a minacciare di morte N: era entrato nel suo camper, aveva preso due coltelli grandi ed aveva quindi afferrato lo stesso N puntandogli le lame verso la gola. Tutti avevano preso a piangere per lo spavento ed a supplicare l'aggressore, ed in quel frangente concitato N - senza che la teste si fosse resa conto di come vi fosse riuscito - si era liberato dalle mani dell'imputato, che però aveva proseguito a minacciare un po' tutti, venendo verso di loro assieme al fratello (che aveva a sua volta un coltello) agitando le braccia armate e correndo nella loro direzione. La J dichiarava di aver visto G sferrare una coltellata a N, ma di non sapere se questi fosse stato colpito: dietro contestazione, emergeva che ella aveva riferito alla P.G. che la coltellata, al fianco, era

sicuramente stata inferta, e in un'occasione aveva detto che l'autore del gesto non era stato il fratello ma lo stesso imputato. Messa dinanzi a tali divergenze, la donna sosteneva di non ricordare più se fosse stato l'uno o l'altro, dicendosi comunque sicura che entrambi avevano dato coltellate sulla fiancata e sul cofano dei camper dei N (in mano a C la J sosteneva di aver notato anche un bastone, spiegando che forse poco prima egli aveva passato uno dei coltelli al fratello), per poi dirigersi verso i loro veicoli mostrando di volersene andare. Secondo la teste, G aveva fatto un po' di manovre con il suo camper, senza avvicinarsi con il mezzo ai N, mentre l'imputato non aveva fatto manovre di sorta, venendo subito addosso a loro. La donna precisava di essersi trovata fra i veicoli della sua famiglia e la recinzione, non ricordando se fosse posizionata prima o dopo gli investiti: aveva visto C andare sempre dritto, senza fare zig zag, dicendosi certa che se non si fosse spostata sarebbe stata investita a sua volta. Aggiungeva di non aver neanche fatto in tempo a rendersi conto di chi fosse rimasto ferito in mezzo alla strada, e solo dopo aver visto due corpi colpiti e passati sotto le ruote del camper si era reso conto che si trattava del cognato e del figlio. A suo dire, il camper condotto dall'imputato andava molto veloce, per quanto fosse reso possibile dal tratto di strada, ed aveva piegato i paletti sul marciapiede: ricordava che la veranda non era aperta, mentre lo era quella di uno dei mezzi della sua famiglia (comunque quella rimasta conficcata in uno dei veicoli in sosta era la veranda di quello di C). Dichiarava infine che l'imputato era da solo quando era entrato nel proprio camper, e non c'era nessuno attorno a lui che lo stava malmenando o aggredendo: escludeva di aver visto C ferito, né che qualcuno l'avesse colpito, sottolineando ancora che c'era tanta agitazione, con un sacco di bambini che piangevano. NR, altro figlio della J, confermava che i camper di C e del di lui fratello erano più in fondo, uno a fianco dell'altro circa 20 metri oltre quelli della famiglia N, e con le parti frontali in direzione opposta agli altri veicoli in sosta. Ribadiva che avevano mangiato insieme, dopo di che l'imputato e "B" (che era il proprietario del terzo camper messo in fila) erano andati a fare la spesa, mentre G era andato a dormire per un po'; passato un periodo non meglio precisato, lo stesso G era uscito dal proprio camper andando verso NN, e c'era stato un alterco a parole. Il teste riferiva di non sapere cosa quei due si fossero detti, ma aveva percepito il gesto di N di dare uno schiaffo all'altro: egli stesso si era però messo di mezzo, e la cosa era finita subito. Al ritorno di C, che anch'egli escludeva fosse ubriaco, questi aveva affrontato N (zio del testimone), mostrandosi in possesso di due coltelli: in particolare, aveva preso NN da dietro incrociando le braccia attorno al suo collo, e nel frangente aveva visto G sferrare una coltellata allo stesso N, senza rendersi conto se il colpo fosse andato a segno perché non aveva notato

sangue. Anche in questo caso, dalle contestazioni delle parti risultava che NR aveva dichiarato alla Polizia Giudiziaria che l'autore della coltellata era stato proprio l'imputato: in una seconda occasione, escusso unitamente alla madre, aveva riferito che G aveva sferrato il colpo di coltello e che C aveva investito NN non appena questi, già ferito, si era rialzato. Ad un certo punto, il teste aveva visto lo zio libero dalla presa di C, senza rendersi conto di come gli fosse stato possibile sfuggirgli, poi aveva notato l'imputato con in mano anche un bastone, con cui sferrava colpi addosso a uno dei camper dell'altra famiglia: in quel momento aveva cercato in prima persona di fermarlo, ma quello aveva reagito mordendogli un dito. Di fatto, a dire del N, tutti i membri della sua famiglia scappavano per la paura - anche se di uomini adulti in grado di contrapporsi agli J ce n'erano sette - e non avevano cercato di fraporsi ad alcuno, mentre i due fratelli loro ospiti correvano di qua e di là facendo il gesto di colpire tutti, bambini compresi. In breve si erano però calmati, dirigendosi verso i propri camper; G era andato via normalmente sulla strada, invece C aveva accelerato al massimo passando dritto sul marciapiede senza zigzagare e investendo chi si trovava davanti, poi era passato in mezzo fra il secondo e il terzo camper (quello di "B") dileguandosi definitivamente. Precisava di aver visto C, la cui veranda era rimasta conficcata su uno dei mezzi parcheggiati e che aveva piegato un paletto di ferro sul marciapiede, guidare normalmente con entrambe le mani sul volante, e senza mai che egli se ne tenesse una sulla testa: escludeva altresì di averlo veduto sanguinante. Esaurite le testimonianze dei membri della famiglia N, le parti si accordavano per la produzione dei vari verbali delle dichiarazioni rese dai medesimi nel corso delle indagini, anche in ragione delle numerose contestazioni mosse. All'udienza del 16 settembre 2010, perdurava l'irreperibilità dei residui testimoni del P.M.: sul conto di DJ - mai escussa a verbale - si appurava peraltro l'esistenza di un ordine di carcerazione rimasto ineseguito. Il Procuratore della Repubblica chiedeva pertanto di produrre il verbale delle sommarie informazioni rese a suo tempo da MT (il più volte ricordato "B"), al fine della acquisizione mediante lettura ex art. 512 c.p.p., anche in ragione di una iniziale identificazione a mezzo di carta d'identità e della allegazione di una stabile residenza, elementi tali da far ritenere imprevedibile la successiva impossibilità di rintracciarlo. La Corte disponeva in conformità. Questo il tenore delle dichiarazioni rese dal M alla Polizia Giudiziaria, il 2 maggio 2009 alle 23:50, perciò nell'immediatezza dei fatti: *«Sono arrivato a Perugia ieri pomeriggio intorno alle 16:00 a bordo del mio camper "Mercedes" modello "Rimor", non ricordo la targa ma è italiana, insieme a mia moglie di nome BS e i miei 5 bambini di nome J, B, G, D e R. Non è la prima volta che vengo a Perugia, infatti sono venuto anche il 19 di aprì-*

le per la Pasqua ortodossa. Ho raggiunto la famiglia N in località Balanzano dove abbiamo passato la notte. Oggi, verso le 14:00, mentre le nostre donne preparavano il pranzo, insieme ai due ragazzi che sono con me in questo momento nei vostri Uffici siamo andati a prendere delle bibite presso il bar - ristorante che si trova a cento metri dal nostro accampamento. All'esterno ho visto due camper con targa belga, marca "Ducato", di cui uno modello "Elnagh", entrambi mansardati (posti letto sopra la cabina). All'interno del bar ho notato un mio connazionale che io chiamo C, di anni 24. Lo descrivo: corporatura robusta, carnagione scura, capelli neri media lunghezza lisci, barba incolta, viso ovale, alto circa 1,60 / 1,65. Lo stesso stava consumando, all'interno dell'esercizio, una birra. Abbiamo consumato insieme, e dal momento che non lo vedevo dall'anno scorso, lo abbiamo invitato a pranzo presso il nostro accampamento. Noi siamo partiti prima, e dopo circa 20 minuti è arrivato insieme al fratello e le loro famiglie con i due camper. Premetto che il fratello è più giovane di lui di due anni. Entrambi hanno tre o quattro figli. Abbiamo pranzato, e verso le 17:00 il fratello più giovane è andato a riposare perché aveva bevuto abbastanza. Verso le 18:00 circa sono andato insieme a C a Ponte San Giovanni con la mia autovettura "Mercedes" di colore blu, classe "C", in un supermercato vicino ai Carabinieri, dove ho acquistato altra carne per la cena. Prima di ritornare nell'accampamento ci siamo fermati a prendere le sigarette al tabacchi nell'area del distributore prima dell'immissione nella "E-45", direzione Balanzano. Credo che saranno state le 19:30. Giunti all'accampamento ho notato che il fratello di C stava parlando a voce molto alta con un altro componente dell'accampamento, che al momento non ricordo il suo nome ma so che è lo zio del ragazzo deceduto. Io personalmente non capivo la motivazione della discussione, ma non facevo in tempo a fermare del tutto la mia autovettura che C scendeva immediatamente dalla macchina e correva in direzione di suo fratello, che mi è stato riferito chiamarsi G ma non so se è il suo vero nome. Dopo aver parcheggiato regolarmente la mia autovettura, scendevo dall'auto e dicevo a mia moglie BS di prendere i nostri cinque figli e di entrare immediatamente nel camper di nostra proprietà. Immediatamente dopo mi sono messo a correre in direzione di C e di suo fratello G cercando di calmare la discussione; al mio arrivo notavo sia C che G che stavano brandendo dei coltelli in direzione dello zio del ragazzo deceduto. Continuavo nel tentativo di calmare gli animi, nel frattempo giungeva anche mia moglie che anch'essa tentava un'opera di persuasione. Durante la lite notavo C che con un gesto fulmineo riusciva a prendere alle spalle lo zio del ragazzo deceduto, puntandogli il coltello alla gola minacciandolo. Io riuscivo a dissuaderlo dal suo gesto e riuscivo a farmi consegnare l'arma da lui brandita, che ho dato immediatamente alla moglie di C. A questo punto ho sentito

G che invitava il fratello C ad allontanarsi ed a salire sui propri camper. Vedendo che la discussione era terminata, i due ragazzi entravano nei loro camper, mi allontanavo e mi dirigevo in direzione del mio camper dove era il resto della mia famiglia. Faccio presente che avevamo parcheggiato i nostri camper in fila, mettendo le relative verande con i tavolini e le sedie fuori per mangiare. I due camper di G e C erano parcheggiati alla fine della fila. G usciva dal parcheggio effettuando una normale retromarcia, mentre C con il proprio camper a forte velocità passava tra il marciapiede e i tavolini, dove vi erano i nostri familiari. Alcuni di loro venivano travolti. C non si è fermato ed è uscito dal parcheggio a velocità sostenuta. Mi rendevo subito conto della gravità dell'accaduto e notavo un ragazzo privo di sensi disteso a terra, imbrattato di sangue. Unitamente ad altri, abbiamo caricato il ragazzo nella mia autovettura e partivo unitamente alla madre e il fratello del ragazzo ferito alla volta dell'Ospedale. Giunti sul posto siamo stati immediatamente soccorsi da personale medico. Pochi minuti dopo personale medico ci riferiva che il ragazzo era deceduto. Siamo giunti in questi uffici con personale in borghese della Polizia. Presumo che sia G che C abbiano una dimora fissa nella zona di Rovigo, anche se ieri sera parlando mi riferivano di provenire da Verona. Voglio aggiungere che gli stessi si fermano saltuariamente non solo nella zona di Balanzano ma anche nella zona di Magione». Il verbale si concludeva con l'attestazione del riconoscimento del sedicente C nella persona ritratta nella foto n. 3 dell'album, recante sei fotografie e sottopostogli in visione, allestito da personale della Squadra Mobile: foto corrispondente appunto a JC, nato il 30 giugno 1985. In un successivo verbale del 3 maggio, ore 17:20, il M dichiarava di riconoscere anche la persona effigiata nella foto n. 5 di un diverso album, indicandola come il fratello dell'altro soggetto riconosciuto, a lui noto come G; gli Ufficiali di P.G. davano atto trattarsi di SF, nato nel 1988. Esauriti i testimoni del Pubblico Ministero, si dava corso all'esame dell'imputato, parimenti richiesto dal Procuratore della Repubblica. Lo J, che si dichiarava disposto a rendere l'esame, sosteneva innanzi tutto che gli era stato riferito che mentre scappava alcune persone erano rimaste investite, precisando però di non averle viste e di non essersene accorto. Affermava in particolare che, muovendosi nella direzione secondo la quale il camper si trovava parcheggiato, egli era andato via diritto davanti a sé; ammetteva di essere transitato tra gli altri camper in sosta e la recinzione, senza però rendersi conto che ci fosse della gente e di averne investita, perché in quello stesso momento veniva picchiato (in prosecuzione di percosse già subite in precedenza) attraverso il finestrino, e gli avevano fatto cadere le chiavi che era stato costretto a raccogliere rannicchiandosi sul sedile, rimanendo in quella posizione pure a motore avviato, per sfuggire all'aggressione. Illu-

strando la dinamica dei fatti che lo avevano portato ad intrattenersi con i N, il prevenuto sosteneva di non aver mai conosciuto alcuno fra gli appartenenti a quella famiglia, tranne il M, che peraltro si stava solo per imparentare con loro: precisava di avere incontrato "B" in un bar assieme ad altri che gli erano appunto stati presentati con quel cognome, ed aveva appreso che uno dei N aveva chiesto la mano della figlia di "B", sicché era in programma una cerimonia in vista del matrimonio da organizzare. Lo avevano allora invitato a partecipare al pranzo assieme al fratello, alle rispettive mogli ed ai bambini, anche perché nel conversare era venuto fuori che la moglie dell'imputato era una mezza parente degli stessi N. Recatisi dove gli altri stavano preparando da mangiare, avevano in effetti pranzato assieme, bevendo del vino, anche se lo J sottolineava di aver bevuto meno degli altri commensali, al pari del M; durante il pomeriggio era stato invitato dalla moglie ad andare a fare la spesa perché mancava il latte per i bambini, sicché si era assentato proprio con "B", tornando verso le 19:30. Al rientro, già nel dirigersi verso il camper di "B" aveva notato una fila di 5 o 6 persone davanti al veicolo del fratello, accorgendosi che quest'ultimo era seduto in terra e stava subendo percosse, oltre ad offese verbali. L'imputato si era allora diretto verso quella gente, e uno dei N - di uomini di quella famiglia ce n'erano più o meno 7 - lo aveva preso a pugni, cui aveva reagito senza neppure rendersi conto dei motivi della contesa; nel frangente, uno degli aggressori gli aveva dato una sprangata in testa, facendolo subito sanguinare copiosamente e provocandone la caduta. Era stato il suddetto "B", allora, ad intervenire d'autorità, rimproverando i N perché stavano maltrattando un ospite da lui invitato, mentre la moglie del M - una donna assai alta e robusta - aveva prestato soccorso allo J, aiutandolo a rialzarsi. Tuttavia, a causa della botta ricevuta e del sangue che continuava a perdere, il prevenuto era scivolato un'altra volta a terra, e i N avevano ripreso a sferrargli calci, talmente numerosi e forti da farlo rimanere sveglio (l'imputato esprimeva la convinzione che altrimenti avrebbe perso i sensi a causa della sprangata). Il fratello lo aveva allora esortato a rialzarsi ancora ed a scappare, mentre le donne della famiglia N cercavano di convincere i propri uomini a lasciarli stare, visto che tutto era nato da un contrasto fra uno di loro e il fratello dell'imputato, con botte prese e ridate al contempo. Raggiunto a fatica il proprio camper, che aveva lasciato con il finestrino abbassato sia perché in sosta sia per la temperatura primaverile piuttosto calda, lo J si era accinto a tirar fuori le chiavi di avviamento dalla tasca, quando uno degli aggressori gli si era avvicinato dal lato del conducente e attraverso il finestrino aperto aveva preso a dargli pugni ed a tirargli i capelli, addirittura facendogli sbattere la testa sulla portiera: le chiavi, a quel punto, erano cadute, e l'imputato era riuscito a fatica a recupe-

rarle mettendo in moto e avviando la marcia, sempre a testa accucciata perché l'altro continuava a picchiarlo. Secondo il racconto del prevenuto, egli era riuscito a rialzarsi solo dopo che il veicolo si era messo in moto, nel giro di qualche secondo, e in quel momento aveva distinto la strada trovandosi oltre gli altri camper in sosta, senza nessuno che gli si ponesse davanti. Ripensando a quel frangente, sosteneva di non riuscire a capire nemmeno cosa potessero fare tante persone davanti al suo camper, ribadendo di non essersi accorto di avere investito uno o più individui: l'unico rumore da lui percepito era stato quello della veranda, che era rimasta aperta. Alla domanda del P.M. sul perché, essendo gravemente ferito e convinto di non aver fatto del male ad anima viva, non si fosse recato in Ospedale a farsi curare, lo J rispondeva che era stata la moglie a consigliarlo di non andare troppo in giro, non disponendo di documenti in regola, dicendogli che sarebbe stato meglio raggiungere un loro "compare" ad Arzignano, onde ricevere aiuto. Solo più tardi, parlando al telefono con la madre che nel frattempo aveva ricevuto delle informazioni in proposito, l'imputato aveva saputo dell'investimento, non ancora delle conseguenze che ne erano derivate; poi l'aveva chiamato il padre per dirgli che anche lui sarebbe stato costretto ad abbandonare la casa per timore dei N, facendogli capire che era successo qualcosa di grave. Emergendo poi dalle intercettazioni che in alcuni passi sembrava essere il padre a fornirgli una versione da prospettare a chi gli avesse chiesto conto dell'accaduto (nel senso di spiegare di essere stato colpito e di avere avuto solo l'intenzione di scappare, senza essersi accorto di altro), lo J replicava di avere già illustrato al padre, nelle prime conversazioni tra loro rimaste non intercettate perché avvenute prima di attivare le operazioni, la dinamica dei fatti: il genitore si era così limitato, nelle telefonate seguenti, a ribadire quei dati già assodati, affinché egli non se ne dimenticasse. In ordine al camper, l'imputato ammetteva che l'intestazione a BR, cittadino belga, era solo di comodo: si trattava di un suo conoscente, che gli aveva fatto il favore di lasciar figurare la proprietà del veicolo in capo a lui, così come la titolarità del relativo contratto di assicurazione, ma il prezzo era stato pagato dallo stesso J, e il B non l'aveva mai neppure guidato. Aggiungeva di non essere titolare di patente, anche se aveva frequentato l'autoscuola e sapeva guidare: peraltro, il camper era sostanzialmente la sua casa, oltre che il mezzo per spostarsi su e giù per l'Italia onde procurarsi di che vivere (il prevenuto indicava come propria attività quella di comperare articoli di abbigliamento, soprattutto pigiami e ciabatte che acquistava presso cinesi dalle parti di Padova, per poi rivenderli come ambulante nei mercati, spesso nella zona di Perugia). Tornando a parlare dei momenti della presunta aggressione da lui subita, lo J riconosceva nella tavola n. 2 allegata alla relazione del proprio C.T. Ispet-

tore V la dislocazione dei mezzi in sosta, indicando che il suo camper e quello del fratello erano abbastanza vicini a quelli della famiglia N, con il muso rivolto nella direzione opposta: il luogo dove aveva visto il fratello a terra, al momento di rientrare sul posto con il M, si collocava più o meno fra il suo camper e quello dello stesso fratello, e sempre in quell'area egli era stato colpito alla testa. Una volta rialzatosi, l'imputato dichiarava di essere scivolato e nuovamente caduto all'altezza del mezzo del congiunto, e per scappare aveva fatto il giro passando a sinistra dei due camper, arrivando così allo sportello lato guida del suo (in quel momento, la moglie ed i figli erano già dentro, con la donna a pregarlo di andar via perché altrimenti li avrebbero ammazzati). Lo J negava decisamente di avere impugnato coltelli o bastoni, ribadendo di essere andato subito nella zona in cui aveva visto il fratello subire l'aggressione, senza avere il tempo di capire cosa stesse succedendo o di procurarsi armi di sorta. Preso atto che risultavano vetri rotti dei camper dei N, così come danni alla carrozzeria dei medesimi, apparentemente provocati da colpi di coltello, il prevenuto riteneva che forse erano stati proprio quegli altri ad avere gesti di rabbia e di sconforto dopo aver visto i loro parenti rimasti gravemente feriti. Infine, circa il comportamento tenuto nel vicentino prima di essere rintracciato, lo J sottolineava che nell'andare in cerca di aiuto dal suo conoscente di Arzignano versava ancora in stato confusionale: lo stesso "compare" gli aveva detto di temere di poter essere rintracciato dai N, facendogli capire che aveva paura, così si era messo a vagare per un po' senza volersi sottrarre alla giustizia, mirando solo a mettere prima al sicuro moglie e figli. MK, coniuge dell'imputato, dichiarava di voler rendere testimonianza pur venendo avvertita della facoltà di astenersi dal deporre. Affermava di essere venuta a Perugia con la famiglia al fine di vendere la merce che si erano procurati a Padova, decidendo poi di restare qualche giorno in più in occasione della festa del 1 maggio; durante la giornata del 2, il marito era tornato dopo essere stato al bar dicendo di avere visto "B" che li aveva invitati ad una festa, ed allora erano andati tutti là, con la macchina di "B" davanti, il loro camper dietro e il camper del cognato a chiudere la fila (peraltro il fratello del marito era a Perugia anche con una macchina in più). La teste confermava a sua volta la dislocazione dei veicoli di cui alla tavola 2 sopra ricordata, precisando che il loro camper era più vicino al marciapiede di quanto non fosse il primo mezzo dei N parcheggiato in senso contrario. Premesso di non aver mai visto prima i N, e che secondo le tradizioni *rom* non si usa che maschi e femmine di età adulta mangino allo stesso tavolo, se non vi è una conoscenza pregressa, la M spiegava che gli uomini avevano pranzato fra loro, mentre le donne con i bambini avevano mangiato ad un'altra tavola. Dopo pranzo, la teste si era recata nel camper, vedendo arrivare

in seguito lo J che le aveva detto di voler andare a comprare le sigarette, chiedendole se ci fosse bisogno di qualcosa per la spesa: ella gli aveva risposto che servivano pannolini e latte, ed a quel punto il marito era andato via con "B". In seguito, la donna aveva sentito gridare, così era uscita dal camper ed aveva notato il cognato, ubriaco, discutere con uno dei N: a riportare la situazione alla calma erano state le donne della famiglia N, e la cosa sembrava finita senza altri problemi (nel frattempo, il cognato le aveva spiegato i motivi della discussione raccontandole che l'altro lo stava invitando a bere ancora ma lui non voleva perché rischiava di vomitare, allora il N gli aveva tirato il vino sulla faccia, prendendolo a male parole). Il fratello del marito aveva quindi dormito per un'altra ora, forse un'ora e mezza, ma ad un certo punto la teste aveva sentito ancora un gran vociare, rendendosi conto che i maschi della famiglia N stavano picchiando un'altra volta G. Nel giro di breve tempo era tornato il marito, che aveva chiesto cosa stesse accadendo, ma uno dei N gli aveva risposto con una frase del tipo "allora ti vuoi mettere in mezzo anche tu", prendendolo a pugni. Il marito aveva reagito allo stesso modo, e in quel momento uno degli altri gli aveva dato una sprangata sulla testa, facendolo sanguinare come una fontana. G si era allora messo a gridare che gli avevano ammazzato il fratello, e "B" era intervenuto dicendo che non c'era ragione di prendersela con quelle persone, invitate da lui; la moglie di "B" aveva aiutato C a rialzarsi, il marito aveva fatto qualche passo per poi cadere di nuovo, quindi sia lui che G avevano raggiunto i rispettivi mezzi per scappare. La M confermava tutto il racconto del coniuge sull'aggressione subita (però, a suo dire, da più persone) attraverso il finestrino del camper, con le chiavi cadute e l'imputato a cercarle mentre veniva picchiato ancora, fino a partire diritto davanti a sé restando rannicchiato, dunque senza poter vedere; anch'ella escludeva di aver potuto vedere chi ci fosse davanti al veicolo in movimento, perché sosteneva di essersi stesa con il corpo sopra i figli, volendo proteggerli. Escludeva comunque di aver percepito rumori o sobbalzi, tali da farle pensare ad urti o corpi cui il camper passava sopra, ad eccezione di una botta sulla parte alta del mezzo. Superate le fasi concitate della fuga, la teste ricordava di aver messo due magliette sulla testa del marito, ancora sanguinante; in seguito, aveva guidato lei stessa, visto che C non ce la faceva più. Aggiungeva che avevano pensato di non andare in Ospedale perché privi di documenti, sicché volevano evitare che qualcuno chiamasse la Polizia per contestare loro l'irregolarità della permanenza sul territorio italiano: non avevano avuto sentore di alcun ferito, fino a quando (dopo una prima telefonata con il fratello, nel corso della quale C si era limitato a rimproverarlo per aver bevuto troppo con persone che non conosceva) lo stesso G aveva chiamato di nuovo, chiedendo all'imputato se avesse

investito qualcuno, visto che la suocera lo aveva informato che era successo qualcosa del genere. In seguito, vi era stata una successione di telefonate tra C e il padre, con il primo talora a spiegare l'accaduto e in altre occasioni talmente frastornato da non ricordare alcunché; una volta giunti ad Arzignano, anche il "compare" si era fatto raccontare quel che era successo, poi però aveva detto di non voler problemi perché aveva notato in giro Carabinieri e Polizia. Quindi la donna era andata alla stazione degli autobus, dove l'imputato le aveva detto di aspettarlo assieme ai figli, ma C non era più venuto. Era quindi la volta, quale testimone, del fratello dell'imputato, che indicava come generalità quelle di DD, anche se in altre circostanze egli risultava identificato come SF o JN. Avvertito della facoltà di astensione, tenendo peraltro conto della sua pregressa qualità di persona sottoposta a indagini nel medesimo procedimento, dichiarava comunque di voler deporre. "G" ricordava di essersi portato a Perugia con il fratello e le rispettive famiglie per vendere la merce che avevano comperato in precedenza, e di essere rimasti in Umbria un po' di più a causa delle festività: andando a prendere un caffè con C la mattina del 2, egli aveva lasciato il fratello nel locale, e dopo un po' era stato raggiunto dall'imputato che gli aveva detto di avere incontrato "B" con alcuni cugini della moglie dello stesso G (parentela a lui ignota), che li avevano invitati a mangiare insieme. Raggiunta la zona dove i N avevano parcheggiato, essi avevano sistemato i camper di seguito, come ricostruito nella tavola del Consulente Tecnico già mostrata in precedenza, quindi avevano pranzato mangiando e bevendo in abbondanza (ma C e "B" non avevano bevuto quasi niente): verso le 17:00 questi ultimi erano andati a fare la spesa ed a prendere le sigarette. Rimasto con i N, il teste dichiarava che ad un certo punto si era sentito male perché non ce la faceva più a bere, ma gli altri continuavano a riempirgli il bicchiere dicendogli che aveva cominciato a bere con loro e non poteva lasciarli così comportandosi da femmina: egli aveva insistito nel dire che non se la sentiva più di alzare il gomito, e uno di loro gli aveva tirato il contenuto del bicchiere in faccia. Ne era scaturita una discussione e qualche schiaffo, ma la situazione si era poi calmata. Dopo essersi allontanato dagli altri ed aver dormito per una quarantina di minuti, G era stato avvicinato dalla moglie, che gli aveva chiesto cosa fosse successo; egli le aveva risposto che uno dei suoi cugini, indicandoglielo a distanza, lo aveva preso a schiaffi e maltrattato, ma quello - vedendosi segnalato - gli si era rivolto contro dicendogli che non doveva parlare male di lui. Il suddetto cugino aveva quindi chiesto alla moglie del teste cosa egli le avesse detto, e ne era venuto fuori un altro litigio, con G a prendere il primo schiaffo ed a reagire con un pugno: in quel momento era tornato il fratello. C era perciò venuto a chiedere cosa fosse accaduto, al che egli lo

aveva informato di essere stato picchiato; l'imputato aveva voluto sapere chi fosse stato, ma uno dei N gli aveva ribattuto che ce n'era anche per lui, affrontandolo. Da quel momento, tutti gli altri avevano cominciato a picchiare anche C, in sette od otto, e ad un certo punto uno gli aveva dato una sprangata alla testa, facendolo sanguinare moltissimo; "B" era intervenuto per aiutarlo, dicendo che lo avevano ammazzato senza che avesse fatto niente, ed assieme alla moglie l'aveva aiutato a rialzarsi. Nel frattempo, a dire del D, anch'egli aveva preso una sprangata, alla mano; entrambi i fratelli avevano raggiunto i rispettivi camper, per darsi alla fuga, e mentre il teste faceva manovra in retromarcia per andare via si era accorto che uno dei N gli aveva rotto la finestra posteriore, corrispondente al bagno del veicolo. Continuando a gridare al fratello di scappare, G aveva visto che tutti i N erano attorno al camper dell'imputato, che era ancora fermo nel momento in cui, ingranata la prima, egli era riuscito finalmente ad allontanarsi. Confermava quindi di non aver visto investimenti di sorta, nonché l'andamento delle telefonate successive al fratello e l'informazione ricevuta dalla suocera (che gli aveva detto di scappare perché i N li cercavano per vendicarsi). Precisava infine che anche il suo camper era formalmente di proprietà del B, parimenti intestatario del contratto di assicurazione. La Corte, preso atto della mancata comparizione del suddetto B, teste indotto dal responsabile civile, revocava l'ordinanza ammissiva della testimonianza del medesimo, ritenuta oramai superflua alla luce delle dichiarazioni dell'imputato e dei documenti già acquisiti. Il processo veniva rinviato in prosecuzione all'udienza del 23 settembre 2010, quando si procedeva all'escussione dei Consulenti della difesa, Ispettore GV (sulla dinamica dell'investimento) e Dott. VP, medico legale. Il V, premesse le proprie competenze di esperto in infortunistica stradale in quanto per lunghi anni in servizio presso la Polstrada, precisava di essersi recato sul luogo che era stato teatro dei fatti il 30 giugno 2009, svolgendo gli opportuni rilievi; durante l'estate aveva proceduto ad ispezionare il camper dell'imputato, avendo poi anche un colloquio in carcere con l'assistito. Nell'illustrare il proprio elaborato, segnalava che la tavola 1 allegata alla relazione descriveva la posizione dei tre camper ritrovati *in loco*, oltre a quella di altri oggetti che erano sul selciato; nella tavola 2, rispetto alla precedente, risultavano aggiunti altri due veicoli, in verde e blu, rispettivamente da ritenere quelli del fratello dell'imputato e dello stesso J, ivi collocati in base alle dichiarazioni di quest'ultimo; la tavola 3 indicava invece lo sviluppo della traiettoria seguita dal camper del prevenuto. In ordine alle misurazioni effettuate, il C.T. rappresentava che il camper aveva una larghezza massima di m. 2,05, ed aveva a disposizione uno spazio di m. 5,10 rispetto al muro della recinzione nel punto più largo (parte anteriore destra del camper disegnato

in rosso, vale a dire il primo che si trovava parcheggiato) e m. 3,10 in quello più stretto (parte posteriore destra del camper giallo, in sosta subito dietro). Il marciapiede era di altezza irregolare, e nel punto interessato dalla traiettoria del camper era di 3-4 cm. Secondo il V, dal punto di quiete il camper percorse dai 15 ai 20 metri sino al momento in cui deviò a destra immettendosi sulla strada (nello spazio più largo fra il secondo e il terzo dei camper della famiglia N): quindi, con un'accelerazione di 2,2 m/sec, impiegò circa 5 secondi per percorrere il tratto adiacente alle recinzioni dei capannoni e raggiunse una verosimile velocità di circa 22 km/h in prossimità delle persone ivi presenti, considerando la prima marcia innestata e la partenza immediatamente precedente. Rispondendo a specifiche domande dei difensori di parte civile, il C.T. conveniva comunque con l'osservazione che, in base alle stesse tavole da lui predisposte, risultava una manovra iniziale dello J verso sinistra, giacché se fosse andato diritto sin dalla posizione di quiete sarebbe andato a collidere contro la parte frontale del primo camper parcheggiato in senso inverso. Soprattutto, il teste evidenziava di non aver rilevato, sulla parte anteriore del veicolo sequestrato al prevenuto, alcuna traccia di investimento: avrebbero dovuto esserci al contrario ammaccature, rotture di fari o della mascherina (tenendo conto di un ipotizzato investimento di pedoni con quelle conseguenze), ma non ve n'erano; c'era un danno sulla parte anteriore destra del paraurti, ma già grossolanamente riparato e che dunque risaliva certamente a prima, poi una lesione dello *spoiler* anteriore sul lato sinistro nella parte in plastica. Secondo il V, in caso di violenta collisione di un veicolo con il corpo di una persona, considerando il notevole impatto che la morte dell'investito deve far presupporre, sarebbe potuto accadere che il pedone fosse stato caricato sul cofano, oppure colpito e proiettato in avanti (a 22 km/h, in caso di urto frontale, il corpo dell'investito sarebbe andato a cadere circa 5-6 metri oltre): ma nel caso di specie non vi erano segni sul mezzo a giustificazione della prima dinamica, e la seconda avrebbe dovuto escludersi dovendosi immaginare che il mezzo investitore avesse subito dopo travolto i corpi scaraventati a terra, ma parimenti non si rinvenivano tracce di sorta sotto il veicolo, né di materiale organico né di stoffe (vi erano segni di colore rosso, stando ai rilievi fotografici in atti ed alle riprese video proiettate anche durante l'udienza dibattimentale, ma da imputare a ruggine e giammai a sangue). Restava perciò solo l'ipotesi di un urto laterale, facilmente improduttivo di lesioni evidenti alla carrozzeria ed in sé compatibile con l'assunto di una collisione accidentale, ovvero determinatosi all'esito di una manovra in avanti del camper senza che il conducente si trovasse in condizione di rendersi conto di chi potesse trovare sul proprio cammino, o meglio immediatamente a destra od a sinistra rispetto all'asse del veicolo.

L'assunto di un autista impossibilitato ad una condotta di guida normale trovava peraltro alimento, secondo il V, nelle evidenti tracce di sangue presenti sul sedile dello stesso conducente, a riscontro della tesi che l'imputato fosse ferito alla testa (il che avrebbe anche potuto incidere sulla visuale effettiva che egli poteva avere, a causa del sangue davanti agli occhi). Ulteriore riscontro alle dichiarazioni dello J, in ordine a un'aggressione ai suoi danni proseguita mentre si trovava già sul posto di guida del camper, era per il C.T. offerto dalle misurazioni dell'altezza dal suolo della parte inferiore del finestrino attraverso il quale egli aveva sostenuto di essere stato ripetutamente picchiato, altezza pari a m. 1,30: considerando la statura dell'imputato, m. 1,65 o giù di lì, la sua testa si trovava dentro il veicolo alla stessa quota da terra rispetto a quella che avrebbe avuto se fosse rimasto in piedi fuori dall'abitacolo. Il Dott. P riferiva alla Corte di aver visionato i dati risultanti dalle attività compiute dal Dott. S in ordine alle conseguenze del presunto investimento ai danni delle vittime (senza partecipare all'autopsia), poi di aver visitato - a distanza di circa 20 giorni dai fatti - l'imputato, riscontrandogli ferite alla testa e ad una mano. Quella alla testa era una lesione compatibile con un colpo inferto da uno strumento a sezione circolare, come il paletto in metallo che risultava divelto dal terreno; non era invece possibile sostenere che derivasse da una semplice caduta. In punto di conseguente emorragia, il Dott. P spiegava che il cuoio capelluto è caratterizzato da un tessuto suscettibile di lesioni da scoppio, con spiccata tendenza a un sanguinamento importante e di difficile emostasi (tanto che il sangue, colando sugli occhi, ben avrebbe potuto compromettere la visuale dello J): tenendo conto di tale premessa, il C.T. conveniva comunque con il rilievo che di sangue in strada se n'era trovato meno del previsto, almeno in corrispondenza del luogo dove il prevenuto aveva detto di essere stato colpito, per poi cadere in più riprese. Ipotizzava comunque l'incompletezza dei rilievi effettuati dalla Polizia Giudiziaria. Quanto alle cause della morte delle vittime ed all'assenza di segni di trascinamento od arrotamento sui loro corpi, il Dott. P si diceva in perfetta corrispondenza di valutazioni con il collega S quanto alle cause della morte delle vittime ed all'assenza di segni di trascinamento od arrotamento; a quest'ultimo proposito, si sentiva di escludere radicalmente l'evenienza, sia pure solo data per possibile e improbabile dal C.T. del Pubblico Ministero, e limitatamente al minore. Perciò, rimaneva fuori di dubbio che ci fosse stato un investimento: ma il Dott. P evidenziava come per creare lesioni così gravi non fosse necessario un impatto frontale, bastando anche un urto laterale (nel caso di specie, peraltro, vi erano spigoli e specchietti in abbondanza sulle superfici esterni del camper, ed era dunque possibile che le vittime fossero state urtate con quelli). D'altro canto, se l'urto fosse stato invece

frontale, sarebbero saltati via mascherine, fanali o quant'altro, conseguenze che si producono anche a seguito di impatti provocati da un mezzo che procede a soli 20 km/h. Il minore aveva dunque riportato la lesione più significativa al capo, quale verosimile conseguenza della caduta successiva all'urto (laterale); mentre le lesioni addominali riscontrate sul corpo di NN apparivano indici di un contatto con superfici ampie, avvalorando l'ipotesi che egli fosse stato urtato, sempre da una delle fiancate del camper o da uno specchietto, e - spinto in avanti - fosse stato proiettato su una delle suppellettili rimaste travolte. Acquisite le relazioni dei due Consulenti, intervenivano poi ulteriori produzioni:

- di una nota a firma di vari Ufficiali di P.G. e del V in ordine alla misurazione dell'altezza da terra del camper in sequestro, onde valutare lo spazio disponibile per un corpo eventualmente sormontato dal veicolo che vi transiti sopra (altezza che veniva attestata in 25 cm.);

- della copia di un verbale di interrogatorio del fratello dell'imputato, sotto il nome di JN, in data 6 maggio 2009, da cui risultava che egli palesava una contusione a una mano;

- della copia del verbale di interrogatorio dello stesso J C in sede di udienza di convalida del fermo, in occasione del quale egli si era avvalso della facoltà di non rispondere.

Venivano altresì versate in atti alcune foto degli indumenti sequestrati all'imputato il 3 maggio 2009, successivamente fatti pervenire in Cancelleria per essere messi a disposizione delle parti. In data odierna, infine, anche all'esito dell'esame del fascicolo già pervenuto a cura della Polizia Scientifica il 14 luglio 2010, la difesa produceva altre fotografie degli indumenti, una nota proveniente dall'ENAV sui dati meteo del 2 maggio 2009, da cui risultava che quel giorno vi era sempre stato tempo soleggiato e assenza di precipitazioni, ed ulteriori rilievi - foto e video - sul camper in sequestro. L'imputato rendeva poi dichiarazioni spontanee, ribadendo che quello non era solo un mezzo di trasporto, ma la sua casa vera e propria; dunque aveva sì coltelli da cucina, ma proprio per usarli nella preparazione dei pasti, e non in quanto strumenti da offesa. Spiegava che il coltello privo di impugnatura era probabilmente il frutto di ripetute aperture di scatole o lattine, ed era accaduto più volte che nel fare quelle manovre con un coltello il manico fosse venuto via. Sui fatti, tornava a precisare di essere stato aggredito e picchiato anche all'interno del camper, e che dopo aver guidato per un paio di chilometri aveva passato il volante alla moglie: passato dietro nella cabina, aveva provveduto a pulirsi la testa dal sangue con una maglietta che gli aveva passato la stessa moglie, in tal modo trovando spiegazione le macchie ematiche su alcuni indumenti e in specie su un paio di maglie femminili, come rilevate dalla Polizia Scientifica. Infine, il Pubblico Ministero e i

difensori delle parti private rassegnavano le rispettive conclusioni, e la Corte si ritirava in camera di consiglio per la decisione.

Nella memoria di discussione consegnata al fine di illustrare le proprie conclusioni, il Procuratore della Repubblica ha indicato come pacifici ed inequivocabilmente accertati alcuni dati istruttori, e in particolare:

1. la circostanza che il camper condotto dall'imputato ebbe a percorrere il "corridoio" esistente tra i veicoli della famiglia N (sul lato destro) e la recinzione dei capannoni industriali ivi esistenti, corridoio dove in quel momento si trovavano più persone e che in precedenza era stato occupato da tavoli, sedie ed altre suppellettili per la consumazione del pranzo;
2. la sicura interdizione alla circolazione dei veicoli per quello specifico tratto di strada, sia per la conformazione del luogo che per la presenza di un marciapiede, oltre che di uno o più paletti metallici fissati al selciato;
3. il fatto che durante quella manovra, indipendentemente dalla valutazione di elementi incidenti sulla ricostruzione della volontà perseguita dall'agente (quali la velocità tenuta, l'ipotesi di un urto sulla parte frontale o quella laterale del veicolo), il camper attinse sicuramente NN e NN, con il loro conseguente decesso, e nel contempo DJ riportò lesioni personali (senza che vi siano certezze, nello specifico, sul punto della derivazione causale di quelle lesioni da una collisione diretta con il mezzo, ovvero da una caduta della donna mentre fuggiva per non essere investita);
4. la condotta dell'imputato a seguito dell'investimento, quando egli omise di prestare soccorso ai soggetti rimasti feriti;
5. il fermo dello J in Veneto, dopo che egli aveva risalito l'Italia centrale con un viaggio ininterrotto, iniziato subito dopo i fatti in contestazione.

In effetti, deve convenirsi con le argomentazioni del Pubblico Ministero, giacché gli elementi sopra sintetizzati costituiscono acquisizioni istruttorie indiscusse. *Nulla quaestio* sul fermo, documentato dai verbali degli atti irripetibili curati dalla Polizia Giudiziaria; e neppure sulla circostanza *sub* 4), dal momento che lo stesso imputato - seppure spiegando il proprio comportamento in ragione della necessità di garantire l'incolumità a sé ed alla propria famiglia, e dunque di fuggire da chi lo stava aggredendo - ha certamente ammesso di essersene andato in fretta e furia senza più fermarsi se non per farsi sostituire alla guida dalla moglie. Semmai, deve osservarsi che secondo la tesi difensiva egli non omise di prestare i dovuti soccorsi, in quanto non si sarebbe affatto reso conto che c'era qualcuno da soccorrere. Quanto ai punti 1) e 2), è agevole richiamare gli elaborati curati dallo stesso C.T. della difesa, Isp. V, riprodotti di seguito per comodità di consultazione.

La Tavola 1 riproduce, come ricordato in precedenza, lo stato dei luoghi corrispondente a quel che venne riscontrato dalla Polizia Giudiziaria all'atto dell'intervento sul posto, con l'indicazione dei tre camper della famiglia N (l'ultimo, contrassegnato dal n. 3, appartenente più precisamente al M. Il fatto che il primo dei veicoli fosse più spostato verso il centro della carreggiata rispetto al secondo, e in posizione leggermente obliqua verso sinistra, trova sostanziale corrispondenza nei rilievi fotografici versati in atti, dai quali si ritiene per una migliore esposizione di estrarre la foto già riprodotta dal P.M. a pag. 3 della suddetta memoria di discussione (*Omissis*).

Tanto premesso, tornando ai dati pacifici enumerati dal Procuratore della Repubblica, l'analisi degli allegati alla relazione dell'Isp. V e delle fotografie ritraenti lo stato dei luoghi induce in effetti ad aderire a quanto prospettato dal P.M. anche a proposito dei punti da 1) a 3): è innegabile che il camper di JC passò in quello stretto corridoio, così come è certo che transitarvi non rispondeva ai canoni di una normale condotta di guida, od ancor meno alle previsioni del Codice della Strada (non foss'altro perché il veicolo impegnò in movimento buona parte del marciapiede); è altrettanto incontrovertibile che, così facendo, colpì le vittime poi decedute - vuoi con urto frontale, vuoi con strisciate laterali o collisioni con parti accessorie del mezzo, ad esempio uno specchietto - ed urtò o fece comunque cadere DJ. La dislocazione delle macchie di sangue, come risultante dai rilievi della Polizia Giudiziaria e nelle tavole del C.T. della difesa, depongono senza dubbio nel senso indicato, quanto meno in ordine all'investimento di NN e di NN. Muovendo dagli accennati presupposti, è dunque doveroso chiedersi quale sia stato lo svolgersi dei fatti nella prospettiva di ricostruire la volontà perseguita dall'agente quando si dispose a quella condotta di guida; ed è sicuramente necessario tenere conto, a tal fine, di un'ulteriore emergenza istruttoria indiscutibile, vale a dire quella di una certa azione lesiva di cui lo stesso JC rimase vittima nell'occorso. Che egli sia stato colpito alla testa con un corpo contundente è reso infatti evidente da una pluralità di elementi, a partire dalla cicatrice ancora vistosa che presenta fino alle dichiarazioni del teste C (che lo trovò sanguinante) od alle risultanze delle intercettazioni, quando l'argomento di conversazione si spostava spesso sulla botta al capo che aveva preso lo stesso imputato e sulla urgenza o meno di farsi medicare: senza dimenticare le macchie di sangue presenti nell'abitacolo del camper e le magliette intrise di sostanza ematica, evidentemente utilizzate per tamponare quella ferita in quanto altrimenti non spiegabili (magliette, per inciso, che a differenza di quanto dedotto dalla difesa risultano oggetto di rituale verbale di sequestro, già versato fra gli atti di cui all'originario contenuto del fascicolo per il dibattimento). Il P.M., nella sua requisitoria, dà a sua volta per pacifico che lo J prese una botta in

testa, ma a suo avviso nessun dato oggettivo potrebbe deporre nel senso che quel colpo fu immediatamente precedente all'azione omicidiaria; al contrario, i testi del gruppo familiare vittima delle condotte avrebbero riferito che al momento della partenza dei camper degli altri la lite era stata in qualche modo interrotta, con un intervallo di qualche minuto. In effetti, non è certo in quale momento, nella complessa successione degli eventi che ebbe ad articolarsi in più fasi, lo J si prese quel colpo in testa: la sua versione, confermata dal fratello, è che ciò accadde mentre si trovavano ancora tutti in mezzo alla strada a discutere del diverbio di poco prima, e sul punto c'è qualche dubbio dovuto alla mancanza di tracce di sangue in terra (se ne trovarono solo nel ricordato corridoio adiacente ai veicoli dei N, non già dove erano stati verosimilmente parcheggiati i camper degli altri due), specialmente se si considera che a dire dell'imputato egli cadde almeno un paio di volte quando la ferita al capo già sanguinava in abbondanza. Tuttavia, i testi della famiglia N risultano essere incorsi in più di una imprecisione, e talora hanno inteso ricordare soltanto alcuni dei fatti svoltisi dinanzi ai loro occhi (sul punto, si dovrà tornare): sostenere pertanto che tra quel colpo alla testa e l'avvio del motore vi sia stata una soluzione di continuità, sol perché a dirlo sono stati N G o R, ovvero JB, appare arbitrario. Ben altro spessore, perché testimone sostanzialmente indifferente - si accingeva a diventare parente dei N, e non è dato sapere se ciò sia accaduto, ma era anche amico dei due fratelli J, avendoli invitati egli stesso a pranzare tutti insieme - oltre che preciso nella ricostruzione dell'accaduto, deve riconoscersi però al M, la cui attendibilità non può certo essere scalfita dalla mera circostanza empirica del suo mancato rintraccio in vista dell'udienza dibattimentale. I N hanno escluso di aver visto l'imputato ferito alla testa, così come di aver notato che qualcuno lo colpì con una spranga o un bastone; analogamente, la condizione di JC quale soggetto sanguinante, ovvero il suo essere oggetto di un'aggressione a mezzo di corpi contundenti, non vennero notati da "B", finché la scena della contesa si svolse davanti ai suoi occhi. Come sopra riportato, il teste riferì che, dopo essere riuscito in prima persona a convincere l'imputato a lasciare NN (che aveva afferrato da tergo con un coltello in mano), i due fratelli si erano diretti verso i rispettivi camper, palesando la volontà di andarsene: a quel punto, "vedendo che la discussione era terminata", il M era tornato verso il proprio, di camper, perdendo dunque di vista quel che accadeva alle sue spalle. Ciò perché, come si evince chiaramente dalle Tavole riprodotte in precedenza, i veicoli dei due J erano dalla parte opposta rispetto al suo, che chiudeva la fila dei tre rimasti in sosta lungo il marciapiede; è coerente con quella ricostruzione, pertanto, che per qualche secondo "B" non poté rendersi conto di un'eventuale ripresa della lite. All'inizio di quella interruzione nella percezione visiva

del teste, l'imputato non era ferito, perché il M non fa menzione di tale particolare, certamente impossibile ad essergli sfuggito ove già verificatosi: ed allora deve concludersi che, diversamente da quanto opinato dal Procuratore della Repubblica, il colpo alla testa dello J venne sferrato appena prima della condotta che provocò le conseguenze letali oggetto di contestazione. Di lì a poco, infatti, il teste vide sopraggiungere i camper dei due fratelli, con G a fare una "normale retromarcia", e il prevenuto a passare sopra il marciapiede. Non essendo in alcun modo sostenibile che lo J si fece dare una sprangata in testa dalla moglie dopo essere già andato via, onde preconstituirsì una tesi di comodo da obiettare a chi lo avrebbe accusato di omicidio, la logica impone di concludere che nel momento in cui egli salì nel camper, prima di allontanarsi da quei luoghi, la ferita ce l'avesse già. E se non l'aveva fin quando venne visto dal M, che tornò invece a vederlo nel giro di brevissimo tempo, alla guida del mezzo investitore, ciò comporta che la bastonata o sprangata fu immediatamente precedente al momento in cui, alla guida del veicolo, ebbe a cagionare la morte di due persone e il ferimento di una terza. Così descritto il contesto, e riservando al prosieguo l'analisi di quel che deve intendersi accaduto ancora prima, è chiaro che le alternative concernenti lo stato soggettivo dell'imputato sono molteplici, potendo riassumersi come appresso:

- a) egli si trovò costretto a scappare via in fretta e furia, perché qualcuno lo stava affrontando con intenzioni omicide, o comunque con modalità tali da fargli pensare che la sua vita o quella dei suoi familiari fosse in pericolo; ipotizzando quello stato di necessità, è possibile che l'imputato
1. non fu obiettivamente in grado di accorgersi che la strada alle sue spalle era già libera, essendo andato via il fratello, e neppure capace di rendersi conto di chi avrebbe trovato dinanzi al camper in movimento, perché parimenti costretto a restare con la testa abbassata mentre avviava il veicolo, e ciò perché attraverso il finestrino aperto uno o più aggressori proseguivano nell'azione ai suoi danni;
 2. vide davanti a sé alcuni membri della famiglia N, ma gli fu impossibile fermarsi perché altrimenti la sua vita o quella di moglie e figli sarebbe stata in pericolo, o quanto meno egli pensava ragionevolmente che lo sarebbe stata;
 3. nella concitazione del momento, pur essendosi reso conto della presenza di persone che avrebbe potuto investire o della possibilità di effettuare manovra di retromarcia, ritenne per errore di trovarsi in uno stato di necessità tale da impedirgli di determinarsi altrimenti;
- b) lo J non fu oggetto di aggressioni, o comunque l'azione violenta che

era stata già portata ai suoi danni si era esaurita, ed a quel punto decise di andar via repentinamente con una manovra azzardata e imprudente (quand'anche dovuta al suo essere frastornato a causa del colpo in testa ricevuto); così facendo, invece di immettersi regolarmente sulla strada e dirigersi verso l'uscita di Via della Gomma, egli

1. imboccò per superficialità il corridoio tra il muro e i camper in sosta, transitando sul marciapiede senza prevedere che avrebbe potuto investire qualcuno, anche se l'evenienza non avrebbe dovuto sfuggirgli;
 2. procedette su quel tratto precluso alla circolazione ben sapendo che avrebbe potuto causare la morte o ferire uno o più soggetti, ma - pur non volendo perseguire quell'intento - decise di compiere quella manovra, accettando il rischio di produrre conseguenze del genere;
- c) l'imputato scelse consapevolmente e volontariamente di avviare il motore e salire sul marciapiede, al fine di investire
1. chiunque si fosse trovato dinanzi, indifferentemente;
 2. qualcuno in particolare, con l'intenzione di ucciderlo;
 3. qualcuno in particolare, con l'intenzione di ucciderlo, e accettando il rischio, così facendo, di investire e uccidere o ferire anche altri, ovvero volendo consapevolmente investire chiunque si frapponesse tra lui e l'obiettivo prefigurato, così come tra lui e la fuga.

L'ipotesi *sub a-1* deve ritenersi palesemente smentita dalle risultanze istruttorie, come pure dalla logica. La dinamica appena ricordata, sostenuta dalla difesa, vorrebbe l'imputato tornare - dopo essersi assentato assieme al M - e vedere il fratello picchiato dai N: qui non avrebbe avuto neppure il tempo materiale di parlare con "G" per capirci qualcosa, visto che uno degli appartenenti all'altro gruppo lo avrebbe apostrofato a parole come a dirgli che, se avesse voluto, ci sarebbero state botte anche per lui, e subito dopo gli avrebbero dato una sprangata. Mentre era ancora a terra sarebbe stato preso a calci, il che lo avrebbe indotto per spirito di conservazione a rialzarsi per sottrarsi all'aggressione (altrimenti sarebbe rimasto esanime), quindi sarebbe caduto per rialzarsi ancora (in una delle due occasioni, sarebbe stata la moglie di "B" ad aiutarlo), raggiungendo finalmente il proprio camper. Salito a bordo, egli sarebbe stato ripetutamente colpito da uno o più dei N attraverso il finestrino dello sportello lato guida, rimasto aperto (a sostegno dell'assunto, la difesa ha dimostrato che quel giorno il clima era mite, sì da giustificare che i finestrini non fossero stati chiusi; inoltre, ha rappresentato che l'altezza da terra del posto di guida era compatibile con l'ipotesi di un'azione aggressiva posta in essere da qualcuno posizionatosi su quel lato): cadutegli le chiavi proprio a causa delle percosse subite, e restan-

do accovacciato in avanti per limitare i danni, lo J sarebbe riuscito a recuperare le chiavi stesse e ad avviare il motore, partendo a marcia in avanti senza potersi rendere conto di alcunché, ed anzi realizzando una condotta necessitata.

Le cose, però, non tornano.

È vero che, sul retro del camper con targa belga sequestrato a Vicenza, c'è una macchia di sangue: il che, forse, può collimare con l'assunto che l'imputato passò sulla parte posteriore del proprio veicolo (in pratica, in mezzo tra il suo e quello del fratello) e vi si appoggiò con una mano; è altrettanto ragionevole che il finestrino fosse aperto, senza peraltro la necessità di ricorrere a documenti ufficiali sulle condizioni meteorologiche ma solo ricorrendo al senso comune (era maggio, e il veicolo era rimasto per qualche ora in sosta, *ergo* a finestrini chiusi l'aria sarebbe stata a dir poco viziata). Inoltre, coincide con la ricostruzione di una partenza abbastanza repentina e non all'esito di intervalli di qualche minuto - ma ciò incide soltanto sulla configurabilità della provocazione, come si vedrà appresso - il dato oggettivo della veranda del camper dello J, rimasta aperta e conficcata su uno dei mezzi parcheggiati. Non è un riscontro, invece, il fatto che vi fossero delle macchie di sangue sul sedile anteriore sinistro: ce n'erano indubbiamente, ma valgono a dimostrare che il prevenuto era già stato ferito alla testa prima di salire, non certo a comprovare che gli vennero sferrati altri colpi, alla testa o chissà dove, quando era al posto di guida. Inoltre, è chiaro che un uomo munito di bastone, od anche a mani nude, potesse agevolmente colpire alla testa il conducente del camper restando in posizione adiacente al finestrino, ma non sta in piedi che uno o forse più energumini:

- si siano accontentati di affollarsi attorno allo sportello, e nessuno di loro abbia cercato di aprirlo quand'anche la sicura fosse stata abbassata (condotta oltremodo semplice, e proprio perché il finestrino era aperto);
- avrebbero dovuto pensare di menarle di santa ragione solo al prevenuto, che al massimo si era limitato a chiedere cosa fosse successo prima del suo ritorno beccandosi subito una bastonata in testa, e non anche al di lui fratello, vero protagonista del dissidio precedente;
- sarebbero rimasti su quel lato mentre lo J imboccava il passaggio fra il muro e gli altri camper, guarda caso azzeccando quasi perfettamente la traiettoria malgrado avesse gli occhi che guardavano il freno e la frizione, per poi sparire repentinamente senza riportare lesioni almeno superficiali nel momento in cui il lato sinistro del veicolo arrivò a ridosso del muro;
- non abbiano deciso, *a fortiori* dopo quell'involontario ma tragico investimento di due loro congiunti, fra i quali un adolescente, di

perpetuare l'aggressione, salendo su uno dei camper o su qualche autovettura per inseguire lo J (che già volevano picchiare prima, figurarsi dopo, dinanzi alla tragedia che aveva provocato) e fare giustizia sommaria; va considerato che i presunti aggressori di quel momento erano certamente diversi sia da chi si trovava dinanzi al furgone e ne venne investito, sia da chi riuscì a scansarsi di lato, eppure - volendo credere al racconto del prevenuto - non vollero perseverare in una volontà aggressiva che a quel punto sarebbe stata esacerbata dalle gravi lesioni appena cagionate ad alcuni dei loro familiari.

Resta poi il dato, confermato dallo stesso Isp. V e desumibile dalle traiettorie disegnate dal C.T., oltre che dallo stato oggettivo dei luoghi, che l'imputato, pur partendo alla cieca e restando accucciato, si infilò su quel corridoio non già procedendo diritto davanti a sé, ma al contrario piegando prima a sinistra - altrimenti si sarebbe realizzato uno scontro frontale con il primo, ed ancor più probabilmente con il secondo, dei camper in sosta - e poi sterzando nettamente a destra proprio in corrispondenza dello spazio esistente fra il secondo veicolo e quello di "B". Fra le due manovre con il volante, prima in un senso e poi nell'altro, lo J sarebbe poi riuscito (praticamente ad occhi chiusi, guidando accovacciato e con una mano sopra la testa) a far passare un mezzo largo 2 metri e 5 centimetri in uno spazio di 3 metri e 10: un soggetto che non è in grado di vedere dinanzi a sé non può ritenersi capace di indovinare un corridoio così stretto, soprattutto se non si limita a tenere fermo il volante e ad affondare l'acceleratore ma è costretto a sterzare. Inoltre, pure ammettendo che la posizione dei camper dei fratelli J fosse proprio quella indicata dal C.T. della difesa, da lui ricostruita in base alle dichiarazioni degli interessati, il corridoio davanti al prevenuto non costituiva la via di fuga più immediata, visto che si dovette spostare comunque ancora sulla sinistra per non andare ad impattare sui mezzi fermi di lato al marciapiede, e che dunque avrebbe fatto meglio ed ancora prima a ingranare la retromarcia, esattamente come si era regolato DD prima di lui. Il Pubblico Ministero, con ulteriori condivisibili argomentazioni, richiama altresì le risultanze delle intercettazioni telefoniche eseguite, che - come evidenziato da tutte le parti - risultano avere avuto inizio alle 02:53 della notte fra il 2 e il 3 maggio 2009, ergo alcune ore dopo i fatti: con l'ovvia conseguenza che i primi commenti via filo a quanto era accaduto risultano sfuggiti al controllo. In ogni caso, scorrendo l'elaborato dei Periti incaricati della traduzione e trascrizione dei colloqui, risalta la telefonata n. 36, invocata sia dall'accusa che dalla difesa, laddove JC, parlando con il padre, sostiene:

"... quando sono arrivato con la macchina, sono sceso giù al camper di B e ho visto che si stavano picchiando. Io ho chiesto che succedeva.

Loro mi sono saliti addosso. All'inizio si stavano picchiando solo in 3 - 4 e dopo sono saliti di più. Ci siamo fermati un po', e dopo loro hanno iniziato ad agitarsi di nuovo, e quello mi ha dato con la mazza in testa, e sono salito nel camper"

La dinamica appena sintetizzata, con solare evidenza, è per l'ultima parte del tutto in linea con la successione degli eventi descritta dal M: i contendenti si erano calmati (secondo "B", proprio grazie al suo intervento, essendo egli riuscito a convincere C a lasciar perdere il coltello ed a mollare la presa su NN), dopo vi era stata una ripresa della tensione - quando il M era tornato verso il suo camper, perdendo di vista la situazione - e c'era stata la botta in testa. Nel racconto dell'imputato al padre, però, non viene fatta menzione alcuna delle presunte manate o bastonate con cui il fantomatico aggressore posizionatosi a sinistra del posto di guida avrebbe continuato a colpirlo, sì da costringerlo a restare rannicchiato verso il basso: e si tratta, si badi, di un particolare che nell'economia della narrazione avrebbe costituito il dato essenziale, visto che in quel modo il prevenuto avrebbe fornito al genitore la spiegazione più convincente e immediata della sua condotta di dare di gas senza poter guardare chi avesse investito. Il tenersi la testa era tanto essenziale, peraltro, da diventare il particolare suggerito dal padre nella telefonata n. 11, che ha palese contenuto di indottrinamento su quel che C avrebbe dovuto riferire agli inquirenti come versione ufficiale, onde contenere i rischi di un pesante addebito penale: *"...di che con una mano ti tenevi la testa, e guidavi, e non ti ricordi niente e hai guidato 4 / 5 chilometri, hai chiesto alla moglie che è successo, lei non aveva visto niente, i bambini piangevano dalla paura.. e ti hanno colpito con la mazza e tu sei caduto giù in coma. Quando sei caduto giù, il tuo fratello si è messo a piangere, e dopo che ti sei ripreso, tu sei salito con il cugino, con i figli del mio fratello in camper e la sua moglie, hai acceso il motore e sei scappato via, e non sai chi hai ammazzato"*.

Anche qui, significativamente, il figlio non aggiunge, al padre che gli dà consigli, riferimento alcuno ad un'azione aggressiva che stava continuando: se si fosse trattato di narrare fatti veri, pure dinanzi a chi gli stava dando istruzioni su come elaborare una versione di comodo, l'imputato avrebbe subito dovuto rappresentare che certamente si teneva la testa, non solo perché sanguinava ma anche e soprattutto perché la violenza era ancora in atto. Invece, nulla di tutto questo, neppure nelle altre e molteplici telefonate in cui l'interlocutore dell'imputato lo imbecca con inequivoci "devi dire" o "tieni a mente le mie parole", insistendo sul fatto che bisogna dire e ricordare di aver guidato con una mano sola, mentre con l'altro ci si teneva la testa. Ed è inconsistente, se non un tentativo di negare l'evidenza, l'assunto dello J secondo cui quello non fu un indottrinamento del padre, bensì un semplice ripetere

da parte del genitore una storia che il figlio gli aveva raccontato già in quei termini (guarda caso, nelle prime telefonate rimaste non intercettate), con insistenza volta solo a far sì che il giovane non se ne dimenticasse. La versione dell'imputato, su un'aggressione che continuava dal finestrino, risulta dunque non credibile. Se il particolare fosse stato vero, egli ne avrebbe fatto parola in almeno una di quelle numerose occasioni: e il fatto che sia emerso in seguito non può che spiegarsi come un tentativo più elaborato per cercare di minimizzare ancor più le proprie responsabilità, onde invocare una causa di giustificazione che con la versione abbozzata dal padre del prevenuto sarebbe rimasta comunque difficilmente conciliabile. A nulla rileva il particolare che le istruzioni impartite non vennero trasfuse in dichiarazioni formali dello J: è fin troppo scontato immaginare che, in sede di udienza di convalida e con l'assistenza di un avvocato che ben sapeva di non avere prospettive di assumere la sua difesa definitiva, vi fu il ragionevole consiglio di avvalersi della facoltà di non rispondere, quanto meno per riservare al prosieguo ogni determinazione in proposito. In definitiva, mancando un'aggressione perché nessuno lo picchiava o si agitava fuori dal finestrino, la ricostruzione sopra indicata al punto a - 1 non ha pregio; e, per la stessa ragione, non si può aderire a quelle *sub* a - 2 ed a - 3, che spiegherebbero la vicenda, in termini penalistici, come condotte realizzate in stato di necessità putativo o eccedendo colposamente i limiti di quella causa di giustificazione. Se nessuno stava aggredendo lo J, è infatti impossibile che egli si potesse convincere del contrario, né che vi fosse un'azione violenta ma di contenuto diverso (nella sua percezione del momento) da quello reale. Passando ad esaminare le evenienze di cui al punto b), che descrivono possibili modalità colpose della condotta del prevenuto od al più animate da mero dolo eventuale, assume rilievo il problema dell'urto (se frontale o laterale) fra il camper ed i soggetti investiti. Ma prima ancora, ed ancora una volta in base alla logica, va osservato che in assenza di aggressioni a lui od ai suoi familiari non vi era motivo alcuno per determinare l'imputato ad andar via da quei luoghi transitando sul marciapiede, piuttosto che facendo retromarcia e piegare sulla destra. In altre parole, anche ammettendo che per mera disattenzione egli si trovò a mettere in moto e ad avviare la marcia senza curarsi di dove stava dirigendo il veicolo, nella fattispecie non vi era un tragitto normale ed un possibile tragitto alternativo: di passare in quello che si è più volte definito come "corridoio", ove l'intento non fosse stato quello di uccidere o cagionare lesioni ad altri, non sarebbe venuto in mente a qualunque persona minimamente *compos sui*, visto che c'era un marciapiede con tanto di paletti di ferro. Ergo, già nella prima fase della condotta l'ipotesi che si trattò di una determinazione soltanto malaccorta o imprudente si rivela abbastanza peregrina. Quan-

d'anche si ammetta, poi, che per l'annebbiamento dovuto alla botta in testa lo J si fosse trovato per errore a innestare la prima e ad infilarsi nell'anzidetto corridoio, si dovrebbe senz'altro rilevare che - per quanto intontito o frastornato - egli fu comunque capace di dominare il veicolo, non foss'altro perché sterzò prima a sinistra e poi a destra esattamente nei momenti giusti, ovverossia quando fu necessario evitare lo scontro frontale con i camper in fila e quando vi fu da impegnare lo spazio libero fra il secondo e il terzo dei mezzi parcheggiati: ma allora, se tanto era presente da saper impartire i giusti impulsi nervosi alle mani sul volante, sfugge il perché non sarebbe stato altrettanto capace di inviare gli impulsi del caso al piede destro, al fine di arrestare la marcia agendo sul pedale del freno. Venendo quindi alle modalità e circostanze delle collisioni con i corpi dei soggetti passivi, si è già ricordato che i Consulenti della difesa, anche in ordine ai profili medico-legali, hanno inteso escludere la possibilità di urti con la parte anteriore del camper, e ciò in ragione della mancanza di segni evidenti dell'impatto. Il Procuratore della Repubblica rileva invece che non vi sarebbero dati di certezza quanto alle conseguenze che un impatto contro due persone, procedendo a velocità necessariamente ridotta (date le caratteristiche dei luoghi e considerando che il mezzo si era appena mosso dalla posizione di quiete), dovrebbe provocare su un veicolo di massa pari a quello in sequestro. Inoltre, deve ritenersi che l'urto di un camper sul corpo di una persona, anche se non particolarmente violento, sia senz'altro idoneo a cagionare conseguenze letali, non solo per effetto immediato della collisione ma in ragione del successivo impatto con il terreno della persona investita e di cui venga provocata la caduta. La seconda delle osservazioni dell'Organo inquirente appare condivisibile: tralasciando il problema di provare quali dovrebbero essere le tracce ragionevolmente riscontrabili su un veicolo di quel genere a seguito di urti frontali (anche perché la prova in positivo dovrebbe essere offerta dall'accusa, e non quella negativa dalla difesa), è un dato innegabile che le lesioni riscontrate sulle salme di NN e di NN risultino compatibili con l'ipotesi di un investimento, in base a quanto rilevato dal Dott. S. Muovendo da tale dato certo, sul quale si è detto sostanzialmente in accordo anche il Dott. P, poco sposta individuare la localizzazione dell'urto sul frontale o sulla fiancata del mezzo, o ipotizzare che le lesioni conseguenti derivarono dalla collisione diretta della massa del veicolo sul corpo del soggetto colpito, piuttosto che dalla caduta a terra degli investiti, proiettati in avanti o di lato: premesso che imboccare senza alcuna spiegazione plausibile un tratto di strada (anzi, di marciapiede) precluso alla circolazione dei veicoli, e dove siano state sistemate tavole e sedie, comporta *ipso facto* la percezione immanente del rischio di investire qualcuno, si è detto che la visuale dello J non era preclusa da al-

cunché, visto che nessuno lo stava picchiando o prendendo a bastonate come egli ha inteso far credere. *Ergo*, egli era in grado di vedere chiunque si trovasse davanti a sé, così come a sinistra o a destra, stando all'ampiezza delle superfici vetrate del camper non è neppure pensabile che qualche persona, trovatasi chissà come lungo una delle fiancate del veicolo e sulla direttrice di marcia, si sia avvicinata al camper sino a farsi dare una strisciata, piuttosto che darsela a gambe: chi venne urtato si trovava necessariamente davanti al mezzo, ed è altrettanto ragionevole che, proprio per evitare di essere investito, cercò di buttarsi di lato, finendo magari per essere colpito proprio con una parte laterale o uno spigolo. Ma, si ripete, una volta escluso che l'imputato avesse una percezione visiva limitata o si fosse trovato per sbaglio o quasi a transitare dove si verificarono gli investimenti, non ha alcun senso insistere sulla ricerca del punto preciso di impatto fra i corpi delle vittime e la carrozzeria del camper. Ciò, si ripete, anche alla luce delle conclusioni del Dott. S, che per entrambi i deceduti indica come più probabile, rispetto ad altre ricostruzioni, imputare alcune delle lesioni di maggior significato alla proiezione al suolo successiva all'impatto, mentre - assai correttamente - sostiene di non avere elementi oggettivi a sostegno dell'ipotesi che le persone offese vennero colpite dalla parte frontale del camper, piuttosto che da quelle laterali. Va peraltro esclusa, per quanto segnalata come possibile, l'evenienza di un trascinamento, e ritenuta invece plausibile quella di un sormontamento del corpo del solo minore (che si sarebbe realizzata senza lesioni indicative di un arrotamento, e perciò senza che gli pneumatici del veicolo vi passassero sopra). Per la prima ipotesi, è ancora il Dott. S a sostenere che le possibili lesioni da trascinamento - sul solo corpo del minore, e consistenti nella ferita al capo con perdita localizzata della cute e dei capelli - si spiegano meglio come conseguenza immediata della caduta; per la seconda, si registrano le approssimative dichiarazioni dei testi della famiglia N, che non sembrano brillare per precisione, ma l'altezza del pianale del camper, a dispetto delle sicure osservazioni negative della difesa, non rende affatto arduo pensare che NN andò a finire dopo l'urto e la caduta sotto il veicolo, passatogli sopra senza toccarlo nuovamente. Venticinque centimetri, in effetti, potrebbero anche essere un diametro eccessivo per il torace di un ragazzo di 13 anni alto m. 1,55, ove si tenga presente che lo spessore del corpo non dovrebbe misurarsi da un'ascella all'altra, bensì immaginando una sezione del busto dallo sterno alla colonna vertebrale: una volta caduto a terra dopo essere stato proiettato in avanti - l'Isp. V ha indicato in udienza una ragionevole proiezione di 5-6 metri, per una persona investita a 22 km/h - il ragazzo ben poté finirvi disteso ed esanime in posizione bocconi o supina, non certo di fianco. Con la conseguenza che il camper poté anche sormontarlo senza

arrostarlo con gli pneumatici, né necessariamente trascinarlo: evenienza, si ribadisce, possibile e non da dare per pacificamente ammessa. Va del resto considerato che è la stessa difesa a sostenere, al diverso fine di spiegare i presunti urti laterali, che NN venne investito per primo: è dunque a lui che dovrebbe imputarsi il sangue di cui alla macchia contrassegnata con la "B" nella fotografia riprodotta in precedenza, o - se si preferisce avere riguardo alle Tavole allegate alla relazione V - alla macchia più a sinistra fra quelle recanti i nn. 9 o 11. Non sfuggirà che, essendovi stata una prima deviazione a sinistra del mezzo investitore, resasi necessaria per non andare subito a sbattere addosso agli altri camper parcheggiati, l'andamento iniziale della traiettoria del veicolo condotto dall'imputato fu verso il muro di recinzione: e, certamente, tra la prima delle macchie nn. 9 o 11 e il muro si rileva una distanza superiore a m. 2,05 (basta considerare, in proporzione, l'ingombro dei mezzi disegnati sulle tavole, *ictu oculi* inferiore a quello spazio). Ma allora è evidente che, indifferentemente, NN poté essere colpito e proiettato in avanti, con il camper poi a passargli sopra senza trascinarlo, così come poté essere colpito con la parte anteriore destra del veicolo, o financo con lo specchietto laterale destro (il che non significa affatto che lo J non se ne avvide), mentre il mezzo si spostava verso il muro, per poi cadere a terra rimanendo a destra del camper che sopravanzava, senza alcun sormontamento. La ricostruzione si sposa anche con l'ubicazione dell'altra macchia di sangue, di cui al cartellino "D": se quello fu il punto in cui cadde NN, e confermando anche per lui una proiezione a terra dell'ordine indicato dal C.T. della difesa (il quale ha sostenuto, su specifica domanda, che una proiezione siffatta si verifica anche in caso di urti laterali), ecco che egli venne urtato, magari dallo spigolo anteriore sinistro del camper o comunque da quel lato della carrozzeria, per poi cadere sul selciato mentre il mezzo investitore già girava a destra per allontanarsi definitivamente da quei luoghi. Passando fra il secondo dei camper in sosta e il terzo (quello del M, più indietro), lo J si lasciò necessariamente il corpo del secondo soggetto investito alla propria sinistra, e qui non vi fu proprio possibilità di sormontamento, ipotesi che sarebbe stata fisicamente non verificabile per un adulto come lui, a fronte dei 25 centimetri di altezza da terra del pianale del camper. Immaginare che il ragazzo venne investito per primo e lo zio per secondo, come ipotizzato dalla difesa, è peraltro anche plausibile su base logica: non conoscendo dove si trovassero le due vittime all'inizio della manovra dello J, non è possibile dire se l'uno o l'altro sarebbero stati raggiunti prima, ma se tutti stavano ragionevolmente scappando per non farsi investire, dirigendosi d'istinto verso la via di fuga che li allontanava dalla fonte di pericolo, la presenza di spirito e la velocità di un adulto comunque giovane sarebbero state superiori a quelle di un ragazzino di

13 anni. Ci sta, dunque, che NN fosse arrivato più lontano. E ci sta anche, per completezza di esposizione, che chi cercava scampo tentasse non solo di fuggire in quella direzione, ma si spostasse anche di lato, rendendo ancor più plausibile l'ipotesi di un urto laterale: ipotesi che, sia detto per l'ennesima volta, non avvalora in alcun modo l'assunto difensivo della non volontarietà della condotta del prevenuto. Ne deriva, pertanto, che non vi è spazio alcuno per accreditare le ipotesi sopra tratteggiate ai punti b -1 e b - 2: e non resta che prendere atto della doverosa e unica possibilità di ricostruire la condotta dello J in termini di dolo diretto. Il problema di chi fu il soggetto investito per primo, secondo il P.M., non sposterebbe granché: concludendo per il dolo, sia pure senza premeditazione, il Procuratore della Repubblica indica in NN il vero obiettivo dell'azione criminosa dell'imputato, ma allora, se il primo investito fu il ragazzo, il prevenuto lo investì pur di raggiungere l'altro; se fu l'adulto, uno spazio di 10 metri circa a 36 km/h avrebbe potuto senz'altro consentire allo J di desistere da quella manovra. Tra le macchie di sangue "B" e "D", abbastanza in linea l'una rispetto all'altra, vi sono infatti poco meno di 10 metri, e 36 Km/h risulta ammessa concordemente dalle parti come velocità di uscita del camper investitore dal "corridoio". Dati che in effetti, immaginando che fu il ragazzo a lasciare la traccia indicata con la "D", farebbero pensare alla concreta possibilità per lo J di arrestarsi per non investire anche il minore, certamente estraneo a quel che era accaduto in precedenza. Ma ciò non accadde: perciò, o NN fu colpito perché venne a frapporsi tra il soggetto attivo e colui sul quale il primo voleva rivalersi (così rivelando che l'imputato volle uccidere NN, anche a costo di uccidere altri), oppure perché, dopo aver realizzato il suo scopo investendo l'adulto, lo J volle perseguire l'obiettivo di darsi alla fuga, e pur di raggiungerlo non esitò ad investire anche il minore. Già le osservazioni appena tratteggiate danno la misura dell'intensità del dolo in capo al prevenuto, tema che comunque merita un approfondimento in punto di necessaria ricostruzione dei fatti presupposti. Su quel che accadde nel tardo pomeriggio del 2 maggio 2009, inizialmente in assenza dell'imputato, vi sono ancora dei dubbi: e la difesa ha particolarmente insistito sulla non attendibilità dei testi della famiglia N, tanto da aver prodotto i verbali delle loro iniziali dichiarazioni agli inquirenti, onde farne emergere le discrasie. In particolare, al di là di altri aspetti di minor significato, vi sarebbero una circostanza vera data come falsa da quei testimoni (la ferita al capo dell'imputato, che essi escludono di aver visto), ed una falsa data invece come vera (il fatto che qualcuno, peraltro con una certa confusione tra l'uno o l'altro dei fratelli J, dette una coltellata a NN). Non altrettanto spessore hanno le imprecisioni un po' fantasiose dei testi dell'accusa quanto ai coltelli branditi da C o da "G", con il primo che ad un

certo punto si sarebbe trovato in mano due coltelli e un bastone, senza di fatto poter impugnare efficacemente gli uni o l'altro: che l'imputato e suo fratello avessero almeno un coltello ciascuno è da ritenere dimostrato, visto quel che dichiarò il M e considerando i segni evidenti sulle fiancate dei camper dei N. Pensare, a tal proposito, che sarebbero stati gli stessi N a sfogarsi dando coltellate ai loro beni perché presi dalla rabbia o dallo sconforto, come sostenuto dal prevenuto, è osservazione che non merita commento. Perciò, ancora una volta, l'andamento dei fatti si chiarisce non tanto esaminando le contrapposte versioni, ma richiamando dati oggettivi e la più volte ricordata deposizione di "B", il quale:

- ricorda che il fratello del prevenuto aveva "bevuto abbastanza", già prima che egli andasse a fare la spesa con C;
- tornò all'accampamento e si rese conto che il fratello di C stava discutendo animatamente con NN;
- vide eccome i coltelli, sì da intervenire in prima persona convincendo JC a dargli quello che stava usando per minacciare lo stesso NN;
- non vide alcuna coltellata sferrata all'indirizzo di NN, gesto che perciò deve ritenersi non vi sia mai stato (se non, al più, come segno di affronto equivocato da taluno come offesa diretta, mentre i fratelli brandivano gli anzidetti coltelli: è possibile altresì che, essendo rimasto il D ancora armato di coltello - mentre l'imputato aveva dato il suo al M, e questi l'aveva consegnato alla M - fu appunto "G" a tornare ad affrontare NN, senza colpirlo, quando "B" si era allontanato, ma è evenienza priva di riscontri);
- non vide dare una bastonata o sprangata in testa all'imputato, ma (come già rilevato) si allontanò momentaneamente dalla scena ritenendo che la situazione si fosse calmata, il che fa ritenere che il colpo in testa - di cui vi sono risultanze obiettive - intervenne in quel lasso di tempo.

Perciò, è certo che prima dell'epilogo della vicenda si verificò un alterco violento tra DD, da una parte, e NN dall'altra: alterco probabilmente dovuto all'abuso di alcolici, il che la dice lunga sulla disinvoltura con cui, in certi ambienti, offese oggettivamente inconsistenti possano assurgere ad affronto personale, sino a ricorrere alla violenza ed alla sopraffazione dell'altro. Forse era stato NN ad insistere con il fratello dell'imputato affinché bevesse ancora, o forse no, fatto sta che fu lui a dargli uno o più schiaffi, assurgendo pertanto a suo diretto antagonista: veste che, una volta tornato l'imputato, egli si trovò ad assumere anche agli occhi di quest'ultimo. La difesa ha sostenuto invece che lo J non sapeva che a schiaffeggiare il fratello fosse stato proprio NN: tesi che risulta smentita dalle stesse dichiarazioni del D, il quale ha sostenuto

di aver dormito per un po' dopo il primo diverbio, e che il secondo era cominciato quando la moglie gli aveva chiesto cosa fosse successo, con lui a indicare la persona che lo aveva schiaffeggiato in precedenza (dunque, il defunto N) e questi ad apostrofarlo perché non voleva che si parlasse male di lui; a quel punto ne era venuto fuori un altro litigio, il D aveva preso un altro schiaffo al quale aveva reagito con un pugno e in quel momento era arrivato l'imputato. La scena, con tanto di vie di fatto tra il fratello e NN, si sarebbe svolta così, almeno in parte, dinanzi alla percezione diretta del prevenuto. E NN, fermo restando il dubbio su chi dette all'imputato il colpo in testa (forse lo stesso N, che non aveva digerito di essere stato aggredito da dietro e minacciato con il coltello?), divenne l'avversario di tutti e due, tanto che JC se l'era presa proprio con lui, mentre andava dimenando armi da taglio. Ricollegando quegli eventi allo sviluppo successivo dell'azione, si conviene pertanto con il Pubblico Ministero nel ritenere che l'imputato, con la condotta conclusiva, perseguì uno scopo coerente con quel che era successo poco prima: uccidere NN. Scopo per perseguire il quale accettò quanto meno il rischio, se non giungendo addirittura ad una volizione diretta, che anche altri rimanessero feriti o uccisi: atteggiamento che correttamente il Procuratore della Repubblica definisce come "sostanziale *disinterebbe*, in termini di finalità dell'agire delittuoso, verso gli altri appartenenti al nucleo avversario, non coinvolti nell'episodio, individuando nel predetto sin da subito il *bersaglio* del proprio gesto delittuoso". E' dunque da ritenere che la condotta, produttiva della morte di NN come evento voluto e perseguito dall'agente, nonché della morte di NN e delle lesioni di DJ come eventi accettati quali conseguenze ineludibili o probabili, assuma connotazione unica: unicità che trova materialmente conferma nella già ricordata e sostanziale collocazione in linea (lungo un'ideale retta parallela all'asse dei primi due camper in sosta) delle macchie di sangue corrispondenti a dove andarono a cadere i corpi delle vittime rimaste uccise. In punto di dolo, l'imputato maturò il proposito nel concitato frangente in cui occorsero gli eventi - fra i quali il colpo infertogli alla testa, il che dovrà comunque incidere sulla ravvisabilità della provocazione - successivi alla momentanea ricomposizione del diverbio, constatata dal M; per quanto poté trattarsi di un lasso di tempo assai breve, esso fu sufficiente per la maturazione di quella volontà, mantenuta pervicacemente per tutto lo sviluppo dell'azione criminosa. Si trattò di una decisione che egli assunse ben sapendo che ne sarebbe potuta derivare anche la morte, o lesioni personali, in danno di altri. Ed è parimenti corretto che, se può ammettersi dolo eventuale in ordine alle lesioni personali cagionate alla D, non altrettanto è a dirsi per la morte di NN. Quanto alle lesioni, imponendosi la derubricazione dell'addebito concernente la D da tentato omicidio all'ipotesi

delittuosa di cui all'art. 582 c.p. anche per la più volte affermata incompatibilità del tentativo rispetto a forme di dolo diverse da quello diretto od almeno alternativo, è infatti impossibile sostenere che la donna fu materialmente urtata dal camper, come rilevato dal Dott. S: ed allora, dovendosi in caso di dubbio pervenire alla soluzione più favorevole al prevenuto, è giocoforza ritenere provato solo che ella riportò lesioni nel buttarsi di lato, onde sfuggire all'investimento. Situazione che, al più, lo J poté ritenere come conseguenza probabile, ma non certa, del proprio agire. In ordine invece al decesso di NN, e per quanto sopra evidenziato, l'imputato ebbe l'immediata percezione della presenza del ragazzo, ma non di meno decise di non interrompere la propria azione: dunque non vi fu mera accettazione del rischio di ucciderlo, ma assai più. Ciò si verificò sia nel caso che il 13enne venne a trovarsi sulla "linea di tiro" prima della vittima predestinata (ricostruzione che i dati obiettivi già illustrati fanno ritenere più probabile), sia nel caso che il prevenuto lo raggiunse dopo aver già realizzato lo scopo di investire NN, preferendo allora perseverare nella manovra pur di garantirsi la fuga invece che rispettare l'obbligo di arrestarsi per scongiurare altre fatali conseguenze della sua condotta e non attentare all'incolumità di un innocente, rimasto senz'altro estraneo alle balorde contrapposizioni di poco prima e verso il quale lo J non poteva certamente nutrire sentimenti di vendetta o rivalsa. In definitiva, giungendo a risolvere le alternative indicate pagine addietro, la ricostruzione che risulta dall'istruttoria dibattimentale è senz'altro quella descritta al punto c- 3. Né vale, in prospettiva contraria, argomentare che lo J avrebbe dimostrato in momenti successivi di non essere consapevole delle conseguenze provocate dalla sua condotta. Secondo la difesa, le intercettazioni telefoniche dimostrerebbero che l'imputato non si era effettivamente accorto di avere investito delle persone, tanto da rimanere sgomento alla notizia, datagli dal padre, che c'erano stati due morti: le cose non stanno affatto così, perché lo J dimostrò semplicemente di non sapere che qualcuno ci aveva rimesso la pelle, non certo di ignorare il fatto materiale degli investimenti. Nella telefonata n. 4 il prevenuto chiede al padre *"di quello ragazzo"*, che il genitore inizialmente gli aveva detto essere *"in coma"*; nel corso della conversazione, si sente dire che in realtà è deceduto, ed allora ribatte: *"ma è vero, padre, che è morto?"*. Nella telefonata n. 6, dopo aver ricevuto le ricordate istruzioni dal padre su cosa dire e cosa no, si esprime dicendo *"preghiamo Dio che non siano due"*. Da quelle affermazioni non emerge in alcun modo la ricchezza di sentimenti dell'imputato, tanto meno la sua genuina convinzione di non aver fatto del male ad alcuno: egli rimase sgomento alla notizia del primo morto, e cominciò a sperare che i morti non fossero due, per la semplice ragione che stava comprendendo di aver combinato un guaio enorme, da cui non sapeva

come uscire, e sperava che le conseguenze non fossero ancora più gravi perché si prefigurava gli anni di carcere che gli sarebbero toccati, tanto da mettersi in proposito a far di conto con il padre, in più di un colloquio. In ogni caso, da nessuna parte si evince che non si fosse accorto di avere investito delle persone: al massimo, non sapeva quali conseguenze ne fossero derivate, e dopo l'iniziale scoppio di adrenalina con la volontà di uccidere o ferire confidava di non aver provocato conseguenze irreparabili. Proprio dicendo "preghiamo che non siano due", già sapendo che un morto c'era stato, egli dimostrava senza dubbio di essere ben consapevole che un'altra persona rischiava la vita (proprio perché, evidentemente, due persone egli sapeva di avere investito). Atteggiamento, questo, che data l'alternanza di sfoghi d'impeto e momenti di riflessione appare in linea con l'idea stessa di una provocazione subita, come tra poco si dirà. E nello stesso senso è peraltro indicativa anche la telefonata n. 1, quando lo J se la prende subito con il fratello per essere stata la causa di tutto ("...tu sei stato fortunato, perché a me mi hanno spaccato la testa, per i tuoi problemi"). In ordine all'attenuante ex art. 62 n. 2 c.p., si è già ricordato come il colpo alla testa fu di poco precedente rispetto alla condotta omicidiaria, e non è possibile credere ad un intervallo di quindici minuti di calma, come riferito da JB che peraltro esclude il colpo in testa dato all'imputato, non foss'altro perché in quel periodo l'imputato o la moglie avrebbero avuto tutto il tempo di richiudere la veranda. Peraltro, anche aderendo a quella ricostruzione in punto di scansione cronologica degli eventi, si deve prendere atto degli insegnamenti della giurisprudenza di legittimità, secondo cui "in tema di provocazione, il dato temporale deve essere interpretato con elasticità, non essendo necessaria una reazione istantanea. Tuttavia l'immediatezza della reazione rispetto al fatto ingiusto altrui rende più evidente la sussistenza dei presupposti di tale circostanza attenuante, mentre il passaggio di un lasso di tempo considerevole può assumere rilevanza al fine di escludere il rapporto causale e di riferire la reazione ad un sentimento differente, quale l'odio o il rancore a lungo provato" (Cass., Sez. I, 8 – 23 aprile 2008, in *CED Cass.*, rv 240283, relativa ad una fattispecie in cui tra il fatto ingiusto e la reazione era intercorso un tempo di dieci minuti). La stessa pronuncia (rv 240282) segnala che "ai fini della configurabilità dell'attenuante della provocazione occorrono: a) lo *stato d'ira*, costituito da una situazione psicologica caratterizzata da un impulso emotivo incontenibile, che determina la perdita dei poteri di autocontrollo, generando un forte turbamento connotato da impulsi aggressivi; b) il *fatto ingiusto altrui*, costituito non solo da un comportamento antiggiuridico in senso stretto, ma anche dall'inosservanza di norme sociali o di costume regolanti l'ordinaria, civile convivenza, per cui possono rientrarvi, oltre ai comportamenti sprezzanti o

costituenti manifestazione di iattanza, anche quelli sconvenienti o, nelle particolari circostanze, inappropriati; c) un *rapporto di causalità psicologica* tra l'offesa e la reazione, indipendentemente dalla proporzionalità tra esse”.

Nella vicenda in esame, indubbiamente, i connotati dell'attenuante vi furono, stante la circostanza che, pur essendo stato l'imputato a valicare per primo la soglia di una violenza idonea a ledere l'integrità fisica altrui (prima del suo ricorso al coltello erano soltanto volati schiaffi), il forte colpo in testa gli venne inferto in un momento di apparente ricomposizione del dissidio, od almeno non è provato che a ricominciare fosse stato lui o il fratello. Pacifica l'ingiustizia della sprangata o bastonata, è altrettanto evidente lo stato d'ira che ne conseguì, non già facendolo insorgere *ex novo* ma aggravando una tensione emotiva presente e solo momentaneamente accantonata, dovuta alla volontà di imporre un *redde rationem* a chi se l'era presa con un suo congiunto. Innegabile è infine la causalità tra quel fatto ingiusto e lo stato d'ira, non essendo certamente sostenibile che, ove il colpo alla testa non fosse stato sferrato, lo J avrebbe comunque realizzato un intento omicida, magari approfittando che il M si fosse allontanato fino a trovarsi nell'impossibilità di fermarlo di nuovo. La mancanza di proporzione tra fatto ingiusto e reazione, su cui il P.M. ha particolarmente insistito per escludere la ravvisabilità dell'attenuante, è peraltro da valutare secondo quanto affermato dalla Suprema Corte, che - ancor più di recente - ha sostenuto che “per la sussistenza della circostanza attenuante della provocazione non è richiesta una vera e propria proporzione tra offesa e reazione, mentre è comunque necessaria l'adeguatezza della risposta rispetto alla gravità del fatto ingiusto, occorrendo un nesso causale tra il secondo e la prima che va escluso in presenza di una sproporzione molto consistente” (Cass., Sez. I, 6 novembre – 14 gennaio 2009, in *CED Cass.*, rv 242622). Elementi, comunque, da valutare in concreto e secondo la percezione che ne poté avere il soggetto attivo del reato: nel caso di specie, essendogli stata inferta una lesione di obiettiva consistenza, ad una parte del corpo connotata da organi vitali, non sembra si possa ragionevolmente escludere una proporzione, pur nei limiti ora precisati. L'attenuante in parola esclude pertanto, già su un piano ontologico, la circostanza di segno contrario indicata in rubrica: come parimenti evidenziato in univoci orientamenti giurisprudenziali, “la circostanza aggravante dei futili motivi è incompatibile con l'attenuante della provocazione, non potendo coesistere stati d'animo contrastanti, dei quali l'uno esclude l'ingiustizia dell'azione dell'antagonista” (Cass., Sez. V, 26 gennaio – 7 maggio 2010, in *CED Cass.*, rv 247222).

Venendo al trattamento sanzionatorio, si reputa conforme a giustizia, per la particolare intensità del dolo palesata dalla condotta criminosa,

indicare quale pena base per il delitto immediatamente perseguito dallo J (l'omicidio di NN) quella di anni 22 di reclusione, da ridurre ad anni 17 per effetto dell'attenuante appena tratteggiata. L'intensità del dolo, e la pervicacia dimostrata dall'agente pur di realizzare l'obiettivo, giustificano una pena non ancorata al minimo edittale, e una riduzione *ex art. 62 n. 2 c.p.* in termini inferiori al massimo consentito dalla legge: ciò tenendo conto, del resto, della sussistenza di una volontà di sopraffazione dello J verso la propria vittima che già esisteva prima del fatto ingiusto da lui subito, per quanto non in termini tali da determinarlo a volerne la morte. Non si ritiene invece che l'imputato meriti la concessione di attenuanti generiche: la sola incensuratezza, come impone la legge, costituisce dato insufficiente, e va peraltro considerato che dalle intercettazioni il prevenuto emerge come persona adusa a fornire generalità fasulle disponendo di documenti falsi, che si affretta a distruggere dietro il consueto suggerimento del padre. Quale comportamento *post delictum*, al di là del diritto di non dire la verità che l'ordinamento riconosce (ma del cui esercizio appare doveroso tener conto, ove si giunga ad offrire versioni posticce e palesemente di comodo), nulla depone in senso favorevole allo J, neppure in punto di ristoro, sia pure morale o simbolico, verso le persone offese. Stante l'unicità dell'azione, attraverso la quale vennero a realizzarsi una pluralità di eventi, si impone *ex art. 81 co. 1 c.p.* un duplice aumento di pena mediante cumulo giuridico: l'aumento per l'ulteriore reato di omicidio, caratterizzato da dolo diretto e posto in essere ai danni di un ragazzo di soli 13 anni, si stima conforme a giustizia in anni 9 di reclusione, mentre quello per le lesioni in danno della D in anni 1 di reclusione.

Si perviene così alla pena finale di anni 27 di reclusione.

Conseguono per legge la condanna alle spese processuali ed alla rifusione delle spese di mantenimento in carcere durante la custodia cautelare, nonché le pene accessorie di cui agli artt. 29 e 32 c.p., in ragione dell'entità della pena inflitta.

Sui beni in sequestro, si impongono le determinazioni di cui al dispositivo: non sembra che ricorrano le ragioni invocate dal P.M. per la confisca del camper appartenente al prevenuto, quale mezzo utilizzato per commettere il reato, dal momento che si trattò di una destinazione funzionale meramente occasionale.

Per effetto della costituzione di parte civile, DJ (anche quale esercente potestà sui figli minori) e NR hanno diritto a vedersi liquidate le relative spese, nonché a vedere accolte le loro domande principali in punto di risarcimento del danno, essendo prossimi congiunti di NN (rispettivamente, moglie e padre): la D non risulta essersi costituita in ordine al delitto di lesioni che la vede direttamente persona offesa. Analogamente è a dirsi per JB, NV, NR e NR in relazione alla morte di

NN (figlio della prima, e fratello degli altri). Le spese di costituzione, per i rispettivi difensori, si indicano nei termini di cui al dispositivo, con riduzione delle istanze di cui alle notule e tenendo conto sia della pluralità delle parti assistite che della circostanza della necessità di porre dette spese a carico dell'Erario, essendo l'imputato ammesso al patrocinio a spese dello Stato.

In ordine alla domanda principale, in mancanza di voci di danno patrimoniale, il margine di discrezionalità del giudicante è assai ampio, come insegna la Corte di Cassazione in numerosi arresti. Si è affermato in particolare che “la valutazione equitativa dei danni non patrimoniali è rimessa al prudente apprezzamento del giudice di merito e non è sindacabile in sede di legittimità, qualora abbia soddisfatto l'esigenza di ragionevole correlazione tra gravità effettiva del danno e ammontare dell'indennizzo, correlazione motivata attraverso i concreti elementi che possono concorrere al processo di formazione del libero convincimento” (Cass., Sez. V, 27 ottobre – 24 novembre 2006, in *CED Cass*, rv 235024). Si è altresì rilevato che “la persona offesa dal reato che invoca in sede penale l'accertamento del fatto costitutivo del suo diritto al risarcimento o alla restituzione non è esonerata dall'obbligo di provare la portata lesiva del fatto, la specie e l'entità della lesione subita, la riconducibilità della lesione al fatto reato e di fornire gli elementi indispensabili per la quantificazione del danno. In relazione al danno non patrimoniale, comunque, la valutazione del giudice del merito non può essere analitica ma è rimessa, in via equitativa, al suo prudente apprezzamento e non è sindacabile in sede di legittimità se contiene l'indicazione di congrue, anche se sommarie, ragioni del processo logico adottato” (Cass., Sez. V, 31 gennaio – 2 marzo 2007, in *CED Cass*, rv 236262). In una vicenda come quella in esame, non ci si trova dinanzi a ipotesi di danno biologico, né soltanto di danno morale nel senso tradizionalmente inteso di lesione dell'integrità psico-fisica della persona che lo invoca; il danno risarcibile non coincide neppure con lo stato di sofferenza che naturalmente consegue alla perdita di un prossimo congiunto. La famiglia di NN e quella di NN sono state sconvolte nell'interesse - giuridicamente meritevole di tutela, e facente capo a tutti i rispettivi componenti - all'intangibilità della sfera degli affetti reciproci e della scambievole solidarietà: e non è necessario, per ritenere leso drammaticamente quell'interesse, fornire la prova in concreto di un rapporto, fra ciascuna delle parti civili e i due defunti, connotato da affetto, affidamento e frequentazione, in quanto chi invoca la sua domanda di giustizia è genitore, coniuge o fratello di uno degli uccisi. Nel caso di NN, si tratta di un ragazzo di appena 13 anni, il che incide sia sulla drammaticità della sofferenza inflitta a chi lo perse come figlio, sia sulla verosimile attualità della confidenza di affetti anche tra fratelli, a differenza di quel che potrebbe accadere quando i

destini dell'uno si separino da quelli dell'altro, in età più avanzate. I criteri di liquidazione equitativa *ex artt.* 1226 e 2056 c.c., del resto, si fondano su argomenti di giustizia sostanziale, non matematici, e non possono non tenere conto, in una situazione come quella in esame, della circostanza che gli eventi si produssero per accadimenti al limite della banalità, pur essendosi esclusa doverosamente l'aggravante dei futili motivi, ed a causa di contrasti che non dovrebbero trovare spiegazione in qualsivoglia contesto culturale. Si reputa pertanto doverosa una quantificazione elevata, nei termini di cui al dispositivo, diversificando le posizioni di chi è genitore o di chi è coniuge da quelle dei fratelli, in ragione di quel comune sentire che vuole ancor più incolmabile per un padre o una madre il vuoto lasciato dalla perdita di un figlio. Venendo infine alle istanze risarcitorie nei confronti dei responsabili civili, la difesa dell'imputato e quelle delle parti civili hanno comunque instato per la relativa condanna, dal momento che:

- anche in base agli insegnamenti della Corte Costituzionale, e in particolare per effetto della sentenza n. 112/1998, l'ingresso del responsabile civile nel processo penale è comunque finalizzato alla tutela delle ragioni del terzo danneggiato;
- non rileva che conducente e proprietario effettivo del mezzo fosse persona diversa dall'assicurato, dovendo in realtà gravare sul proprietario formale l'onere di dimostrare che il veicolo fosse condotto contro la sua volontà;
- nello specifico, sia l'imputato che il fratello hanno concordemente riferito di aver provveduto a pagare i premi dell'assicurazione, pur essendo i rispettivi camper intestati a BR: se ne deve ricavare la conclusione che la compagnia "AXA" fosse perfettamente a conoscenza del fatto che i veicoli fossero in possesso dei due J;
- come più volte affermato dalla Corte di Cassazione, la copertura assicurativa in caso di responsabilità per la circolazione degli autoveicoli si estende anche al danno provocato con dolo, e nei casi di contratti stipulati da compagnie estere la legittimazione passiva compete all'U.C.I.;
- esiste comunque legittimazione passiva anche della "AXA" Italia, perché fu proprio l'U.C.I. a indicarla come soggetto cui rivolgere le istanze di copertura ed incaricato della trattazione della vicenda, come da comunicazione del 30 luglio 2009 versata in atti.

Si conviene però con le opposte argomentazioni della difesa dei responsabili civili, nei termini di cui appresso. L'U.C.I. e la "AXA Assicurazioni" S.p.a. argomentano che il camper di cui si discute aveva targa belga, e mediante la c.d. "carta verde" poteva viaggiare in Italia con regolare copertura assicurativa; ciò perché ogni Paese aderente alla convenzione internazionale intervenuta in proposito è demandato ad

istituire al proprio interno un ufficio preposto a conoscere degli eventuali sinistri (in Italia è appunto l'U.C.I.). Quanto al contratto stipulato a monte, esso era intervenuto in Belgio, e faceva capo alla compagnia "AXA Belgium" s.a. (che è soggetto giuridico diverso dalla S.p.a. italiana): dunque, non ha pregio l'osservazione secondo cui la compagnia avrebbe saputo già del versamento dei premi da parte degli J. In effetti, il rilievo si dovrebbe muovere ad un soggetto rimasto estraneo al presente processo. In caso di sinistro, occorre verificare se il veicolo con targa non italiana che se ne sia reso protagonista sia assicurato: a quel punto, per l'istruttoria del caso, l'U.C.I. delega una compagnia italiana, che di norma è la corrispondente di quella straniera (infatti, qui venne delegata "AXA Assicurazioni" S.p.a.). La compagnia italiana, però, e proprio per questa ragione, è soggetto che nulla ha a che vedere con l'istanza risarcitoria, e mai potrebbe essere chiamata a rifondere i danni, essendo preposta solo alle pratiche formali di verifica dell'effettività del sinistro e di valutazione dell'entità dei danni. Già a questo punto, pertanto, le eventuali ragioni civilistiche dovrebbero intendersi correttamente rivolte, in linea di principio, solo nei riguardi dell'U.C.I. Proseguendo nella disamina della fattispecie concreta, non vi è dubbio che il camper trg. PZW*700 sia intestato a RB, e fu sempre lui ad aver stipulato il contratto di assicurazione con la compagnia belga; nella dichiarazione autografa del B versata in atti e confermata dall'imputato, la cui ammissione sul punto ha fatto ritenere superata la necessità di escutere il primo, già indotto come teste, si trova conferma di quel che appariva evidente, ovvero che chi aveva comprato il camper e chi aveva interesse a farlo circolare previa copertura assicurativa non era il B ma lo J, che non avendo documenti validi (era addirittura privo di patente) non si poteva intestare il mezzo né condurlo, né contrarre assicurazioni di sorta. Perciò, ad avviso del difensore dell'U.C.I. vi fu un'intestazione simulata per interposizione di persona, già in ordine all'acquisto del mezzo, e analogamente accadde per l'assicurazione: da ciò il responsabile civile intende far derivare la conseguenza della nullità dei contratti per illiceità della causa. In vero, l'argomentazione non appare conferente: se è vero che l'ordinamento italiano non appresta tutela a rapporti contrattuali quando la causa del negozio sia illecita, in base all'art. 1344 c.c., sembra quanto meno azzardato riconoscere valore di norme imperative a quelle dettate in tema di regolarità del soggiorno in Belgio o in Italia (che nel caso di specie vennero peraltro eluse solo indirettamente, costituendo la disponibilità di una vettura assicurata solo uno strumento che rende più agevole, e non consente come tale, la permanenza irregolare di uno straniero sul territorio). Il problema è invece un altro, e deve individuarsi nella ricerca della legge applicabile alla disciplina del rapporto contrattuale di cui si discute:

problema da risolvere alla luce della provenienza - dall'imputato, e non già dalle parti civili - della domanda civilistica che è stata proposta in questa sede. La domanda avanzata nei confronti del soggetto che si ritiene preposto alla copertura assicurativa non invoca infatti un titolo di responsabilità per fatto illecito, ma si risolve al contrario in una istanza volta a far valere una responsabilità contrattuale. Pur dovendosi dare per assodato il principio, affermato più volte in giurisprudenza, secondo cui il danneggiato per effetto di un sinistro stradale può essere risarcito dalla compagnia che assicura l'autore della condotta anche in caso di responsabilità dolosa, qui non si verte in una ipotesi di illecito extracontrattuale: non è il danneggiato (qui, le parti civili) ad avere proposto una domanda in cui si invoca la sussistenza del fatto illecito di un assicurato, e per tale ragione si chiede copertura assicurativa al soggetto chiamato a tenere indenne il primo. Dunque, in base alle norme vigenti in tema di diritto internazionale privato, non trova applicazione l'art. 62 della Legge n. 218/1995, secondo cui "la responsabilità per fatto illecito è regolata dalla legge dello Stato in cui si è verificato l'evento". La domanda avanzata dinanzi al Giudice italiano è invece quella di un soggetto che, in quanto utilizzatore (in Belgio e altrove) di un veicolo assicurato da una compagnia belga, ed in base a un contratto parimenti stipulato in Belgio su quel veicolo, chiede l'applicazione delle previsioni del contratto: *ergo*, vuole che i danni cagionati dalla circolazione del mezzo assicurato veicolo rientrino nella copertura prevista. La disciplina regolatrice di quella domanda non può che essere, pertanto, quella regolatrice del contratto presupposto: è solo un'evenienza estranea al contratto che i fatti in base ai quali si invoca l'anzidetta copertura si siano realizzati in Italia. A questo punto, in base alla Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 19 giugno 1980, ratificata e resa esecutiva in Italia dalla Legge n. 975/1984, è previsto che ogni contratto possa essere regolato da una legge scelta dalle parti (art. 3), ma non è questo il caso; il successivo art. 4 statuisce che, in mancanza di opzioni delle parti, il contratto sia regolato "dalla legge del Paese col quale presenta il collegamento più stretto", e - co. 2 - "si presume che il contratto presenti il collegamento più stretto col Paese in cui la parte che deve fornire la prestazione caratteristica ha, al momento della conclusione del contratto, la propria residenza abituale, o, se si tratta di una società, associazione o persona giuridica, la propria amministrazione centrale". Il contratto in questione è tra il B, dietro il quale vi era l'imputato, e "AXA Belgium" s.a.: ed appare evidente che la "prestazione caratteristica" non possa che essere quella correlata all'obbligo di corrispondere somme a titolo di indennizzo in favore dell'assicurato: prestazione da imputare alla compagnia belga (che in Belgio ha la propria sede e amministrazione) anche se materialmente

demandata all'U.C.I. Dovendo perciò applicare la vigente legge belga, emanata il 25 giugno 1992 ed offerta in produzione dal difensore dei responsabili civili, è agevole rinvenirvi alcune previsioni dirimenti. L'art. 6, richiamato dal suddetto difensore, prevede che "quando l'omissione o l'inesattezza" (nelle informazioni da parte dell'assicurato) "intenzionali nella dichiarazione inducono in errore l'assicuratore sugli elementi di apprezzamento del rischio, il contratto di assicurazione è nullo". Soprattutto, l'art. 8 statuisce che "nonostante ogni pattuizione contraria, l'assicuratore non può essere tenuto a fornire la propria garanzia nei confronti di chiunque abbia causato intenzionalmente il sinistro".

La domanda non può pertanto trovare accoglimento.

Va in ogni caso rigettata l'istanza promossa *ex art.* 541 c.p.p. (pur intendendo estesa la portata applicativa di detta norma dopo la pronuncia della Corte Costituzionale che ha consentito anche all'imputato la citazione in giudizio del responsabile civile), sussistendo in ragione della peculiarità del caso e della complessità delle questioni sottese giusti motivi per la compensazione delle spese. La complessità del processo rende infine necessario dilatare il termine di legge per il deposito della motivazione della presente sentenza, fino a novanta giorni. (*Omissis*).

(1) Stato d'ira «trasversale».

Nel riconoscere la sussistenza dell'attenuante di cui all'art. 62 n. 2 c.p., la sentenza del Tribunale di Perugia richiama, per molti aspetti, indirizzi ampiamente consolidati della giurisprudenza di legittimità. Una peculiarità del caso concreto può peraltro ravvisarsi nell'estensione dell'azione lesiva a persona diversa dal provocatore: l'imputato non uccide solo l'uomo con il quale aveva violentemente altercato, ma anche il di lui congiunto minore di età (e provoca lesioni a una terza vittima). Né si versa in ipotesi di *aberratio ictus*, poiché il ragazzo è investito deliberatamente dal veicolo condotto a tutto gas dall'imputato: *non vi fu mera accettazione del rischio di ucciderlo, ma assai più*, osserva il giudice, ravvisando una *sostanziale indifferenza* dell'imputato alle conseguenze della sua corsa sconsiderata e con ciò configurando, a quanto pare, un dolo alternativo. L'attenuante è riconosciuta per tutti i reati (quel che concretamente rileva ai fini del trattamento punitivo è che sia riconosciuta per entrambi gli omicidi).

Legittimo chiedersi, in tale situazione, quanto residui delle fibre che dovrebbero sostenere il legame causale fra la provocazione e il fatto-reato, posto che la reazione si connota di palese arbitrarietà. Di più: sfugge lo stesso fondamento etico della clemenza, almeno secondo i codici razionali condivisi dalle moderne civiltà, che aborriscono l'estensione della punizione – pubblica o privata – ai familiari del colpevole.

In talune pronunce in materia, la Suprema Corte di Cassazione rileva

incidenter tantum che lo stato d'ira è determinato dal fatto ingiusto della vittima. Così, Cass., sez. I, 7 maggio 1993, Di Palma, in *CED Cass.*, n. 194576. Interessante notare come, secondo, Cass., sez. VI, 3 aprile 1992, Di Bella, *ivi*, n.196754 «il concetto di “fatto ingiusto”, pur comprendendo in sé qualsiasi comportamento, internazionale o colposo, legittimo o illegittimo, purché idoneo a scatenare l'altrui reazione, presuppone pur sempre la volontarietà dello stesso. Esula, pertanto, l'attenuante della provocazione nell'ipotesi in cui la reazione iraconda risulti determinata dal fatto altrui del tutto accidentale, per il venir meno dell'indispensabile nesso di causalità giuridica tra i due fatti». Si stenta a credere, allora, che il connotato della volontarietà possa ragionevolmente riferirsi alla volontà di un'altra persona, ossia di una persona diversa dalla vittima del reato *sub iudice*.

In alcune occasioni, tuttavia, la S.C. ha ritenuto configurabile l'attenuante in ipotesi di fatto ingiusto posto in essere da persona diversa dalla vittima. Il principio è stato affermato da Cass., sez. I, 7 ottobre 1986, Porreca, *ivi*, n. 175123: «in considerazione della necessità di un rapporto causale tra offesa e reazione, il fatto ingiusto utile ai fini dell'attenuante della provocazione deve essere opera dello stesso soggetto passivo contro cui si reagisce, mentre l'ira e la reazione possono essere rivolti a terzi se persone legate al provocatore da vincoli di parentela, da legami giuridicamente e moralmente apprezzabili o, comunque, da solidarietà. In tale ipotesi occorre sussista un nesso causale tra il fatto del provocatore, i rapporti fra costui e il terzo e la reazione dell'agente nei confronti di quest'ultimo». Negli stessi termini si è espressa, più recentemente, Cass., sez. I, 9 ottobre 2002, Como e altri, *ivi*, n. 222322, ma la lettura della motivazione mostra che, in questo caso, il principio è stato affermato *incidenter tantum*. In effetti, la S.C. respinge il ricorso teso a ottenere il riconoscimento dell'attenuante, in un caso nel quale l'imputato aveva sparato con intenzione omicida all'avventore di un bar, poco dopo essere stato accoltellato, all'interno del medesimo bar, da un soggetto completamente diverso ed estraneo alla vittima (un uomo conosciuto dall'imputato con il solo soprannome e mai identificato).

In realtà non è dato comprendere quali legami possano essere “giuridicamente o moralmente apprezzabili”, al punto da giustificare uno stato d'ira “trasversale”, che colpisca il familiare dell'offensore (non è corretto parlare di “vendetta trasversale”, poiché la giurisprudenza ha sempre escluso che l'attenuante in argomento sia applicabile alla vendetta). La sentenza del Tribunale di Perugia non affronta questo tema, limitandosi a inglobare l'intera condotta criminosa in una valutazione calibrata sul fatto ingiusto di una sola delle due vittime.

L'applicazione dell'attenuante a uno solo dei due omicidi avrebbe necessariamente indotto il giudicante a ravvisare nell'altro omicidio il reato più grave, con effetti sulla pena-base (che non sarebbe stata inferiore a 21 anni, mentre in concreto è stata di 17 anni) e, inevitabilmente, sulla pena complessiva.

(2) Il danno da reato di omicidio lamentato dai prossimi congiunti della vittima è “*in re ipsa*” e non richiede oneri probatori.

La giurisprudenza formatasi nel vigore del codice penale del 1930 lasciava ingresso al riconoscimento della pretesa risarcitoria della persona offesa o del danneggiato anche in mancanza di prova positiva del danno sofferto, consentendo da un lato la condanna generica al risarcimento del danno non quantificato, dall'altro la liquidazione del danno non patrimoniale secondo criteri equitativi.

Così secondo Cass., sez. V, 15 giugno 1990, Calderoni, in *CED Cass.*, n. 185130 «*ai fini della condanna generica al risarcimento dei danni, non occorre che il danneggiato dia la prova della sussistenza di essi, essendo sufficiente che il fatto accertato sia potenzialmente idoneo a produrre danni i quali possono essere anche di esclusiva natura non patrimoniale*». Più volte ribadita, per esempio, da Cass., sez. V, 6 dicembre 1967, Ciaccheri, *ivi*, n. 107564; Cass., Sez. IV, 17 febbraio 1983, Saba, *ivi*, n. 159967, la massima secondo la quale «*la liquidazione del danno patrimoniale cagionato da reato, operata dal giudice con criterio equitativo - per l'impossibilità di provare il pregiudizio economico risentito dalla persona offesa nel suo preciso ammontare - costituisce un apprezzamento di fatto, sicché, ove non si contesti la legittimità del ricorso al criterio equitativo, essa non è censurabile in Cassazione*».

Nei più recenti arresti giurisprudenziali si trova riproposto il generale principio che vuole la parte civile gravata dell'*onus probandi* con riguardo non solo all'esistenza del danno e al nesso causale che lo lega al fatto-reato, ma anche agli elementi indispensabili per la quantificazione del danno. La liquidazione del danno non patrimoniale è però rimessa al prudente apprezzamento del giudice di merito, non sindacabile in sede di legittimità purché ancorato all'indicazione di congrue, anche se sommarie ragioni del processo logico adottato. In tal senso, Cass., sez. V, 31 gennaio 2007, Romeo e altro, *ivi*, n. 236262, citata anche nella sentenza del Tribunale di Perugia: «*la persona offesa dal reato che invoca in sede penale l'accertamento del fatto costitutivo del suo diritto al risarcimento o alla restituzione non è esonerata dall'obbligo di provare la portata lesiva del fatto, la specie e l'entità della lesione subita, la riconducibilità della lesione al fatto reato e di fornire gli elementi indispensabili per la quantificazione del danno. In relazione al danno non patrimoniale, comunque, la valutazione del giudice del merito non può essere analitica ma è rimessa, in via equitativa, al suo prudente apprezzamento e non è sindacabile in sede di legittimità se contiene l'indicazione di congrue, anche se sommarie, ragioni del processo logico adottato*». In motivazione, la S.C. legava il risarcimento al “turbamento psichico” e alla “paura” ingenerata dall'imputato (uno *stalker... ante litteram*) nelle persone offese, quindi a una definita condizione di disagio psichico conseguenza del reato. Così anche Cass., sez. V, 27 ottobre 2006, Avenati e altri, *ivi*, n. 235024, resa in tema di diffamazione a mezzo stampa: «*la valutazione*

equitativa dei danni non patrimoniali è rimessa al prudente apprezzamento del giudice di merito e non è sindacabile in sede di legittimità, qualora abbia soddisfatto l'esigenza di ragionevole correlazione tra gravità effettiva del danno e ammontare dell'indennizzo, correlazione motivata attraverso i concreti elementi che possono concorrere al processo di formazione del libero convincimento».

Per più concreti riferimenti ai requisiti minimi della motivazione sul risarcimento del danno non patrimoniale va segnalata Cass., sez. IV, 23 gennaio 2009, R.C. e Colarieti, *ivi*, n. 243770, resa in un caso simile a quello deciso dal Tribunale di Perugia. Secondo la massima, «*il danno subito in conseguenza della uccisione del prossimo congiunto, si colloca nell'area del danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 cod. civ. e, quale tipico danno-conseguenza, deve essere allegato e provato da chi chiede il relativo risarcimento, potendosi tuttavia ricorrere a valutazioni prognostiche e presunzioni sulla base degli elementi obbiettivi forniti dal danneggiato, quali l'intensità del vincolo familiare, la situazione di convivenza, la consistenza del nucleo familiare, le abitudini di vita, l'età della vittima e dei singoli superstiti, nonché la compromissione delle esigenze di questi ultimi*».

I ricorrenti lamentavano la violazione di legge e la contraddittorietà ed illogicità della motivazione in ordine al riconoscimento del danno morale ed alla sua quantificazione. Invero la Corte aveva liquidato il danno in assenza di una prova del nesso causale e di un effettivo pregiudizio patito dalle parti civili. In sostanza la prova era stata ritenuta *in re ipsa* in violazione dei principi sanciti dall'art. 2697 c.c. Inoltre nella determinazione del danno il giudice non aveva esplicitato i criteri in base al quale era giunto alla quantificazione di Euro 200.000 per ciascuna delle parti civili. Osservavano i ricorrenti che, pur non gravando sul giudice un obbligo motivazionale particolarmente minuzioso, quando la liquidazione è equitativa, pur sempre è necessario esplicitare in modo chiaro il processo logico seguito.

Ecco quanto osserva la S.C. in motivazione: «*va ricordato che questa Corte ha avuto modo di statuire che "il danno subito in conseguenza della uccisione del prossimo congiunto, per la definitiva perdita del rapporto parentale, si colloca nell'area del danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 cod. civ. Esso, quale tipico danno conseguenza, deve essere allegato e provato da chi chiede il relativo risarcimento, potendosi tuttavia ricorrere a valutazioni prognostiche e presunzioni sulla base degli elementi obbiettivi forniti dal danneggiato, quali l'intensità del vincolo familiare, la situazione di convivenza, la consistenza del nucleo familiare, le abitudini di vita, l'età della vittima e dei singoli superstiti, la compromissione delle esigenze di questi ultimi"* (Cass. sez. III civile, 15022/05, *ivi*, n. 584725). *Nel caso di specie, correttamente il giudice di merito ha riconosciuto la sussistenza del danno valutando lo stretto legame parentale tra le parti civili e la vittima (genitore-figlio) e la giovane età della vittima (26 anni)*».

In estrema sintesi, nel motivare una condanna (non generica) al risarcimento del danno non patrimoniale, il giudice di merito è tenuto a "indicare"

gli “elementi” che hanno concorso a “formare il suo convincimento”, ovvero le “ragioni” alla base del “processo logico adottato”. In mancanza di canoni normativi di riferimento – o di più o meno definite “tabelle” di stampo giurisprudenziale, generalmente condivise – l’indicazione si traduce in un elenco più o meno ampio di elementi di valutazione, senza alcun obbligo – e, forse, senza la concreta possibilità – di precisare l’effettiva incidenza di ciascun elemento, per esempio l’effetto di scostamento in più o in meno rispetto a un ipotetico «danno morale medio». Come si è visto, la sentenza R.C. e Colarieti rassegna un nutrito elenco di elementi di valutazione: *«l’intensità del vincolo familiare, la situazione di convivenza, la consistenza del nucleo familiare, le abitudini di vita, l’età della vittima e dei singoli superstiti, la compromissione delle esigenze di questi ultimi»*. Ma poi “si accontenta”, respingendo il ricorso *in parte qua*, del più stringato richiamo del giudice di merito allo *stretto legame parentale tra le parti civili e la vittima (genitore-figlio)* e alla *giovane età della vittima (26 anni)*. Chiaramente, non è dato sapere quale sarebbe stato il risultato di una valutazione relativa a una vittima di 20 o di 30 o di 40 anni, o legata alle parti civili da vincolo meno stretto di parentela.

Non dissimili i criteri di valutazione esplicitati dal Tribunale di Perugia: rileva il giudicante che *chi invoca la sua domanda di giustizia è genitore, coniuge o fratello di uno degli uccisi* e che una delle vittime è *un ragazzo di appena 13 anni*. Nel ragionamento del Tribunale, la lesione dell’interesse all’intangibilità della sfera degli affetti reciproci e della scambievolmente solidarietà va riconosciuta e risarcita senza che sia necessario *fornire la prova in concreto di un rapporto, fra ciascuna delle parti civili e i due defunti, connotato da affetto, affidamento e frequentazione*. In effetti, neppure nel caso scrutinato dalla S.C. il giudice disponeva di prove sul punto. Va da sé che il percorso argomentativo seguito dal Tribunale, pur in assenza di specifica qualificazione, si attaglia esclusivamente alla liquidazione di un danno non patrimoniale. In questa macro-categoria è senz’altro da includere il danno risarcito con la pronuncia in commento, anche se il giudicante respinge ogni più specifico inquadramento del titolo (*non ci si trova dinanzi a ipotesi di danno biologico, né soltanto di danno morale nel senso tradizionalmente inteso di lesione dell’integrità psico-fisica della persona che lo invoca; il danno risarcibile non coincide neppure con lo stato di sofferenza che naturalmente consegue alla perdita di un prossimo congiunto*).

CHIARA LAZZARI

TRIBUNALE DI PERUGIA – 5 aprile 2011 (ord.) - *Est.* CENCI - R.L. ed altri.

Falsità in atti – Falsità ideologica commessa da pubblico ufficiale in atto pubblico – False attestazioni di presenza del pubblico dipendente - Determinazione dirigenziale di spesa – Induzione in errore – Insussistenza (c.p., artt. 48 e 479) – *OVERRULING* – *Tempus regit actum* – Applicabilità in ambito processuale penale.

Non configura il reato di falso per induzione ex artt. 48 e 479 c.p., in relazione alle successive determinazioni dirigenziali di spesa, la condotta del dipendente pubblico o privato tributario della cura di beni ed interessi di rilievo pubblicistico, il quale si allontani dal luogo di lavoro, senza fare risultare tale allontanamento, non dovuto a ragioni di servizio, attraverso la prescritta marcatura del cartellino ovvero che, al contrario, dia ad intendere di essere presente mediante timbratura effettuata da altri, pur essendo invece assente dal servizio (1).

*In relazione al c.d. “*overruling*”, ovvero al mutamento giurisprudenziale in materia di interpretazione di norme processuali che intervenga “a partita già iniziata”, deve ritenersi applicabile, in ambito processuale penale, il principio del *tempus regit actum*, limitandosi l’efficacia del mutato orientamento ai casi futuri, con salvezza degli atti compiuti dalla parte in conformità dell’orientamento pregresso (2).*

(*Omissis*). Il Giudice controlla la regolare costituzione delle parti. Sull’accordo delle parti il Giudice dispone che il verbale di udienza sia redatto soltanto in forma riassuntiva. L’Avv. (*Omissis*) si oppone alle produzioni documentali del Pubblico Ministero così come richiesto alla scorsa udienza e descritto in memoria. Il P.M. chiede di produrre gli originali delle richieste di autorizzazione delle intercettazioni telefoniche e relativi decreti autorizzativi. Il P.M. chiede di produrre gli *hard disk* (le memorie delle videocamere che hanno registrato tutto ciò che è agli atti) e dvd con spezzoni di interesse. L’Avv. (*Omissis*) insiste nelle richieste istruttorie già formulate in subordine chiede che gli stessi testimoni siano sentiti ai sensi dell’art. 468 a riprova. L’Avv. (*Omissis*) si oppone alle produzioni degli *hard disk* perché non si tratta di prova documentale ma intercettazioni ambientali.

(*Omissis*). Tutte le difese si associano tranne l’Avv. (*Omissis*). L’Avv. (*Omissis*) chiede di produrre documenti come da indice. Il P.M. non si oppone. La parte civile e le difese nulla osservano. L’Avv. (*Omissis*) con riferimento alla richiesta formulata dal P.M. in data odierna si oppone perché ritiene che l’attività di captazione non sia consentita dall’ordi-

namento e che non possa essere qualificata né come acquisizione documentale né come intercettazione ambientale. Il Giudice alle ore 15:48 si ritira in camera di consiglio. (*Omissis*). Alle ore 16:25 rientra in aula e dà lettura dell'allegata ordinanza parte integrante del presente verbale.

(*Omissis*). Il Giudice sulle richieste di ammissione delle prove (*Omissis*); sentite le Parti, esaminati gli atti, viste le liste testi ed i documenti offerti in visione, esaminati i verbali delle udienze del 15 febbraio 2011 ed odierna e le memorie depositate; valutata, in particolare, la opposizione delle Difese alla ammissione, perché asseritamente non utilizzabili, dei risultati delle intercettazioni telefoniche disposte nel presente procedimento; osserva quanto segue.

1. Va premesso che si procede nei confronti di più imputati per reati di falso per induzione, truffa, sostituzione di persona, omissione di denuncia ed altro.

2. Ricorrendo le condizioni di legge (art. 495 c.p.p.), le prove testimoniali, l'esame dei consulenti tecnici e l'esame degli imputati, anche di reato connesso o collegato, vanno ammessi, con la specificazione che si ribadirà in prosieguo e con l'espresso invito alle Parti processuali, in questa fase maggiormente a conoscenza del Giudice del concreto contenuto e dei possibili sviluppi delle introducendo testimonianze, a limitare, anche in corso di istruttoria, il numero dei testimoni e con riserva di eventuale intervento, ove occorra, ai sensi dell'art. 495, comma 4, seconda parte c.p.p. ("*Nel corso della istruzione dibattimentale [...] il giudice, sentite le parti, può revocare con ordinanza l'ammissione di prove che risultano superflue [...]*").

3. Anche i documenti prodotti in visione possono essere ammessi, sussistendo per tutti i requisiti di cui agli artt. 187, 234-235, 495 c.p.p. e non essendovi sostanziale contestazione delle controparti, in quanto anche quelli non relativi a circostanze specificamente oggetto del capo di imputazione (art. 187, prima parte, c.p.p.) sono comunque riconducibili all'oggetto della prova secondo le previsioni codicistiche (art. 187, seconda parte, c.p.p. e 133, secondo comma, c.p.), comprensive della complessiva condotta di vita dell'imputato.

Le richieste della Difesa (*Omissis*) sono da disattendere per quanto riguarda la postulata non acquisizione dell'esito delle videoriprese - in quanto effettuate in luoghi pubblici⁽¹⁾ - e dei tabulati - in quanto documenti da cui si possono desumere dati estrinseci relativi ai contatti ma non già il contenuto delle telefonate -, in quanto pacificamente si tratta di attività investigative non disciplinate dalle medesime regole che valgono per le intercettazioni.

⁽¹⁾ Cfr. Cass., sez. un., 28 marzo 2006, Prisco, in *Cass. Pen.*, 2006, 3937.

Con particolare riferimento alla opposizione alla acquisizione della documentazione costituita dall' "hard disk", cioè la memoria fissa, contenente le videoriprese effettuate nei locali dell'Ospedale e i cd contenenti le videoriprese divise per imputato (v. verbale odierna udienza), va rilevato che le attività così documentate non possono essere assimilate ad attività di intercettazione, che viene comunemente definita, nella assenza di una nozione codicistica, quella svolta all'insaputa degli interessati e consistente nell'ascolto o nella lettura e nella registrazione delle comunicazioni che avvengono, in forma diversa da quella scritta, tra due o più persone che si trovano a distanza tra loro e che comunicano con strumento potenzialmente tale da assicurare la riservatezza del segnale, oppure che avvengono tra due o più persone presenti fisicamente nello stesso luogo ma con modalità tali da assicurare la riservatezza delle relative comunicazioni. Ciò posto, per quanto risulta, seguendo le precisazioni della nota sentenza delle Sezioni Unite penali in proc. Prisco, le videoriprese attengono a comportamenti di tipo non comunicativo posti in essere con modalità che non denotano l'intenzione degli interessati di mantenere la riservatezza ed in luoghi quantomeno aperti al pubblico; ove in prosieguo, tuttavia, dovesse emergere che hanno avuto ad oggetto comportamenti di tipo comunicativo ovvero, in ipotesi, comportamenti non comunicativi in luoghi costituenti domicilio, si adotteranno le conseguenti valutazioni.

Quanto ai cosiddetti tabulati, lo stato dell'arte, come è noto, è quello, nonostante plurimi auspici di rafforzamento delle garanzie, derivante dalle precisazioni della Corte costituzionale nella nota pronuncia n. 81 dell'11 marzo 1993 (in buona sostanza, documenti potenzialmente contenenti, come si suole dire, dati sensibili ma non assimilabili ad intercettazioni).

L'allegazione difensiva di cui al punto n. 7 (*Omissis*) della costituita Parte civile, consistente in un documento amministrativo pre-costituito, non è stata contestata da alcuno e va senz'altro ammessa; la restante documentazione giornalistica *on-line*, può essere acquisita al limitato fine di dimostrare, in ipotesi, eventuale diffusione della notizia e di effettuare le conseguenti valutazioni connesse alle pretese risarcitorie, ma non già, contrariamente a quanto scrive il Difensore alla p. 2 della memoria depositata il 25 marzo 2011, a "provare la commissione del reato", non essendo mai l'articolo giornalistico fonte di prova di alcunché se non già della pubblicazione, appunto, di un determinato articolo, con un determinato contenuto, in un certo giorno, su di un certo giornale.

4. Richiesta del P.M. che ha visto la ferma opposizione difensiva ⁽²⁾ è

⁽²⁾ V. verbale del 15 febbraio 2011 e memorie scritte depositate in atti.

quella di ammissione dell'esito delle intercettazioni telefoniche disposte nel presente procedimento: a tal fine il P.M. ha prodotto i supporti contenenti le conversazioni ed i decreti autorizzativi ed ha chiesto la trascrizione con perizia del contenuto delle conversazioni.

4.1. Il P.M. ha illustrato la propria richiesta richiamando, in buona sostanza, gli argomenti svolti dal giudice dell'udienza preliminare nel decreto di rinvio a giudizio, che, in conseguenza, sotto tale profilo, si passa ad esaminare.

4.2. Ebbene, il decreto di rinvio a giudizio emesso al termine della udienza preliminare nel presente procedimento contiene, prima della elencazione delle fonti di prova, una motivazione di tre pagine intitolata "linee guida"⁽³⁾. Si tratta di parte del provvedimento di cui, a stretto rigore, non si avverte la necessità ordinamentale, poiché le norme positive (artt. 429 e 125 c.p.p.), in coerenza con lo spirito che informa il codice vigente, mirano all'obiettivo che il giudice della cognizione sia del tutto privo dell'effetto potenzialmente pregiudicante sul convincimento che possa in ipotesi derivare da atti della fase precedente (con le eccezioni di legge, in sintesi riconducibili alle categorie degli atti irripetibili e di quelli acquisiti con le medesime garanzie di partecipazione difensiva proprie del dibattimento – artt. 111, comma 5, Cost. e 431 c.p.p.). La incontestabile, obiettiva dispersione del patrimonio conoscitivo è fenomeno di cui hanno tenuto conto il legislatore, anche costituzionale, e la Corte costituzionale nelle plurime occasioni in cui si è pronunciata a proposito dell'art. 34 c.p.p.: i pur rilevanti principi di economia, di celerità e di ricerca della "verità reale" sono stati giudicati dal Parlamento bilanciabili con altri e, in ultima analisi, minusvalenti rispetto al valore, di rango costituzionale primario, della terzietà del giudice, del diritto alla prova, della salvaguardia del diritto di Difesa, della presunzione di innocenza, e, in definitiva, del "processo giusto"(art. 111 Cost.).

Si impone a questo punto la precisazione che la regola "super-processuale" richiamata riguarda gli atti ed i documenti e non già gli argomenti svolti, ma è anche vero che la motivata convinzione raggiunta, a seguito dell'attento studio degli atti ed espressa in una fase processuale determina, di regola (art. 34 c.p.p.), la incompatibilità a partecipare alla fase successiva. In tal senso - per regola generale, non derogabile, nemmeno sul consenso delle Parti poiché incidente sul principio del libero ed autonomo convincimento del giudice e, in ultima analisi, su quelli di autonomia e di indipendenza della giurisdizione - deve non tenersi conto delle eventuali valutazioni svolte dal giudice che ha disposto il rinvio a giudizio, come del resto di quelle operate dal giudice che ha applicato

⁽³⁾ Cfr. pp. 43-46 del decreto di rinvio a giudizio nel presente processo.

misura cautelare o che ha partecipato al riesame o all'appello sulla stessa e contenute nell'ordinanza eventualmente presente in atti: nel caso di specie, però, avendo il P.M., in buona sostanza, richiamato gli argomenti, noti alle Parti, che sono stati svolti dal Giudice dell'udienza preliminare e che sono esplicitati nel decreto di rinvio a giudizio, essi possono e debbono essere presi in considerazione per valutare, appunto nella misura in cui sono richiamati dal P.M., se essi siano condivisibili o meno al fine di decidere sulle richieste e sulle eccezioni processuali avanzate. In buona sostanza, è come se il G.u.p., in un momento logico antecedente alla emissione del decreto di rinvio a giudizio, avesse adottato ordinanza con cui esplicitava le ragioni per cui determinate fonti di convincimento venivano ritenute processualmente utilizzabili.

4.3. Le Difese hanno articolato opposizioni come da verbale del 15 febbraio 2011 e memorie, oggi ribadite. Anche il P.M. ha depositato, il 12 ed il 25 marzo 2011, memorie scritte.

5. Ciò posto, va respinta la eccezione difensiva di inutilizzabilità del contenuto delle intercettazioni per diversità dei procedimenti *ex art.* 270 c.p.p., poiché è evidente che il procedimento in questione è unitario e che è il medesimo contenutisticamente, e non soltanto dal punto di vista del (medesimo) numero di registro generale.

6. Occorre esaminare con attenzione quella, ulteriore, incentrata sulla dedotta inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni per inconfigurabilità nel caso di specie del delitto di cui all'art. 479 c.p.

6.1. Tutta la argomentazione svolta dal G.u.p. nell'udienza preliminare e fatta propria nel processo dalla Parte pubblica a sostegno della utilizzabilità si incentra, infatti, sulla astratta riconducibilità al reato di cui agli artt. 48 e 479 c.p. della condotta di chi timbrò il cartellino segna-presenza in luogo del titolare, fatto da cui derivò la falsa apparenza della presenza in ufficio del pubblico impiegato, valorizzandosi a tal fine la parte finale della motivazione della nota sentenza delle Sezioni Unite penali della Cassazione n. 15983 dell'11 aprile 2006, dep. il 10 maggio 2006, pres. Marvulli, est. Marzano, ric. Sepe ⁽⁴⁾.

6.1.1. È noto che tale importante decisione, ponendo fine ad un contrasto giurisprudenziale tra le sezioni semplici ⁽⁵⁾, ha ritenuto non integrare il delitto di falso ideologico in atto pubblico la non veritiera attestazione del pubblico dipendente circa la sua presenza in ufficio riportata nei cartellini marcatempo o nei fogli di presenza, in quanto documenti che non hanno natura di atto pubblico, ma di mera attestazione del dipendente inerente al rapporto di lavoro, soggetto a discipli-

⁽⁴⁾ In *Cass. pen.*, 2006, n. 1123, 2792, con motivazione.

⁽⁵⁾ Contrasto giurisprudenziale di cui si dà atto al punto 7 dei "motivi della decisione" della richiamata sentenza delle Sezioni Unite penali.

na privatistica, documenti che peraltro non contengono manifestazioni dichiarative o di volontà riferibili alla p.a.

Appare il caso di ripercorrere l'ampia, attenta e persuasiva parte motiva ⁽⁶⁾ della sentenza, in cui si ricostruisce puntualmente la nozione di atto pubblico e si fa espressamente propria la autorevole opinione dottrinale secondo cui «*la falsa rappresentazione della realtà che viene documentata deve essere rilevante in relazione alla specifica attività del pubblico ufficiale [...] e ciò significa che la falsità deve investire un fatto che, in relazione al concreto esercizio della funzione o attribuzione pubblica, abbia la potenzialità di produrre effetti giuridici*». Quanto dire che - secondo altre voci della dottrina - la nozione di atto pubblico «*si fonda sulla qualità del soggetto (pubblico ufficiale o impiegato dello Stato o di altro ente pubblico incaricato di un pubblico servizio art. 493 [c.p.] e sul piano del documento che si redige per una ragione inerente all'esercizio delle pubbliche funzioni o del pubblico servizio, o per uno scopo cui l'atto è destinato*»; e nei reati di falso, in generale, «*funzionali (o propri), data la posizione giuridica dell'agente (che è un pubblico ufficiale), si delinea uno stretto collegamento tra il soggetto e il bene, in virtù del quale la cura del bene medesimo [...] è "affidata" al soggetto per essere quest'ultimo titolare di un potere pubblicistico ben individuato (il potere certificativo), attributivo di "certezza pubblica". E la giurisprudenza di questa Suprema Corte [-prosegue la motivazione richiamata-] ha, da tempo, puntualizzato che atto pubblico è "ogni scritto redatto da un pubblico ufficiale per uno scopo inerente alle sue funzioni" (Sez. V, n. 1576 del 1975, Pansa).*

Tale ineludibile collegamento tra esercizio di funzioni pubbliche ed attività falsificatoria dei pubblici ufficiali (che "non consente di ritenere automaticamente che tutti gli atti dagli stessi compiuti siano atti pubblici": Cass., n. 12789 del 2003, cit.), non può, quindi, condurre ad annoverare nella nozione di atto pubblico, rilevante ai fini penali, attività attestative che, invece, appaiono collegate direttamente ed immediatamente ad "istituti sicuramente riconducibili alla disciplina privatistica" (per mutuare altra espressione dottrina) e che, soprattutto, in tale ambito esauriscono la loro funzione di rilevanza attestativa.

Deve, allora, convenirsi [-prosegue ancora la Cassazione nella qualificata composizione a Sezioni Unite-] che, in effetti, il cartellino marcatempo ed i fogli di presenza sono destinati ad attestare solo una circostanza materiale che afferisce al rapporto di lavoro tra il pubblico dipendente e la pubblica amministrazione, ed in ciò esauriscono in via

⁽⁶⁾ V. punto n. 7 dei "motivi della decisione" della richiamata sentenza delle Sezioni Unite penali della Cassazione.

immediata i loro effetti, non involgendo affatto manifestazioni dichiarative, attestative o di volontà riferibili alla pubblica amministrazione. Il pubblico dipendente, in sostanza, “non agisce neppure indirettamente per conto della p.a., ma opera come mero soggetto privato, senza attestare alcunché in ordine all’attività della p.a.” (come rileva Sez. V n. 15271 del 2005, Piano del Balzo ed altro, ancorché in fattispecie concernente attestazioni relative a “missioni” fuori sede del pubblico funzionario, ma con principio valido nella fattispecie qui in esame).

Va, quindi [-conclude la Corte di legittimità a Sezioni unite-] affermato il seguente principio di diritto: *i cartellini marcatempo ed i fogli di presenza dei pubblici dipendenti non sono atti pubblici, essendo essi destinati ad attestare da parte del pubblico dipendente solo una circostanza materiale che afferisce al rapporto di lavoro tra lui e la pubblica amministrazione (oggi soggetto a disciplina privatistica), ed in ciò esauriscono in via immediata i loro effetti, non involgendo affatto manifestazioni dichiarative, attestative o di volontà riferibili alla pubblica amministrazione».*

6.1.2. Ciò posto, vi è una “apertura finale” del Supremo Collegio che, alla frase da ultimo riferita, aggiunge, subito dopo, che *«Tanto ritenuto, pure torna opportuno, da ultimo, rilevare che, ove, poi, tali attestazioni del pubblico dipendente siano utilizzate, recepite, in atti della pubblica amministrazione a loro volta attestativi, dichiarativi o di volontà della stessa, tanto può dare luogo ad ipotesi di falso per induzione, ai sensi dell’art. 48 c.p.».*

Tale inciso viene specialmente valorizzato dal Giudice dell’udienza preliminare, con valutazione condivisa e, per così dire, “coltivata” dal Pubblico Ministero.

6.2. L’assunto non convince appieno.

Occorre, in primo luogo, ribadire che è ormai assolutamente pacifico ed incontestabile che il cartellino marcatempo e i fogli di presenza sono destinati ad attestare la circostanza materiale che afferisce al rapporto di lavoro e che in ciò esauriscono in via immediata i loro effetti, poiché, di per sé, non involgono manifestazioni dichiarative, attestative o di volontà della pubblica amministrazione. Altro, insomma, è il profilo sostanzialmente privatistico che lega il dipendente all’amministrazione, dopo la riforma di cui al d.lgs. n. 165 del 2001, secondo lo statuto ormai comune a rilevante parte dei dipendenti anche pubblici (profilo che attiene agli atti che hanno strettamente riguardo alla prestazione lavorativa e che assumono, in quanto tali, esclusivo rilievo sul piano contrattuale), altro è quello funzionale del pubblico ufficiale e della pubblica funzione in genere (riguardante gli atti che il pubblico ufficiale compie al fine di conseguire i fini dell’ente pubblico).

Ciò posto, fare riferimento, peraltro generico ed indistinto per tutti

gli imputati cui è contestato il falso per induzione, alle successive determinazioni dirigenziali di spesa non è argomento, ad avviso di chi scrive, decisivo nel senso della ipotizzabilità del falso ideologico, nella peculiare forma della induzione in errore, poiché il superamento della «sfera di operatività del singolo rapporto, costituendo la fase cruciale di un procedimento che ha evidenti connotati pubblicitici»⁽⁷⁾ è motivazione che, come suole dirsi, “prova troppo”, in quanto essa condurrebbe, se conseguentemente sviluppata e radicalmente portata alle estreme conseguenze, a ritenere - sempre ed in ogni caso - punibile non soltanto per truffa ma anche per falso ideologico la condotta del dipendente A.S.L. (come di ogni dipendente di qualsiasi ente, sia pubblico che privato, purché attributario della cura di beni ed interessi di rilievo pubblicitico) il quale si allontani dal luogo di lavoro, senza fare risultare tale allontanamento, non dovuto a ragioni di servizio, attraverso la prescritta marcatura del cartellino ovvero che, al contrario, dia ad intendere di essere presente mediante timbratura effettuata da altri, pur essendo invece assente dal servizio. Ciò sarebbe, però, in evidente contrasto con l’assetto normativo generale così come puntualmente ricostruito dalla Cassazione a Sezioni Unite nella sentenza testualmente richiamata; con conseguenze pratiche (incriminabilità in ogni caso per falso, sotto il profilo della induzione in errore), in ultima analisi, identiche a quelle che erano fatte proprie dall’orientamento giurisprudenziale che le Sezioni Unite hanno scientemente superato: rientrerebbe, insomma, “dalla finestra” la interpretazione che nel 2006 il massimo consesso ha inteso far uscire “dalla porta”.

Né il richiamo a difforme decisione a Sezione semplice successiva⁽⁸⁾ vale a ricondurre la situazione al, non pacifico, *status quo ante*, poiché si tratta di precedente che non può dirsi in termini e poiché è orientamento non univoco e, comunque, non condivisibile, alla stregua della analitica motivazione delle Sezioni Unite n. 15983/2006, ricorrente Sepe, di cui si è detto.

Che poi la determinazione dirigenziale di spesa sia atto pubblico nell’accezione di cui sopra e non già atto, in sé privatistico, di determinazione del corrispettivo del dipendente in un rapporto paritetico è affermazione che in astratto, non convince, atteso il contrario pronunziamento della Corte di cassazione, Sezione V, nella motivazione della sentenza del 15 gennaio - 28 febbraio 2008 n. 9045, ric. Di Manici Prietti Gino.

6.3. Inoltre, nelle prime, in ordine cronologico, richieste di intercettazione tra quelle esibite dal P.M. e nei primi decreti del G.i.p. si faceva

⁽⁷⁾ Così alla p. 44 del decreto di rinvio a giudizio del G.u.p. nel presente procedimento.

⁽⁸⁾ V. Cass., sez. V, 13 novembre 2009, Rovelli.

riferimento ai delitti di truffa e di falso, senza alcun riferimento alla induzione di alcuno in errore, delitto rispetto al quale, dunque, in accoglimento di specifica eccezione difensiva, non potevano dirsi sussistenti i presupposti di gravità indiziaria imposti dall'art. 267 c.p.p.

6.4. Cenno a parte merita, per la implicazione che la questione - estremamente interessante in astratto - può avere in concreto nel presente processo, il richiamo alla tematica, affrontata espressamente o sottesa ad alcune recenti decisioni, sia di legittimità che di merito ⁽⁹⁾, della efficacia temporale delle decisioni che mutino un costante precedente indirizzo della stessa Corte in materia di interpretazione di norme processuali. Si è, infatti, condivisibilmente posto in luce che il cosiddetto “*overruling*”, cioè il cambiamento delle regole del gioco a partita già iniziata, possa in buona sostanza risolversi nella concreta attribuzione al giudice del potere-dovere di giudicare sulla ritualità di atti processuali in base a forme, a termini e, più in generale, a procedure il cui rispetto non era richiesto al momento in cui gli stessi sono stati posti in essere; e si è, conseguentemente, evidenziato, con riferimento - si noti - al settore processuale civile (ma l'ordinamento generale mal tollera contraddizioni) che in siffatta evenienza la Parte che si sia attenuta alla precedente giurisprudenza, successivamente travolta dal fenomeno descrittivamente indicato come “*overruling*”, non possa essere penalizzata per un comportamento non in sintonia con la nuova sostanziale “regola” ma, all'epoca, conforme ad un orientamento pacifico.

Se ne è tratta la conclusione di una sostanziale equiparazione, quanto agli effetti pratici, del mutamento di giurisprudenza allo *ius superveniens*, con la conseguente applicazione del principio *tempus regit actum*: ciò in linea sia con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che impone la conoscibilità della regola di diritto e la ragionevole prevedibilità della sua applicazione e, al contempo, limita l'efficacia del mutamento giurisprudenziale innovativo ai casi futuri, individuandone la data di decorrenza in correlazione al mutamento di pubblicità della decisione ⁽¹⁰⁾, sia con la giurisprudenza della Corte di giustizia della Comunità europea, che ritiene non consentita l'applicazione di una nuova interpretazione di una norma nel caso in cui il risultato della nuova esegesi non fosse ragionevolmente prevedibile alla parte che si sia attenuta invece ad una consolidata interpretazione precedente ⁽¹¹⁾.

⁽⁹⁾ Cfr. le motivazioni di Cass. civ., sez. II, 10-17 giugno 2010, ord. interlocutoria n. 14627, e di Trib. Varese, sentenza n. 1274 dell'8 ottobre 2010, in *Guida dir.*, 2010, n. 42, 22 ss., quest'ultima in relazione al noto *decisum* di Cass. civ., sez. un., 9 settembre 2010, n. 19246, *ivi*, 18 ss.

⁽¹⁰⁾ Cfr. *Cocchiarella vs. Italia*, 29 marzo 2006.

⁽¹¹⁾ Cfr. Corte di giustizia Ce, 8 febbraio 2007, *Danone vs. Commissione*.

Si richiamano, in particolare, le implicazioni della nota pronuncia della Corte di cassazione a Sezioni Unite civili, n. 14627 del 17 giugno 2010⁽¹²⁾, seppure in questione del tutto diversa, circa il tema, di generale importanza e che non può essere confinato alla sola disciplina civilistica, della efficacia temporale delle decisioni che mutino un costante precedente indirizzato della stessa Corte di cassazione in materia di interpretazione di norme processuali.

Fatti tali cenni, potrebbe astrattamente ritenersi, dunque, legittima all'epoca dei fatti la interpretazione proposta dal P.M. e recepita dal G.i.p. al momento della adozione degli originari decreti di intercettazione (5 ottobre 2006) e dei successivi (17 ottobre 2006; 12 giugno 2007; 25 giugno 2007), in atti, con richiamo al principio, di sicura riconducibilità all'alveo processual-penalistico, condivisibilmente evocato dal P.M.⁽¹³⁾ e di cui è espressione, tra le altre, la sentenza della Corte di Cassazione, sezione VI, n. 1715 del 20 ottobre 2009, depositata il 31 dicembre 2009, pres. Di Virginio, est. G. Conti, ricorrente P.M. presso il Tribunale di Nocera Inferiore.

Tale opzione, a ben vedere, non è sostenibile.

Infatti, proprio richiamando la, seppure non definitiva, elaborazione dottrinale relativa al fenomeno dell' "*overruling*", se pure è ragionevole ritenere che la effettiva conoscenza della decisione delle Sezioni Unite del 2006, ric. Sepe, si è diffusa con il tempo e, quindi, è divenuta - dal punto di vista soggettivo - agevolmente conoscibile negli ordinari tempi di pubblicazione delle sentenze tramite i consueti mezzi di consultazione e divulgazione (raccolte, banche dati, riviste), nondimeno il contrasto precedente poteva dirsi oggettivamente risolto, se non già alla data dell'adozione del dispositivo (11 aprile 2006) della stessa, comunque il giorno del deposito in Cancelleria della motivazione (10 maggio 2006), anteriormente cioè alle richieste di autorizzazione alle intercettazioni telefoniche. Sicché non può affatto parlarsi nel caso di specie di affidamento di una Parte (il P.M.) nel cosiddetto diritto vivente e, conseguentemente, nel mantenimento di una interpretazione giurisprudenziale radicata, perché interpretazione radicata non vi era.

6.5. Appare, in conclusione, estremamente problematico stimare "gravi" (come testualmente prescritto dall'art. 267 c.p.p.) gli indizi di un reato la cui configurabilità già in linea astratta è, quantomeno, ardua sin dalla fase della impostazione delle investigazioni e della elevazione di imputazione provvisoria⁽¹⁴⁾, tanto da dover ricorrere ad una

⁽¹²⁾ Sentenza citata alla nota n. 9.

⁽¹³⁾ V. p. 3 della memoria del Pubblico Ministero depositata il 12 marzo 2011.

⁽¹⁴⁾ Cfr., tra l'altro, sullo specifico punto le attente valutazioni operate dal Tribunale per il riesame di Perugia nell'ordinanza n. 488/2006 del 13-16 novembre 2006, ricorrente R., alle pp. 5-6 della motivazione nei paragrafi intitolati "Le que-

proposizione incidentale contenuta nella chiusura della motivazione di una sentenza delle Sezioni Unite che - si noti - afferma però, in linea generale, l'antitetico principio.

Pacifico, inoltre, che il delitto di truffa ha limiti edittali che non consentono il ricorso alle intercettazioni.

6.6. In ogni caso, aporie presenta nel caso di specie anche l'aspetto della indispensabilità dello strumento captativo ai fini della prosecuzione delle indagini. Sotto tale punto di vista, si rileva infatti, quali che siano le accezioni preferibili, tra quelle proposte in giurisprudenza ed in dottrina, di "indispensabilità" e di "prosecuzione", che appare arduo ipotizzare, benché argomentato dal P.M., una assoluta necessità, altrimenti non potendosi giungere a risultati utili, delle intercettazioni, ed una correlativa inutilità e inadeguatezza degli altri comuni mezzi investigativi (acquisizioni documentali, riprese fotografiche e di immagini, tabulati, pedinamenti, osservazioni e verifiche di polizia, acquisizione di informazioni, sequestri etc.), pur concretamente adoperati nel presente processo e non tutti "coperti", a differenza delle intercettazioni, da duplice riserva, di giurisdizione e di legge⁽¹⁵⁾, poiché la inviolabilità della segretezza delle comunicazioni solennemente proclamata tra i principi fondamentali della Carta costituzionale non tollera deroghe per via di interpretazione estensiva o analogica, sostanzialmente *contra reum*, delle eccezioni alla forte regola generale, la cui portata primaria è stata in più occasioni ribadita dalla Consulta⁽¹⁶⁾ ed è oggi di sicura rilevanza sopranazionale⁽¹⁷⁾. Ove così non fosse, il legislatore si sarebbe limitato a consentire le intercettazioni quando esse appaiono utili od opportune e non sarebbe ricorso alla previsione della indispensabilità, cioè necessità, dell'impiego.

6.7. La decisione reiettiva circa l'acquisizione dei risultati delle inter-

stioni relative alla configurabilità del delitto di falso" e "Le questioni attinenti alle intercettazioni telefoniche e alle videoriprese".

⁽¹⁵⁾ Cfr., rispettivamente, gli artt. 15 della Costituzione e 267 c.p.p., secondo cui: "*La libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione sono inviolabili. La loro limitazione può avvenire soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge*" e "*L'autorizzazione è data [dal Giudice] con decreto motivato quando vi sono gravi indizi di reato e l'intercettazione è assolutamente indispensabile ai fini della prosecuzione delle indagini*".

⁽¹⁶⁾ V. Corte cost., n. 34 del 6 aprile 1973; Id., n. 366 dell'11 luglio 2001; Id., n. 81 del 26 febbraio 1993.

⁽¹⁷⁾ V., per quanto riguarda la giurisprudenza "interna", Cass., 1° dicembre 2006, Dorigo, in *Cass. pen.*, 2007, 1441; Id., 22 settembre 2005, Cat Berro, *ivi*, 2006, 3171; Id., 18 maggio 2006, Somogyi, in *Dir. e giustizia*, 2006, n. 48, 51, e, per quanto attiene la Corte europea di Strasburgo, C.E.D.U., 25 novembre 2003, Lewis c. Regno Unito, in *Legislaz. pen.*, 2004, 358; Id., 24 agosto 1998, Lambert c. Francia, *ivi*, 1999, 205; 20 dicembre 2005, Wisse c. Francia, in *Cass. pen.*, 2006, 1605.

cettazioni che, dunque, si adotta vale ad escludere la richiesta difensiva avanzata, sul punto, nell'interesse dell'imputato P. ⁽¹⁸⁾.

7. Le ulteriori richieste, come si è visto, possono essere accolte *de plano*.

Merita accoglimento l'invito del P.M. ⁽¹⁹⁾ alla riduzione del numero dei testi delle Difese entro un numero che, nell'assicurare il diritto di difendersi provando, garantisca un celere andamento processuale (art. 111 Cost.): si invitano, pertanto, le Parti private (con particolare, ma non esclusivo, riferimento alle Difese degli imputati B., R., P. e D.) a ridurre il numero dei testi, anche alla luce del prosieguo istruttorio, riservato espressamente l'intervento d'ufficio ai sensi dell'art. 495, comma 4, seconda parte, c.p.p. Del pari accoglibili le precisazioni del P.M. circa la auspicabile necessità di indicazione specifica delle circostanze di cui all'esame testimoniale difensivo: se ne terrà conto in sede di direzione dell'esame ai sensi dell'art. 499 c.p.p.

8. Non si apprezza, infine, allo stato, essendo ancora da avviare l'istruttoria, la indispensabilità al fine di una completa ricostruzione dei fatti, di alcuna perizia (artt. 507-508 c.p.p.).

Discende la statuizione in dispositivo.

P.Q.M.

Il giudice letto l'art. 495 c.p.p.;

1) ammette, ricorrendone le condizioni di legge, le prove per testi e per consulenti tecnici (*Omissis*), così come strutturate, con la precisazione, tuttavia, che i testi indicati dalla Difesa C. potranno essere sentiti sui fatti di causa, come oggi in udienza precisato, e non già su "*ogni, nessuno escluso, fatto antecedente, presupposto, sotteso, connesso e collegati a quelli oggetto di imputazione*" ⁽²⁰⁾, con capitolazione che si stima troppo ampia, e che i testi della Difesa B., alla luce delle precisazioni fornite nella memoria difensiva in risposta ad eccezione del P.M., appaiono allo stato non superflui con riserva, tuttavia, di riduzione del numero degli stessi;

2) preso atto del numero dei testi, invita le Parti a valutare eventuali rinunzie ai testi anche in corso di istruttoria, riservata ogni propria valutazione sulla eventuale superfluità anche successiva *ex art.* 495, comma 4, c.p.p.;

3) ammette l'esame degli imputati di reato connesso e/o collegato;

4) ammette l'esame degli imputati, così come richiesto;

5) ammette ed acquisisce tutti i documenti indicati ovvero esibiti

⁽¹⁸⁾ V. pp. 20-21 della trascrizione delle richieste istruttorie all'udienza del 15 febbraio 2011.

⁽¹⁹⁾ V. memoria datata 24 marzo 2011 e depositata il 25 marzo 2011.

⁽²⁰⁾ Così, testualmente, alla p. 1 della lista depositata il 17 novembre 2011.

dal P.M. e dalle Difese alle udienze del 15 febbraio 2011 e del 5 aprile 2011, inclusi i supporti contenenti le videoriprese (*hard disk* e cd), i tabulati ed i dati telefonici estrinseci, e quelli allegati dalle Difese alle memorie depositate il 28 gennaio 2011 nell'interesse dell'imputata C. ed il 5 febbraio 2011 nell'interesse dell'imputato Moretti;

6) acquisisce, ai sensi dell'art. 121 c.p.p., le memorie difensive già in precedenza depositate in atti dalla Difesa P. e D.;

7) non ammette, per le ragioni indicate in motivazione, la richiesta di acquisizione e di trascrizione del contenuto delle intercettazioni telefoniche disposte a suo tempo nel presente procedimento; (*Omissis*).

(1-2) Brevi note in tema di “*Overruling*” nel processo penale.

1. L'ordinanza che si annota affronta alcune rilevanti questioni di diritto penale sostanziale e processuale.

In aderenza ad orientamenti interpretativi condivisi vengono, anzitutto, disattese le eccezioni difensive volte a sostenere la non acquisibilità delle videoriprese effettuate e dei tabulati telefonici.

Quanto alle videoriprese, l'ordinanza esclude, allo stato, che quelle indicate nella richiesta d'acquisizione riguardino comportamenti di tipo comunicativo e/o siano state effettuate in luoghi costituenti domicilio, richiamando i principi di cui alla sentenza Cass., sez. un., 28 marzo 2006, Prisco⁽¹⁾, la quale, come noto, si esprime nei termini che seguono:

«Le videoregistrazioni in luoghi pubblici ovvero aperti o esposti al pubblico, non effettuate nell'ambito del procedimento penale, vanno incluse nella categoria dei “documenti” di cui all'art. 234 c.p.p. Le medesime videoregistrazioni eseguite dalla polizia giudiziaria, anche d'iniziativa, vanno invece incluse nella categoria delle prove atipiche, soggette alla disciplina dettata dall'art. 189 c.p.p. e, trattandosi della documentazione di attività investigativa non ripetibile, possono essere allegate al relativo verbale e inserite nel fascicolo per il dibattimento... Le riprese video di comportamenti “non comunicativi” non possono essere eseguite all'interno del “domicilio”, in quanto lesive dell'art. 14 Cost. Ne consegue che è vietata la loro acquisizione ed utilizzazione anche in sede cautelare e, in quanto prova illecita, non può trovare applicazione la disciplina dettata dall'art. 189 c.p.p.»⁽²⁾.

Con l'auspicio di un rafforzamento delle garanzie in materia, il Giudice ammette inoltre l'acquisizione dei tabulati telefonici, individuando quale punto di riferimento la nota pronuncia di Corte cost., 11 marzo 1993, n. 81⁽³⁾, secondo cui se «non vi può esser dubbio che la disciplina

⁽¹⁾ Pubblicata in *Cass. pen.*, 2006, 3937.

⁽²⁾ Fonte massima <http://dejure.giuffre.it>.

predisposta dagli artt. 266-271 c.p.p. si applica soltanto a quelle tecniche che consentono di apprendere il contenuto di una comunicazione o di una conversazione, d'altra parte, l'art. 15 Cost., in mancanza delle garanzie ivi previste, preclude la divulgazione o comunque la conoscibilità da parte di terzi delle informazioni idonee ad identificare i dati esteriori della conversazione», potendo dette informazioni «essere acquisite soltanto sulla base di un atto della autorità giudiziaria, sorretto da una adeguata e specifica motivazione»⁽⁴⁾.

In relazione alla richiesta del p.m. di acquisizione e di trascrizione del contenuto delle intercettazioni telefoniche disposte nel procedimento in oggetto, l'ordinanza tratta questioni giuridiche di maggiore complessità, afferenti ai connessi - nella fattispecie - profili della sussistenza dei presupposti di cui agli artt. 266 e 267, comma 1, c.p.p., della ascrivibilità dei fatti contestati nell'ipotesi di reato di cui agli artt. 48 e 479 c.p., nonché degli effetti da riconoscere al c.d. *overruling*.

Come è noto, ai sensi dell'art. 267, comma 1, c.p.p., le intercettazioni possono disporsi soltanto in presenza di "gravi indizi di reato" ed il fatto di reato deve essere compreso nel novero delle fattispecie individuate dall'art. 266 c.p.p. Di conseguenza, ove gli elementi addotti a sostegno della richiesta di intercettazione siano *ab origine* riferibili ad un'ipotesi di reato non prevista dall'art. 266 c.p.p. e, ciò nonostante, il Giudice abbia erroneamente emesso il relativo decreto di autorizzazione, i risultati delle attività di intercettazione debbono, in presenza di apposita doglianza difensiva, dichiararsi inutilizzabili⁽⁵⁾.

Nel caso di specie, a fronte della dedotta inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni per inconfigurabilità del reato presupposto, il Giudice si trova dunque a dover stabilire se possa ritenersi responsabile di falso per induzione *ex artt. 48 e 479 c.p.* - unico dei reati contestati che legittimerebbe il ricorso alle intercettazioni telefoniche - il pubblico dipendente che attesti falsamente in cartellini marcatempo od in fogli di presenza di trovarsi in ufficio, quando dalla falsa attestazione derivi l'erroneità delle determinazioni dirigenziali di spesa dell'ente.

Tale è, invero, la tesi sostenuta dalla Parte pubblica, secondo cui una simile configurazione del reato riceverebbe l'avallo della stessa Cass., sez. un., 11 aprile 2006, Sepe ed altro⁽⁶⁾, per la quale, ove le «*attestazioni del pubblico dipendente siano utilizzate, recepite, in atti della pubblica amministrazione a loro volta attestativi, dichiarativi o di volontà della stessa, tanto può dare luogo ad ipotesi di falso per induzione, ai sensi dell'art. 48 c.p.*»⁽⁷⁾.

⁽³⁾ Pubblicata in <http://www.giurcost.org/decisioni/1993/0081s-93.html>.

⁽⁴⁾ Fonte massima <http://dejure.giuffre.it>.

⁽⁵⁾ Cfr. Cass., sez. VI, 20 ottobre 2009, B.C. e altri, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2010, 317.

⁽⁶⁾ Pubblicata in *Cass. pen.*, 2006, 2792.

⁽⁷⁾ V., in un caso analogo, Cass., sez. II, 10 settembre 2008, Gravina e altri, in *Giur. it.*, 2009, 1489, con nota di TABOGA.

L'ordinanza respinge gli argomenti del p.m., muovendo proprio dal recepimento delle indicazioni contenute nella sentenza Sepe, secondo cui la falsa attestazione sulla presenza in ufficio del dipendente pubblico rileva soltanto sul piano privatistico del rapporto di lavoro, non integrando la fattispecie prevista e punita dall'art. 479 c.p. Anche in considerazione degli orientamenti giurisprudenziali favorevoli a riconoscere una natura privatistica alla determinazione dirigenziale di spesa ⁽⁸⁾, il Giudice osserva, in particolare, come la tesi della Parte pubblica, portata alle estreme conseguenze, avrebbe potenzialmente l'effetto di vanificare l'assetto normativo ricostruito dalle Sezioni Unite nella sentenza Sepe, facendo rientrare «*dalla finestra*» la interpretazione che nel 2006 il massimo consesso ha inteso far uscire «*dalla porta*» ⁽⁹⁾.

D'altro canto, «*nelle prime, in ordine cronologico, richieste di intercettazione tra quelle esibite dal p.m. e nei primi decreti del G.i.p. si faceva riferimento ai delitti di truffa e di falso, senza alcun riferimento alla induzione di alcuno in errore, delitto rispetto al quale ... non potevano dirsi sussistenti i presupposti di gravità indiziaria imposti dall'art. 267 c.p.p.*» ⁽¹⁰⁾.

Simili osservazioni preludono alle successive questioni sull'applicabilità, nel caso di specie, dei principi elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza in relazione al c.d. «*overruling*», nonché sulla presenza, al tempo delle richieste e dei decreti di intercettazione, di un «*diritto vivente*» di segno contrario a quello inaugurato dalle Sezioni Unite con la sentenza Sepe.

Invero, poiché il mutamento giurisprudenziale inaugurato dalla sentenza Sepe è intervenuto nel corso del procedimento penale in oggetto, una soluzione positiva di tali questioni legittimerebbe *ex ante* le attività di intercettazione, stante la conseguente applicazione del principio *tempus regit actum*.

2. L'elaborazione dottrinarina e giurisprudenziale in tema di *overruling* acquisisce rilievo in ambito processuale civile a partire dall'*obiter dictum* contenuto nella motivazione di Cass., sez. un., 9 settembre 2010, Colucci c. Bancapulia ⁽¹¹⁾, secondo cui le cause di opposizione a decreto ingiuntivo debbono sempre iscriversi a ruolo nel termine di cinque giorni decorrente dalla notifica dell'atto di opposizione. Ed invero, nella precedente interpretazione sistematica degli artt. 645, comma 2 e 165 c.p.c., la riduzione del termine di costituzione in giudizio dell'opponente si aveva soltanto ove egli si fosse avvalso *ex art.* 645, comma 2, c.p.c. della facoltà di assegnare al convenuto un termine di comparizione inferiore a quello previsto dalla legge ⁽¹²⁾.

⁽⁸⁾ Così Cass, sez. V, 28 febbraio 2008, Di Manici Proietti, in *Giur. it.*, 2008, 2289.

⁽⁹⁾ V. ordinanza, par. 6.2.

⁽¹⁰⁾ L'affermazione è contenuta nel par. 6.3. dell'ordinanza.

⁽¹¹⁾ Pubblicata in *Guida dir.*, 2010, n. 42, 18 ss.

⁽¹²⁾ Così, tra le altre, Cass., sez. I, 15 marzo 2001, Torino Auto S.r.l. c. Frascar Più S.r.l., in *Giur. it.*, 2002, 1626, con nota di DALMOTTO, *Costituzionalità della tempistica*

Il nuovo orientamento giurisprudenziale, nel caso di applicazione ai processi in corso, avrebbe cagionato l'improcedibilità delle opposizioni con costituzione effettuata oltre i cinque giorni, ma tempestiva secondo l'orientamento pregresso.

Sulla questione sono, pertanto, intervenute alcune pronunce della giurisprudenza di merito, in prevalenza orientate a salvaguardare la validità della costituzione "tardiva"⁽¹³⁾.

Del tutto minoritaria è, peraltro, la tesi secondo cui, «ferma l'efficacia esclusivamente persuasiva del precedente giudiziario, pur se proveniente dalla Suprema Corte, non è condivisibile l'orientamento affermato dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 19246 del 2010 poiché l'art. 165 comma 1 c.p.c. ricollega espressamente la dimidiazione del termine di costituzione dell'attore alla sola ipotesi di abbreviazione volontaria del termine di comparizione del convenuto, imponendo a colui che ne abbia fatto istanza un più accentuato onere difensivo che si esprime nella dimidiazione cennata»⁽¹⁴⁾.

Più numerosi sono invece i provvedimenti che, riconoscendo l'*overruling*, escludono l'applicabilità del nuovo orientamento giurisprudenziale ai processi in corso. Tali provvedimenti individuano due diversi rimedi giuridici per "legittimare" gli atti compiuti tempestivamente nel vigore dell'orientamento pregresso.

Da un lato, vi sono quelle pronunce che ritengono applicabile l'istituto della rimessione in termini, nel solco tracciato da Cass., sez. II, ord. 17 giugno 2010, Truppa⁽¹⁵⁾, per la quale «alla luce del principio costituzionale del giusto processo, la parte che abbia proposto ricorso per Cassazione facendo affidamento su una consolidata giurisprudenza di legittimità in ordine alle norme regolatrici del processo, successivamente travolta da un mutamento di orientamento interpretativo, incorre in errore scusabile ed ha diritto ad essere rimessa in termini ai sensi dell'art. 184-bis c.p.c., "ratione temporis" applicabile, anche in assenza di un'istanza di parte, se, esclusivamente a causa del predetto mutamento, si sia determinato un vizio d'inammissibilità od improcedibilità dell'impugnazione dovuto alla diversità delle forme e dei termini da osservare sulla base dell'orientamento sopravvenuto alla proposizione del ricorso»⁽¹⁶⁾.

per la costituzione dell'attore in opposizione a decreto ingiuntivo ed iscrizione a ruolo anteriore alla notificazione della citazione.

⁽¹³⁾ *Contra* v. Trib. Lanciano, 4 ottobre 2010, in *Giur. merito*, 2010, 3036, con nota di GIORDANO.

⁽¹⁴⁾ In questi termini Trib. Verona, 9 novembre 2010, in *Giur. merito*, 2010, 3028; v. analogamente Trib. Catanzaro, 4 novembre 2010, *ivi*, 2010, 3029.

⁽¹⁵⁾ Pubblicata in *Foro it.*, 2010, I, 3050.

⁽¹⁶⁾ In tal senso v., tra le altre, Trib. Velletri, 18 ottobre 2010, in *Giur. merito*, 2010, 3033; Trib. Arezzo, 29 ottobre 2010, *ivi*, 2010, 3030; Trib. Piacenza, 2 dicembre 2010, *ivi*, 2010, 3027.

D'altro lato, parte della giurisprudenza di merito colloca il fenomeno dell'*overruling* nella cornice di quelle recenti tendenze normative volte ad attribuire un'efficacia sempre più vincolante ai pronunciamenti della Corte di cassazione, esaltandone la funzione di nomofilachia ed assimilandone i tratti a quelli propri del "precedente" degli ordinamenti di *common law*. In una simile prospettiva, anche in virtù delle modifiche apportate agli artt. 363 e 374 c.p.c. con l. 2 febbraio 2006, n. 40, nonché dell'introduzione dell'art. 360-bis c.p.c. con l. 18 giugno 2009, n. 69, il Tribunale di Varese afferma che «*la giurisprudenza delle Sezioni Unite non è più semplice espressione degli indirizzi di legittimità di un organo giudiziario ma Giudice che contribuisce a garantire la "certezza del diritto" nell'ordinamento (v. art. 65 ord. giud.) così divenendo il suo precedente tendenzialmente vincolante per il giudice di merito e avvicinandosi il diritto vivente al diritto positivo anche dal punto di vista della "introduzione" delle regole giuridiche e non solo dal punto di vista della loro interpretazione*»⁽¹⁷⁾. Secondo tale pronuncia l'*overruling* sarebbe, dunque, fenomeno del tutto analogo allo *ius superveniens*⁽¹⁸⁾. Di conseguenza, qualora la parte ottemperante all'orientamento travolto dall'*overruling* avesse tenuto un comportamento incolpevole, dovrebbe «*ritenersi tempestiva l'iscrizione a ruolo dell'opposizione avvenuta, in difetto di dimidiazione del termine a comparire, oltre il termine di cinque giorni dalla notifica dell'atto di opposizione prima del mutamento di orientamento affermato dalle Sezioni Unite con la pronuncia n. 19246 del 2010*»⁽¹⁹⁾. Tutto ciò in base al mero accertamento del Giudice di merito sull'*overruling* e sull'affidamento incolpevole della parte⁽²⁰⁾.

Alle pronunce di merito sono seguiti diversi interventi della Corte di cassazione⁽²¹⁾, culminati nel *dictum* di Cass., sez. un., 11 luglio 2011, Reg. Basilicata c. Enel Green Power S.p.a.⁽²²⁾. Tale pronuncia contiene, invero, un approdo ermeneutico di sintesi, riconoscendo nei seguenti termini l'applicabilità dell'*overruling*: «*In presenza di un'interpretazione correttiva di norme processuali è difficile sfuggire alla conseguenza che l'atto compiuto dalla parte, od il comportamento da essa tenuto, in conformità all'orientamento overruled, risulti - ora per allora - non rituale, inidoneo per effetto appunto del mutamento di indirizzo giurisprudenziale. Quando il mutamento di*

⁽¹⁷⁾ Così Trib. Varese, 8 ottobre 2010, in *Guida dir.*, 2010, n. 42, 24.

⁽¹⁸⁾ V. analogamente Trib. Latina, sez. II, 15 novembre 2010, in *Giur. merito*, 2010, 3028.

⁽¹⁹⁾ Così ancora Trib. Varese, 8 ottobre 2010, in *Giur. merito*, 2010, 3035.

⁽²⁰⁾ V. sempre Trib. Varese, 8 ottobre 2010, in *Guida dir.*, cit., 26.

⁽²¹⁾ Tra i quali v. Cass., sez. un., 11 aprile 2011, Zerbini c. Atac, in *Rep. giust. civ. mass.*, 2011, 4; Cass., sez. III, (ord.) 22 marzo 2011, Proia c. Canevaro, in *Foro it.*, 2011, I, 1039.

⁽²²⁾ Pubblicata in <http://www.dirittoegiustizia.it/Default.aspx?tabid=9>, con nota di VALERINI, *Overruling di norme processuali: tsunami interpretativo o cambiamento annunciato?*

giurisprudenza è sia imprevedibile (in ragione del carattere consolidato nel tempo del precedente indirizzo) che - contemporaneamente - idoneo a creare un effetto preclusivo del diritto di azione o difesa della parte ... sono proprio le peculiari connotazioni dell'overruling che, per la loro eccezionalità, giustificano una scissione tra il fatto (il comportamento della parte risultante ex post non conforme alla corretta regola del processo) e l'effetto, di preclusione, che dovrebbe derivarne. La perdita del diritto di azione e di difesa (ed in particolare il diritto ad una decisione di merito sulla controversia) sarebbe irragionevole e, quindi, contrario al principio del giusto processo e, in definitiva, non può essere consentito, atteso che il principio dell'affidamento del cittadino deve essere garantito, quantomeno fino al momento di oggettiva conoscibilità (da verificarsi in concreto) dell'arresto nomofilattico di esegesi correttiva». Secondo la Corte «il mezzo per tutelare la parte dipende dalla specifica norma controversa: ed infatti, questo può consistere o in una remissione in termini oppure nell'esclusione dell'operatività della preclusione derivante dall'overruling nei confronti della parte che abbia confidato nella precedente interpretazione»⁽²³⁾.

Il fenomeno dell'overruling pone, dunque, degli interrogativi sul ruolo da riconoscere nell'ordinamento giuridico nazionale al c.d. "diritto vivente", nonché sulla collocazione del precedente giurisprudenziale nel sistema delle fonti.

In proposito, può notarsi una progressiva influenza sulla giurisprudenza italiana degli orientamenti interpretativi stabiliti dalla Corte EDU e dalla Corte di Giustizia CE⁽²⁴⁾. Secondo tali orientamenti il termine "diritto" deve intendersi come inclusivo del diritto di origine legislativa e giurisprudenziale⁽²⁵⁾; ne deriva l'irretroattività di una nuova interpretazione in senso sfavorevole della norma da applicare al caso in decisione⁽²⁶⁾.

Da segnalare, quanto al concetto di "diritto vivente", gli insegnamenti di Corte cost., 21 novembre 1997, n. 350⁽²⁷⁾, secondo cui «pur essendo indubbio che nel vigente sistema non sussiste un obbligo per il giudice di merito di conformarsi agli orientamenti della Corte di cassazione (salvo che nel giudizio di rinvio), è altrettanto vero che quando questi orientamenti sono stabilmente consolidati nella giurisprudenza - al punto da acquisire i con-

⁽²³⁾ Fonte massima <http://dejure.giuffre.it>.

⁽²⁴⁾ Sull'overruling, v. per tutti gli arresti citati nelle note nn. 10 e 11 dell'ordinanza.

⁽²⁵⁾ Cfr. CEDU, 24 aprile 1990, Kruslin c. Francia; CEDU, 12 febbraio 2008, Kafkaris c. Cipro; CEDU, 15 novembre 1996, Cantoni c. Francia; Id., 25 maggio 1993, Kokkinakis c. Grecia.

⁽²⁶⁾ V. CGCE, 8 febbraio 2007, caso Groupe Danone c. Commissione delle Comunità europee; per una sintesi dei principali orientamenti "europei" di interesse v. Corte di cassazione, Ufficio del massimario e del ruolo, *Relazione tematica* del 29 marzo 2011, in http://www.cortedicassazione.it/Documenti/Relazione%20civile%2031_11.pdf, sez. I, par. 3.

notati del “diritto vivente” - è ben possibile che la norma, come interpretata dalla Corte di legittimità e dai giudici di merito, venga sottoposta a scrutinio di costituzionalità, poiché la norma vive ormai nell’ordinamento in modo così radicato che è difficilmente ipotizzabile una modifica del sistema senza l’intervento del legislatore o di questa Corte»⁽²⁸⁾.

Quanto al sistema penale, aperture al rilievo del “diritto vivente” si sono progressivamente registrate nell’ambito del c.d. giudicato “allo stato degli atti”.

In origine, la giurisprudenza escludeva che il mutato orientamento interpretativo potesse consentire di superare la preclusione processuale nascente dal giudicato cautelare⁽²⁹⁾.

Successivamente, seppure nel diverso ambito dell’esecuzione penale, la Suprema Corte a Sezioni Unite, ribaltando il pregresso orientamento dominante⁽³⁰⁾, ha stabilito, con riferimento alla preclusione di cui all’art. 666, comma 2, c.p.p. ed in conformità ai più recenti orientamenti delle Corti europee, che «il mutamento di giurisprudenza intervenuto con decisione delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, integrando un nuovo elemento di diritto, rende ammissibile la riproposizione, in sede esecutiva, della richiesta di applicazione dell’indulto in precedenza rigettata»⁽³¹⁾.

Da notare, peraltro, come la Corte di cassazione abbia, più volte, affermato che «qualora si succedano nel tempo, in sede di legittimità, interpretazioni difformi di norme processuali, il provvedimento assunto nell’osservanza di un orientamento in seguito non più condiviso non può considerarsi legittimo alla stregua del principio “tempus regit actum”, che riguarda solo la successione nel tempo di leggi processuali, ma non delle interpretazioni di queste ultime»⁽³²⁾.

3. L’ordinanza annotata costituisce un importante precedente sull’applicabilità nel processo penale dei principi elaborati in relazione al c.d. *overruling*.

⁽²⁷⁾ Pubblicata in <http://www.giurcost.org/decisioni/1997/0350s-97.html>.

⁽²⁸⁾ Sull’utilizzo del concetto di “diritto vivente” da parte della Consulta v. già Corte cost., 11 dicembre 1974, n. 276, in <http://www.giurcost.org/decisioni/1974/0276s-74.html>.

⁽²⁹⁾ V. in proposito Cass., sez. un., 19 dicembre 2006, Librato, in *Riv. pen.*, 2007, 1008, con nota di ESPOSITO, *Note in tema di contestazioni a catena e retrodatazione della decorrenza dei termini di custodia cautelare*.

⁽³⁰⁾ Sul quale, per tutte, v. Cass., sez. I, 11 marzo 2009, Cat Berro, in *CED Cass.*, n. 243810.

⁽³¹⁾ Così Cass., sez. un., 21 gennaio 2010, Beschi, in *Cass. pen.*, 2011, 17; di analogo tenore, sulla riproposizione della richiesta di revoca di sequestro preventivo già rigettata, Cass., sez. II, 6 maggio 2010, Merlo, *ivi*, 2011, 1846.

⁽³²⁾ In questi termini Cass., sez. VI, 26 maggio 2008, S., in *Cass. pen.*, 2009, 1947; v. analogamente Cass., sez. II, 6 maggio 2010, Merlo, *cit.*, in http://dejure.giuffre.it/tkn/qrxprsmrmzxvqtsrxuqsqwrurxvt-nxm04uwkcem0s255ciizesje/psixsite/Giurisprudenza/default.aspx?xbox=201&form_string_d=1.

Occorre, in proposito, rilevare come nel caso di specie, in maniera del tutto peculiare, la ritenuta - in astratto - meritevolezza di tutela dell'affidamento della parte venga ricollegata ad un *overruling* di diritto sostanziale che, indirettamente, produce conseguenze sulla ritualità delle operazioni di intercettazione. Non si è, infatti, in presenza di una successione di interpretazioni difformi di norme processuali, ma di un mutamento del "diritto penale vivente" che incide sulla configurabilità *ex ante* dei presupposti di cui agli artt. 266 e 267, comma 1, c.p.p.

Tuttavia, se la conseguente applicazione del principio del *tempus regit actum* impedisce il dispiegarsi di un'efficacia retroattiva dell'orientamento espresso nella sentenza Sepe, non è comunque ravvisabile, al tempo delle richieste di intercettazione e dei decreti autorizzativi emessi nell'ambito del procedimento in oggetto, un "diritto vivente" di segno contrario.

Invero, il Giudice rileva come il contrasto giurisprudenziale precedente il *dictum* della sentenza Sepe poteva dirsi «oggettivamente risolto» almeno a far data dal deposito della motivazione di tale sentenza in cancelleria, ovvero dal 10 maggio 2006⁽³³⁾, mentre gli originari decreti di autorizzazione delle intercettazioni risalgono al successivo 5 ottobre 2006. Non può, dunque, «affatto parlarsi nel caso di specie di affidamento di una parte (il p.m.) nel cosiddetto diritto vivente e, conseguentemente, nel mantenimento di una interpretazione giurisprudenziale radicata, perché interpretazione radicata non vi era»⁽³⁴⁾.

Da tali considerazioni discende, pertanto, il rigetto della richiesta istruttoria proposta dal p.m.

ALESSANDRO CIGLIONI

⁽³³⁾ V. sul tema, Cass., sez. II, 7 febbraio 2011, Larizza e altro, in *Foro it.*, 2011, 1075, secondo cui l'*overruling* decorre dalla disponibilità del testo integrale della sentenza nel Servizio novità del sito *web* della Corte di cassazione.

⁽³⁴⁾ In questi termini v. il par. 6.4. dell'ordinanza.

G.U.P. TRIBUNALE DI ORVIETO – 25 ottobre 2010 – *Est.* FORLANI
– B. M.

Abuso d'ufficio – Elemento soggettivo – Dolo intenzionale – Necessità
(c.p., art. 323).

**Abuso d'ufficio – Elemento soggettivo – Dolo intenzionale – Modalità
di accertamento** (c.p., art. 323).

In tema di abuso d'ufficio ai fini della configurabilità dell'elemento soggettivo è richiesto il dolo intenzionale, il quale richiede che l'evento sia voluto dall'agente come conseguenza diretta ed immediata della sua condotta ed obiettivo primario da costui perseguito e non semplicemente previsto ed accettato come possibile conseguenza del proprio agire (1).

Il dolo intenzionale, nei suddetti termini connotato, sussiste tutte le volte in cui dalla gravità e reiterazione delle violazioni di legge poste in essere dall'imputato, nonché dai rapporti tra le parti, emerga con chiarezza che gli unici effetti della condotta dell'imputato risultino essere esclusivamente la realizzazione del vantaggio patrimoniale nei confronti di un terzo (Fattispecie in cui il GUP ha ritenuto di poter desumere il dolo intenzionale, oltre che dalla reiterazione delle condotte illecite, dalla conoscenza diretta tra il Pubblico Ufficiale ed il Notaio) (2).

(*Omissis*). Orbene, sulla scorta di tali emergenze deve rilevarsi come risulti di assoluta evidenza la responsabilità di M.B. in relazione a tutte le fattispecie a lui contestate. Ed invero, quanto alla fattispecie di cui all'art. 323 c.p., risulta senz'altra integrato l'elemento oggettivo del reato consistente nella violazione di legge o regolamenti. Infatti va rimarcato, dall'esame delle circolari e della normativa sopra riportata, come la effettuazione di più avvisi di liquidazione e la relativa ritardata tempestiva iscrizione a ruolo del carico contributivo relativo all'omesso versamento delle imposte di registro risulti in aperta violazione dell'art. 67 comma 2, lett. a) D.P.R. 28 gennaio 1988 n. 43. Nello stesso modo, la personale effettuazione delle suddette tardive iscrizioni a ruolo risulta operata in violazione sia dell'art. 12 D.P.R. 29 settembre 1973 n. 602, sostituito dall'art. 4 D.lgs. 26 febbraio 1999 n. 46, che degli ordini di servizio, che riservavano l'emanazione di tali atti impositivi alla competenza esclusiva del capo dell'ufficio. Che tutto ciò ebbe a determinare un vantaggio patrimoniale per un terzo e segnatamente per il notaio P.A. risulta anche di palmare evidenza atteso che questi in tal modo aveva occasione di appropriarsi illecitamente delle imposte di registro che non versava ovvero che versava con ritardo. (*Omissis*).

Quanto all'elemento psicologico del reato, esso è notoriamente costi-

tuito nel caso di specie da un dolo intenzionale che richiede che l'evento sia voluto dall'agente come conseguenza immediata e diretta della sua condotta ed obiettivo primario da costui perseguito e non semplicemente previsto e accettato come possibile conseguenza del proprio agire. (*Omissis*).

Deve però rilevarsi come nell'ipotesi in esame il dolo intenzionale, nei suddetti termini connotato, da parte di M.B. emerga con chiarezza in primo luogo dalla gravità e reiterazione delle violazioni di legge poste in essere dal prevenuto i cui unici effetti risultavano essere esclusivamente la realizzazione del vantaggio patrimoniale nei termini sopra precisati in favore del Notaio. Sul punto va rimarcato come la Suprema Corte abbia chiarito, e con ciò individuando un elemento dotato di autonoma efficienza probatoria, che in tema di abuso d'ufficio, l'elemento soggettivo del reato - che consiste nella consapevolezza dell'ingiustizia del vantaggio patrimoniale e nella volontà di agire per procurarlo - può essere desunta dalla macroscopica illiceità dell'atto e dai tempi di emanazione (Cass. Pen. Sez. 6, Sentenza n. 49554 del 22/10/2003).

Nel caso di specie le violazioni di legge risultano reiterate e plurime sotto i diversi profili indicati ed hanno individuato una pervicacia nel favorire il Notaio che deriva, come detto, anche dal comportamento posto in essere nel violare gli ordini di servizio per potere direttamente operare in favore del Pubblico Ufficiale. Il tutto nella evidente consapevolezza del proprio illecito agire.

A tale elemento, di per sé come detto già astrattamente idoneo a consentire di configurare l'elemento psicologico richiesto, si aggiunge la diretta conoscenza fra l'imputato e il P. Ed invero nel corso della perquisizione operata dalla GDF è stata sequestrata l'agenda in uso al notaio P. e dentro è stato rinvenuto il cellulare del M.

Inoltre, come già rassegnato, in sede di s.i. la direttrice L. riferiva che il M era solito rivolgersi al notaio dandogli del tu, che nell'ufficio da lei da poco diretto vi era un clima troppo familiare con i professionisti, che lei intese pertanto improntare su profili di maggiore distacco.

Conclusivamente, da quanto sin qui detto non può non rimarcarsi come risulti del tutto evidente la responsabilità penale del prevenuto in relazione alle ipotesi di reato a lui attribuite. (*Omissis*).

(1-2) Le figure sintomatiche del dolo intenzionale nel reato di abuso d'ufficio

1. La sentenza in commento trae origine da una vicenda che vede come protagonisti alcuni funzionari dell'Agenzia delle Entrate, di cui viene stigmatizzato il contegno tenuto nei confronti di un Notaio che si era reso

ripetutamente autore di una serie di irregolarità relative al versamento dell'imposta di registro; in particolare, tutti gli imputati avrebbero omesso di denunciare all'A.G. la condotta appropriativa del Notaio, mentre due di loro avrebbero anche posto in essere condotte commissive tali da integrare la figura dell'abuso d'ufficio.

La pronuncia che si annota, resa all'esito del giudizio abbreviato richiesto da B.M., offre interessanti spunti di riflessione proprio rispetto all'accertamento del reato di cui all'art. 323 c.p., che, nel caso di specie, risulterebbe integrato da plurime condotte, consistite nell'aver omesso di informare tempestivamente i superiori gerarchici del mancato versamento delle imposte rispetto ad alcuni atti e del ritardato versamento delle stesse rispetto ad altri atti, nell'aver ritardato la tempestiva iscrizione a ruolo del carico contributivo relativo all'omesso versamento delle imposte, nell'aver personalmente e tardivamente operato la predetta iscrizione a ruolo, sconfinando così dalla propria area di competenza.

Benché nella sentenza molto spazio venga dedicato agli elementi obiettivi della fattispecie, ed in particolare alla ricostruzione delle norme violate, anche in relazione al nuovo procedimento telematico di registrazione degli atti rogati, il profilo che si è scelto di approfondire in questa sede è quello che attiene all'accertamento dell'elemento soggettivo richiesto dalla norma. Si tratta di una questione problematica che, seppur sia stata ampiamente indagata nei suoi vari aspetti, continua a non trovare univoche soluzioni.

In particolare, mentre è facile evidenziare, come meglio si illustrerà oltre, che la pronuncia in esame si iscrive nel solco di un orientamento giurisprudenziale che ben può dirsi consolidato, i profili connessi ai caratteri dell'elemento soggettivo continuano a stimolare il dibattito dottrinale che, sul punto, appare diviso.

Le due principali questioni problematiche sono entrambe connesse all'esegesi dell'avverbio "*intenzionalmente*", il cui inserimento nella fattispecie, avvenuto con la novella del 1997⁽¹⁾, ha destato un coro di critiche. Nessun dubbio quanto alla finalità sottesa, in generale, all'intera riscrittura della norma e, in particolare, all'introduzione del termine *de quo*, rappresentata dall'esigenza di dotare la norma di un maggior grado di precisione, in modo da restringerne l'area di punibilità, considerata troppo ampia ed incerta; in particolare, si è cercato di "*garantire il più alto grado di determinatezza possibile e così scongiurare un sindacato penale esteso al merito dell'azione amministrativa*"⁽²⁾. V'è chi ha addirittura parlato di "*un'ansia del legislatore di porre barriere ed ostacoli alle possibilità di eccessiva estensione applicativa*

⁽¹⁾ In particolare, la modifica dell'art. 323 c.p. è contenuta nell'art. 1 l. 16 luglio 1997, n. 234.

⁽²⁾ Così PANZARASA, *Profili problematici del dolo intenzionale quale veicolo ordinario di istanze politico-criminali*, in *Cass. pen.*, 2009, 4424. Per un'analitica disamina delle ragioni politico-criminali che hanno ispirato la riforma, si veda BENUSSI, *Il*

della norma”, che tuttavia si sarebbe tradotta nell’introduzione di requisiti “spesso eccentrici o sproporzionati rispetto agli scopi di tutela”⁽³⁾.

In ogni caso, allo scopo di perseguire il suddetto fine di politica criminale, la norma è stata rimaneggiata sia quanto alla tipicità obiettiva che quanto all’elemento psicologico; sul piano oggettivo, si è passati da un reato di mera condotta, in cui la stessa era descritta in termini generici mediante il concetto di “abuso”, ad un reato di evento in cui la condotta si snoda nella stringente dicotomia violazione di norme - omessa astensione; sul piano soggettivo, venuto meno il dolo specifico, si è pensato di arricchire il dolo generico proprio con il sintagma “*intenzionalmente*”, il cui significato è tutto da approfondire. E, del resto, non vi sono nemmeno termini di paragone cui far riferimento nella ricerca dell’approccio interpretativo più corretto, posto che “*un espresso riferimento alle intenzioni del soggetto agente colora l’abuso d’ufficio di un carattere quasi unico ed esemplare nella sistematica del nostro codice penale*”⁽⁴⁾, che sino al 1997 non conosceva ipotesi di reato in cui la massima intensità dolosa assurgesse ad elemento costitutivo dello stesso.

delitto di abuso d’ufficio, in *I delitti contro la pubblica amministrazione, I, I delitti dei pubblici ufficiali - Trattato di diritto penale. Parte speciale*, diretto da MARINUCCI e DOLCINI, Padova, 2001, 549; l’A. opera una classificazione tripartita, in cui trovano posto le seguenti finalità: “a) evitare il più possibile la penetrazione indebita del giudice penale in settori riservati istituzionalmente all’attività discrezionale della p.a. [...]; b) circoscrivere l’ambito della punibilità prevedendo un evento consumativo [...]; c) arricchire la precisione del fatto di reato delineando in maniera più netta e oggettiva i comportamenti punibili”.

⁽³⁾ Così PICOTTI, *Sulla riforma dell’abuso d’ufficio*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1997, 294.

⁽⁴⁾ Così MEDIOLI – DEVOTO, *L’elemento soggettivo nella fattispecie di abuso d’ufficio: dolo intenzionale e motivi*, in *Ind. pen.*, 2004, 675. Sottolineano l’assoluta novità della soluzione prescelta anche MANZIONE, *Abuso d’ufficio*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., 2000, 7; D’AVIRRO, *L’abuso d’ufficio*, Milano, 2009, 199; FANTUZZI, *Abuso d’ufficio e dolo intenzionale*, in *Cass. pen.*, 2004, II, 469; PICOTTI, *Sulla riforma*, cit., 299. Peraltro, “tale *novum* giuridico [...], del tutto inconsueto per il sistema penale fino alla l. n. 234 del 1997, sembra ormai divenuto per il legislatore penale degli ultimi anni un ricorrente strumento di selezione della tipicità psichica”, così NATALINI, *Intenzionalità del dolo ex art. 323 c.p. e pretesa esclusività della finalità tipica: l’avallo della Cassazione ad una discutibile assimilazione ermeneutica*, in *Cass. pen.*, 2004, 3207). Tale tecnica normativa, difatti, è stata impiegata di nuovo nella riforma, introdotta con la l. 61/2002, degli artt. 2621, 2622 c.c. - il cui nuovo testo subordina la punibilità degli autori qualificati del reato alla condizione che questi agiscano “con l’intenzione di ingannare i soci o il pubblico” - e dell’art. 2634 c.c., che sanziona gli amministratori, i direttori generali e i liquidatori che abbiano cagionato “intenzionalmente alla società un danno patrimoniale”. Per una critica di tale tendenza legislativa di veda PANZARASA, *Profili*, cit., 4431, il quale esprime il timore che non si tratti di una mera contingenza, ma piuttosto di una pericolosa “scoperta da parte del legislatore dell’elevato potenziale selettivo del dolo intenzionale, che lo rende veicolo ideale per la realizzazione di obiettivi politico-criminale”.

Il primo quesito attiene alle conseguenze spiegate da tale avverbio rispetto alla configurabilità delle varie forme di dolo; da un lato, v'è da dire che l'*intentio legis*, come emerge dai Lavori preparatori, era univocamente diretta all'esclusione della rilevanza del solo dolo eventuale. Si temeva, difatti, che la trasformazione dell'oggetto del dolo specifico in evento del reato, con conseguente configurabilità del dolo eventuale rispetto allo stesso, avrebbe comportato la punibilità di condotte che non si riteneva opportuno sanzionare, in quanto "*non immediatamente indirizzate al perseguimento del fine illecito contemplato dalla norma penale*"⁽⁵⁾. In tale ottica, il requisito dell'intenzionalità rappresenta "*un'escamotage reso necessario per equiparare l'intensità del dolo generico a quella del dolo specifico*"⁽⁶⁾, in modo da ancorare la punibilità ad un "*acclarato e provato grado di partecipazione dell'agente al reato*"⁽⁷⁾. Del tutto assente nel dibattito che ha preceduto l'approvazione del nuovo testo della norma, invece, è il dolo diretto⁽⁸⁾, che, tuttavia, sembra esser necessariamente da escludere alla luce della formulazione attuale del disposto normativo. E, difatti, questa è l'opinione largamente prevalente in dottrina⁽⁹⁾, cui, dopo pronunce di segno opposto, è pervenuta anche la giurisprudenza⁽¹⁰⁾. E, tuttavia, non è mancata qualche autorevole voce dissenziente, che ha sostenuto la necessità, in nome del

⁽⁵⁾ Cfr. LOTIERZO, *Osservazioni in tema di elemento soggettivo del delitto di abuso d'ufficio*, in *Cass. pen.*, 2008, 3268.

⁽⁶⁾ Così MEDIOLI – DEVOTO, *L'elemento*, cit., 680.

⁽⁷⁾ Cfr. NATALINI, *Intenzionalità*, cit., 3206.

⁽⁸⁾ Afferma MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, Torino, 2004, 65: "dai Lavori parlamentari emerge la convinzione che esistano soltanto due tipi di dolo, cioè il dolo diretto, o intenzionale, ed il dolo indiretto, o eventuale".

⁽⁹⁾ Cfr. LEONI, *Il nuovo reato di abuso d'ufficio*, Padova, 1998, 94; MANNA, *Abuso*, cit., 66; PANZARASA, *Profili*, cit., 4429; TINDARI BAGLIONE, *La riforma dell'abuso d'ufficio*, Milano, 2000, 108; MEDIOLI – DEVOTO, *L'elemento*, cit., 680; DE BELLIS, *La prova del dolo nel reato di abuso d'ufficio: gli indici sintomatici dell'intenzionalità della condotta e le possibili discontinuità interpretative in tema di errore sulla norma extrapenale*, in *Cass. pen.*, 2007, 3673.

⁽¹⁰⁾ Cass., sez. VI, 24 febbraio 2004, Percoco, in *Giust. pen.*, 2006, I, 23: "ai fini della sussistenza dell'elemento soggettivo nel delitto di abuso di ufficio non è sufficiente né il dolo eventuale - e cioè l'accettazione del rischio del verificarsi dell'evento - né quello diretto - e cioè la rappresentazione dell'evento come realizzabile con elevato grado di probabilità o addirittura con certezza, senza essere un obiettivo perseguito -, ma è richiesto il dolo intenzionale, e cioè la rappresentazione e la volizione dell'evento di danno altrui o di vantaggio patrimoniale, proprio o altrui, come conseguenza diretta e immediata della condotta dell'agente e obiettivo primario da costui perseguito. Ne consegue che se l'evento tipico è una semplice conseguenza accessoria dell'operato dell'agente, diretto a perseguire, in via primaria, l'obiettivo di un interesse pubblico di preminente rilievo, riconosciuto dall'ordinamento e idoneo ad oscurare il concomitante favoritismo o danno per il privato, non è configurabile il dolo intenzionale e pertanto il reato non sussiste". Analogamente, più di recente, Cass., sez. V, 3 dicembre 2010, Marotta, in *CED Cass.*, n. 249706.

rispetto del principio di ragionevolezza, di andare oltre il dato letterale, per concludere a favore di “una soluzione che riconduce al requisito dell’intenzionalità l’effetto di rendere penalmente irrilevante il fatto abusivo che sia accompagnato da mero dolo eventuale”⁽¹¹⁾. E, tuttavia, anche chi sostiene che “in termini generali una distinzione tra dolo cd. intenzionale e dolo cd. diretto, anche a voler prescindere dalle difficoltà sul piano dell’accertamento pratico, pare avere poche chances già sul piano concettuale”, è costretto a riconoscere come “nella specie deve darsi atto che potrebbe realmente essere stato questo il significato della sottolineatura espressa dall’intenzionalità nel nuovo art. 323 c.p.”⁽¹²⁾.

Nel caso di specie il G.U.P., allineandosi all’ormai pacifico orientamento giurisprudenziale, afferma che l’elemento psicologico del reato è “notoriamente costituito [...] da un dolo intenzionale che richiede che l’evento sia voluto dall’agente come conseguenza diretta ed immediata della sua condotta ed obiettivo primario da costui perseguito e non semplicemente perseguito ed accettato come possibile conseguenza del proprio agire”.

L’utilizzo della locuzione “obiettivo primario” lascia intravedere il secondo nodo problematico, che attiene alla c.d. esclusività del dolo intenzionale; si tratta, per vero, di una questione che non assume rilievo nel caso concreto, ma la cui perdurante attualità impone di dedicarle almeno un cenno. Il quesito sotteso è se la figura delittuosa *de qua* ricorra anche qualora la condotta dell’agente sia mossa non solo dall’intenzione di realizzare l’evento del reato, ma anche, in via concorrente, da quella di perseguire un interesse pubblico. Alcuni Autori⁽¹³⁾ hanno ritenuto che la necessaria intenzionalità del dolo - che è tale solo in relazione all’evento del reato, e non agli altri, peraltro numerosi, elementi costitutivi della fattispecie⁽¹⁴⁾ - importi, quale indefettibile corollario, l’esclusione della punibilità ogniqualvolta sia provata la finalizzazione pubblicistica della condotta. Più precisamente, di fronte al sovrapporsi di due interessi, entrambi scientemente perseguiti

⁽¹¹⁾ Questa è il percorso interpretativo proposto da MANZIONE, *Abuso*, cit., 7.

⁽¹²⁾ Cfr. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali. Commentario sistematico*, Milano, 2002, 275.

⁽¹³⁾ Cfr. RUSSO, *L’elemento soggettivo del reato di abuso d’ufficio*, in *Temì rom.*, 1998, 105; PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, I, 1998, 261.

⁽¹⁴⁾ Si viene così a determinare una situazione in cui l’intensità del dolo assume gradi differenti in relazione a diverse porzioni del suo oggetto; se l’evento del reato deve esser coperto da un dolo intenzionale, tutti gli altri elementi del fatto tipico soggiacciono, invece, alle regole generali in materia di imputazione dolosa, potendo quindi esser irradiati anche dalle forme meno intense del dolo diretto e del dolo eventuale. La norma, insomma, “esige intensità dolose disomogenee in relazione ai diversi fattori costitutivi della fattispecie” (così MEDIOLI – DEVOTO, *L’elemento*, cit., 687; nello stesso senso INFANTE, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, II, a cura di CADOPPI-CANESTRARI-MANNA-PAPA, Torino, 2008, 359; D’AVIRRO, *L’abuso*, cit., 215).

dall'agente, si dovrà verificare quale sia stata *“l'effettiva spinta psicologica che ha determinato il pubblico ufficiale ad agire”*, per cui qualora *“l'interesse pubblico prevalga su quello privato, difetta il dolo intenzionale; viceversa, se l'interesse privato è stato il vero fine preso di mira dall'agente, allora il reato si configurerà ugualmente”*⁽¹⁵⁾. Per cui, più che di esclusività, sarebbe corretto discorrere di *“preminenza data all'evento tipico, rispetto al pur concorrente interesse privato”*⁽¹⁶⁾, la cui mera coesistenza, invece, non può, *sic et simpliciter*, far venir meno l'elemento psicologico richiesto dalla norma.

Se questa è la linea che, dopo pronunce di contrario avviso⁽¹⁷⁾, si è consolidata in giurisprudenza⁽¹⁸⁾, parte della dottrina⁽¹⁹⁾ ritiene, viceversa, che sia errato dedurre dall'avvenuta codificazione dell'intenzionalità la conseguente esclusività dell'intenzione egoistica di vantaggio. Se l'agente si rappresenta e vuole cagionare l'evento tipico, il dolo intenzionale così integrato non può venir meno sol perché esistano altri fattori, anche di portata pubblicistica, motivanti⁽²⁰⁾; ragionando *a contrario*, se il legislatore avesse voluto sanziona-

⁽¹⁵⁾ Così FANTUZZI, *Abuso*, cit., 473.

⁽¹⁶⁾ D'AVIRRO, *L'abuso*, cit., 213.

⁽¹⁷⁾ Cass., sez. VI, 2 aprile 1998, Sanguedolce, in *CED. Cass.*, n. 211245; Cass., sez. V, 17 novembre 1999, Pinto, *ivi*, n. 216122; Cass., sez. VI, 11 dicembre 2001, Antonini, *ivi*, n. 221292.

⁽¹⁸⁾ Cfr. tra le tante, Cass., sez. VI, 1 giugno 2000, Spitella, in *Cass. pen.*, 2001, 2681; Cass., sez. VI, 18 dicembre 2002, Casuscelli di Tocco, *ivi*, 2003, 2650: “non è penalmente perseguibile la condotta volontariamente violativa della legge con il risultato consapevole di recare a taluno un ingiusto vantaggio, qualora ciò rappresenti il mezzo per il simultaneo perseguimento di un fine pubblico”; Cass., sez. VI, 11 marzo 2003, Allegra, in *CED Cass.*, n. 224069; Cass., sez. VI, 15 gennaio 2004, Mannello, in *Guida dir.*, 2004, n. 14, 74: “nel reato di abuso di ufficio l'uso dell'avverbio “intenzionalmente” per qualificare il dolo implica che sussiste il reato solo quando l'agente si rappresenta e vuole l'evento di danno altrui o di vantaggio patrimoniale proprio o altrui come conseguenza diretta ed immediata della sua condotta e come obiettivo primario perseguito, e non invece quando egli intende perseguire l'interesse pubblico come obiettivo primario”; Cass., sez. VI, 27 giugno 2008, Rosi, in *CED Cass.*, n. 240757: “nel delitto d'abuso d'ufficio, per la configurabilità dell'elemento soggettivo è richiesto che l'evento sia voluto dall'agente e non semplicemente previsto ed accettato come possibile conseguenza della propria condotta, onde deve escludersi la sussistenza del dolo, sotto il profilo dell'intenzionalità, qualora risulti, con ragionevole certezza, che l'agente si sia proposto il raggiungimento d'altro fine, pur apprezzabile sotto il profilo collettivo”.

⁽¹⁹⁾ Si vedano, tra gli altri, BENUSSI, *Il delitto*, cit., 619; ROMANO, *I delitti*, 275; PIETRINI PALLOTTA, *Intenzionalità del dolo nel delitto di abuso d'ufficio. Riflessioni sulla pretesa esclusività della finalità tipica*, in questa *Rivista*, 2000, I, 184; SEGRETO - DE LUCA, *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1999, 548; LOTIERZO, *Osservazioni*, cit., 3271.

⁽²⁰⁾ Cfr. LOTIERZO, *Osservazioni*, cit., 3272, il quale, sull'assunto che “se l'evento di reato è deliberatamente voluto, non pare possa attribuirsi rilevanza al perseguimento di un pubblico interesse, salvo - è ovvio - che esso integri una qualsiasi

re unicamente quelle condotte animate dal solo fine dell'ingiusto vantaggio patrimoniale avrebbe potuto - e dovuto - esprimere chiaramente tale opzione, mediante espressioni, peraltro altrove impiegate⁽²¹⁾, quali "al solo scopo di", creando una c.d. fattispecie "*a movente tipizzato*"⁽²²⁾. Alla novella, quindi, non dovrebbe esser attribuito un significato diverso e più ampio rispetto a quello esplicito; si tratterebbe, peraltro, di un'operazione interpretativa non solo errata sul piano concettuale, ma foriera di conseguenze nefaste sul piano pratico, rischiando di rendere la norma un'arma spuntata, incapace di attingere quei copiosi casi in cui sia individuabile un qualche interesse di rilievo pubblicistico, il perseguimento del quale possa esser addotto come determinante dal pubblico agente⁽²³⁾.

causa di giustificazione" e che "tanto meno potrebbe farsi questione sulla prevalenza dell'uno o l'altro tra i diversi risultati presi di mira dall'agente", auspica di assistere alla "resurrezione [del]l'indirizzo invalso sotto il "vecchio" art. 323 c.p., secondo cui il contemporaneo raggiungimento di un interesse pubblico non rende la condotta dell'agente lecita qualora egli si sia mosso in vista della realizzazione anche di un interesse privato".

⁽²¹⁾ Si vedano gli artt. 314, 334, 424, 427, 429, 431, 502, 508, 578, 626 n. 1 c.p.

⁽²²⁾ Cfr. INFANTE, *I delitti*, cit., 362. Per l'Autore, l'errore di fondo in cui sarebbe incorsa la tesi giurisprudenziale di cui si è dato conto è proprio quello di equivocare tra movente e dolo intenzionale, per integrare il quale "è sufficiente che l'attore si configuri un rapporto di mezzo a fine tra la condotta (violare norme o non astenersi) e l'evento (l'ingiusto danno o l'ingiusto vantaggio patrimoniale). [...] Il perseguimento di un ulteriore fine di pubblico interesse, rispetto al quale il verificarsi dell'evento tipico sia tappa intermedia, non rileva sul piano dell'*an* della fattispecie, [...] potrà rilevare solo sul piano del *quantum* di pena, ai sensi dell'art. 133 c.p. o come attenuante ex artt. 62, n. 1, c.p. e 62 bis c.p.". Nello stesso senso, LAUDI, *L'abuso d'ufficio: luci ed ombre di un'attesa riforma. Profili sostanziali*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 1053, il quale evidenzia come nulla impedisce che si possa "perseguire intenzionalmente un certo esito della propria azione anche quando si abbiano di mira ulteriori effetti, non ricompresi nella fattispecie astratta del reato".

⁽²³⁾ NATALINI, *Intenzionalità*, cit., 3213, mette in guardia dal rischio che le teorie dell'esclusività finiscano per "indebolire oltremodo lo scudo protettivo esibito dall'incriminazione de qua - già di per sé, peraltro, notevolmente alleggeriti dopo la novella del '97 -, giacché prestano il fianco ad una messe di formalistiche assoluzioni sulla base della facile individuazione da parte di soggetti operanti entro la pubblica amministrazione di una qualsivoglia apparente finalità pubblicistica da invocare strumentalmente alla bisogna pur di coprire un loro intenzionale, ancorché non esclusivo, agire *contra legem*". Sulla stessa linea LOTIERZO, *Osservazioni*, cit., 3272, il quale, oltre a denunciare il rischio di una "desertificazione delle fattispecie applicative" - "e, infatti, rimane difficile immaginare in quali casi [...] non potrebbe poi invocarsi con qualche ragione un interesse pubblico anche soltanto perseguito a fianco dell'utile o dis-utile privato" - avanza dubbi anche sotto il profilo dell'opportunità di una tale soluzione, dalla quale "deriverebbe che sotto il profilo penale risulterebbero identiche una condotta che realizza l'interesse pubblico secondo le regole e un'altra che lede il principio di trasparenza e buon andamento e, quindi, la

2. Dopo aver brevemente enucleato le principali questioni interpretative, è opportuno concentrare l'attenzione sui profili problematici che attengono all'accertamento dell'elemento soggettivo, peraltro più rilevanti nel caso concreto. Se, difatti, la prova del dolo risulta ontologicamente complessa, in ragione della natura interiore e non materiale dell'oggetto⁽²⁴⁾, la cui realtà non può esser apprezzata sensorialmente, le difficoltà probatorie vengono amplificate dall'attuale formulazione della norma, la cui area di operatività è demarcata proprio facendo riferimento alla massima intensità dolosa. Si tratta di un *discrimen* particolarmente scivoloso, che non sembra offrire sufficienti garanzie di certezza, cosa ancor più grave essendo in gioco l'alternativa tra responsabilità penale e liceità⁽²⁵⁾. Può, in vero, risultare particolarmente difficoltoso riconoscere, sul piano concreto, quel distinguo, astrattamente così netto, che separa il dolo intenzionale da quello diretto, soprattutto in quei numerosi casi, cui si è già accennato, in cui intervengono più fattori motivanti.

In via generale, come noto, la prova del dolo si raggiunge all'esito di un procedimento indiretto, mediante l'impiego di massime d'esperienza che consentono di inferire da dati fenomenici della realtà, espressivi del-

regolarità dell'amministrazione, oltretutto realizzando un concorrente fine privato comunque vietato dalla legge" (*op. cit.*, 3271).

⁽²⁴⁾ Ciò che si deve provare è, utilizzando le parole di GALLO (*Appunti di diritto penale*, II, *Il reato*, p. II, *L'elemento psicologico*, Torino, 2001, 129), un "evento mentale". Per tale ragione "il dolo è condannato, per così dire, alle incertezze della prova indiziaria: trattandosi di realtà inaccessibile all'osservatore, la sua prova non può che raggiungersi attraverso inferenze fondate sulle massime di esperienza, che consentono di desumere il fatto ignoto da circostanze diverse, di per sé non necessariamente rilevanti" (MARENGHI, *Il dolo*, in *La prova dei fatti psichici*, a cura di DE FRANCESCO-PIEMONTESE-VENAFRO, Torino, 2010, 66).

⁽²⁵⁾ Cfr. MEDIOLI-DEVOTO, *L'elemento*, cit., 680: "diviene di drammatica rilevanza applicativa l'accertamento processuale dei gradi d'intensità del dolo, già di per sé operazione complessa e spesso dagli esiti incerti. L'abuso d'ufficio, infatti, [...] impone agli operatori del diritto di distinguere, ai fini della stessa punibilità, fra dolo intenzionale e dolo diretto, classificazione abitualmente scevra di gravi conseguenze". Analogamente PANZARASA, *Profili*, cit., 4430: "come noto, la verifica processuale del dolo costituisce uno dei punti più delicati e controversi dell'intero ordinamento penale in quanto si tratta di ricostruire processi puramente psichici per loro natura immateriali ed appartenenti al foro interno dell'agente. Qualora però la norma incriminatrice non si limiti a richiedere un accertamento "qualitativo" sull'an dell'elemento soggettivo, ma addirittura un accertamento "quantitativo" sull'intensità della sua fenomenologia, appare fin da subito chiaro che la prova "al di là di ogni ragionevole dubbio" (art. 533, comma 1, c.p.p.) dell'intenzionalità della condotta di abuso risulterà più che mai complessa". Cfr. anche PICOTTI, *Sulla riforma*, cit., 301: "l'errore di innalzare un certo grado di qualificazione del dolo addirittura a requisito della punibilità del reato è però da evitare, perché porta a stabilire il confine tra lecito e illecito sullo scivoloso terreno di categorie concettuali interne all'elemento soggettivo". Nello stesso senso MANNA, *Abuso*, cit., 66; LEONI, *Il nuovo*, cit., 96.

l'atteggiamento interiore del soggetto, l'elemento soggettivo richiesto dalla norma⁽²⁶⁾. Nel caso di specie, *“il giudice [...] dovrà sondare in profondità il processo motivazionale del pubblico funzionario, per verificare se egli abbia agito proprio allo scopo di provocare l'evento di vantaggio o di danno: ma questa verifica dovrà pur sempre essere svolta assumendo a punto di riferimento le circostanze esterne del caso e utilizzando massime d'esperienza”*⁽²⁷⁾.

Se, dunque, la prova del dolo non può che esser raggiunta in via indiretta, ad assumere importanza centrale è il rigore con cui viene condotto tale ineliminabile procedimento inferenziale: in particolare, rilevano la credibilità razionale delle massime d'esperienza impiegate e la corretta individuazione, tra le molte astrattamente applicabili, di quelle che si attagliano al caso concreto. Infatti, *“sussiste, di regola, un gran numero di leggi psico-fisiche teoricamente riferibili ad una medesima condotta”* per cui *“il problema fondamentale diviene quello dei fattori rilevanti per decidere dell'operatività nel caso concreto di una legge piuttosto che di un'altra”*⁽²⁸⁾. Rispetto a tale ultimo aspetto, *“il momento decisivo per la corretta individuazione della regola di esperienza risiede [...] nella corretta selezione e descrizione degli elementi cui collegare la massima di esperienza”*⁽²⁹⁾. Si tratta, cioè, di identificare non solo quelle note modali della condotta, ma anche tutti quegli elementi che contestualizzano la stessa, precedendola o seguendola, da cui, per il tramite di una pertinente regola d'esperienza, espressiva di una regolarità psicologico-finalistica, possa ragionevolmente dedursi l'atteggiamento psichico del soggetto.

Allo scopo di semplificare tale operazione, è emersa la tendenza pretoria ad elaborare, rispetto alle varie ipotesi di reato, una serie di “indici sintomatici”, ricorrendo i quali sarebbe possibile inferire il dolo dell'agente, che, nel caso dell'abuso d'ufficio, non può certo ritenersi provato solo sulla base

⁽²⁶⁾ Cfr. EUSEBI, *Il dolo come volontà*, Brescia, 1993, 117: “il richiamo alle massime di esperienza risponde [...] ad una duplice esigenza: da un lato individua un modello probatorio che non si basa sulla determinazione aprioristica dei materiali rilevanti per l'accertamento del dolo, rappresentando in tal senso un'alternativa alla sua presunzione; dall'altro lato si configura come strumento inteso a recuperare la legalità, vale a dire la fondazione razionale e dunque la non arbitrarietà, dell'argomentazione giudiziaria che sostiene l'accertamento stesso”.

⁽²⁷⁾ Così FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, I, Bologna, 1997, 246, che, dopo aver sottolineato le difficoltà di tale genere di accertamento, si chiede “se sia stata scelta legislativa davvero felice far dipendere l'an della punibilità dalla presenza del grado più intenso di volontà colpevole”.

⁽²⁸⁾ Così EUSEBI, *Il dolo*, cit., 131.

⁽²⁹⁾ Cfr. MARENGHI, *Criteri di accertamento del dolo*, in *Studium iuris*, 2006, 1313; l'Autore prosegue evidenziando due fattori rilevanti: “la descrizione delle condizioni di applicabilità della massima e il controllo razionale del percorso logico effettuato dal giudice nella ricostruzione dell'elemento soggettivo”.

della violazione di legge. Inizialmente, si trattava di affermazioni di generica rilevanza di quegli “*elementi sintomatici che, apparentemente estrinseci all’atto o al comportamento, consentano tuttavia una verifica di più ampio contesto*”⁽³⁰⁾, quali indeterminati “*comportamenti antecedenti, contestuali o anche successivi all’atto o al comportamento che designa l’abuso*”⁽³¹⁾. Più di recente, si è assistito ad un vero e proprio tentativo di classificazione delle figure sintomatiche del dolo intenzionale⁽³²⁾, che vengono riconosciute in una serie eterogenea di elementi concreti idonei a testimoniare l’intenzionalità della condotta⁽³³⁾. In particolare, si è ritenuto di valorizzare, per quanto riguarda la violazione di legge, la sua evidenza, gravità o reiterazione, mentre, per quanto attiene all’atto, eventualmente emanato dall’agente, la carenza della sua motivazione, la sua macroscopica illiceità e i suoi tempi di emanazione⁽³⁴⁾; inoltre, rilevano i rapporti personali, eventualmente accertati, tra l’agente e il soggetto avvantaggiato dal reato. Infine, è stato attribuito valore indiziante anche alla specifica competenza professionale

⁽³⁰⁾ Cass., sez. VI, 8 luglio 1996, Buccella, in *CED. Cass.*, n. 205761; analogamente Cass., sez. VI, 27 settembre 1996, Pugliese, *ivi*, n. 206360.

⁽³¹⁾ Cass., sez. VI, 1 febbraio 1995, Gadani, in *Riv. pen.*, 1995, 1026.

⁽³²⁾ Cfr. Cass., sez. VI, 9 novembre 2006, Fabbri, in *Cass. pen.*, 2007, 3670; Cass., sez. VI, 11 novembre 1999, Mautone, *ivi*, 2001, 145: “in tema di elemento soggettivo del reato di abuso di ufficio, la prova che un atto amministrativo è il risultato di una collusione tra il privato e il pubblico ufficiale non può essere dedotta dalla mera coincidenza tra la richiesta dell’uno ed il provvedimento adottato dall’altro, essendo invece necessario a tal fine che il contesto fattuale, i rapporti personali tra i predetti soggetti ovvero altri dati di contorno dimostrino che la domanda del privato è stata preceduta, accompagnata o seguita dalla intesa con il pubblico ufficiale o, comunque, da pressioni dirette a sollecitarlo o persuaderlo al compimento dell’atto illegittimo”. Danno conto di tale tendenza giurisprudenziale MEDIOLI-DEVOTO, *L’elemento*, cit., 685; BENUSSI, *Il delitto*, cit., 621; DE BELLIS, *La prova*, cit., 3671.

⁽³³⁾ Sono stati individuati indici rivelatori anche dell’esclusività del dolo, su cui si sofferma FABBRONI, *L’elemento soggettivo del reato di abuso d’ufficio: il dolo intenzionale*, in *Foro tosc.*, 2008, III, 330; in particolare, in caso di coesistenza di un interesse pubblico con uno egoistico, “l’indagine sulla sussistenza del dolo intenzionale può essere realizzata attraverso la sproporzione delle conseguenze verificatisi: il grado (modesto o rilevante) del vantaggio ottenuto dal privato a fronte del livello (modesto o rilevante) di soddisfacimento di un interesse pubblico non altrimenti realizzabile”.

⁽³⁴⁾ Cfr. Cass., sez. VI, 22 ottobre 2003, Cianflone, in *Giust. pen.*, 2004, 618: “In tema di abuso di ufficio, l’elemento soggettivo del reato consiste nella consapevolezza dell’ingiustizia del vantaggio patrimoniale e nella volontà di agire per procurarlo e può essere desunta dalla macroscopica illiceità dell’atto e dai tempi di emanazione (Fattispecie relativa al rilascio di una concessione edilizia illegittima perché in violazione della legge urbanistica, emessa prima ancora dell’avvenuta presentazione del progetto da parte del privato e in presenza di un negativo parere dell’Ufficio tecnico comunale)”.

dell'agente, in virtù della quale quest'ultimo non avrebbe potuto non riconoscere l'illegittimità della propria condotta⁽³⁵⁾.

Il G.U.P. umbro sorregge il proprio *iter* argomentativo proprio evidenziando la ricorrenza, nel caso concreto, di taluni di tali elementi significativi; in particolare, nel caso di specie le violazioni erano state plurime, distribuite in un arco di tempo significativo, e gravi; inoltre, vi erano risultanze probatorie che dimostravano in modo inequivoco il rapporto di personale conoscenza tra il pubblico agente ed il Notaio⁽³⁶⁾.

E, tuttavia, l'accertamento dell'elemento soggettivo, benché condotto in aderenza ai criteri proposti dalla giurisprudenza di legittimità, desta qualche perplessità, dovuta all'impiego che di tali criteri si è fatto. Se, difatti, da un lato è pregevole lo sforzo di poggiare l'accertamento del dolo su puntelli argomentativi rappresentati da circostanze esteriori ricorrenti nelle manifestazioni concrete di un certo reato, il rischio è che tali indici, che dovrebbero avere un valore meramente orientativo, vengano irrigiditi e scambiati per elementi da sé sufficienti a provare l'elemento soggettivo. Invero, *“un affidamento acritico circa l'attendibilità, nel caso concreto, di quelle mappe crea il rischio o di imboccare vicoli probatoriamente ciechi rispetto alle esigenze del rigore argomentativo, offrendo sostegno a apparati probatori altrimenti deboli o addirittura conduce sulla strada delle aborrite (a parole!) presunzioni”*⁽³⁷⁾.

Siffatto pericolo traspare anche nella sentenza in commento, ove si legge che l'elemento indiziante rappresentato dalla gravità e reiterazione delle violazioni sarebbe *“già astrattamente idoneo a consentire di configurare l'elemento psicologico richiesto”*, per cui solo *ad abundantiam* viene evidenziata l'ulteriore circostanza dei rapporti personali tra i soggetti.

La pronuncia annotata, insomma, pare la concretizzazione di quel rischio che gli indici sintomatici precostituiti finiscano per sfociare in automatismi probatori che mettono da parte le autentiche regole d'esperienza, da cui effettivamente traggono origine, per avvicinarsi molto a veri e propri schemi presuntivi. Viceversa, l'accertamento dell'elemento soggettivo doloso,

⁽³⁵⁾ DE BELLIS, *La prova*, cit., 3674, solleva la questione della necessaria compresenza degli indicatori del dolo o della loro alternatività, e conclude sostenendo che *“in una materia estremamente scivolosa dal punto di vista probatoria qual è quella in esame, appare opportuno fondare una pronuncia sul maggior numero possibile di indici sintomatici, che si rafforzino reciprocamente; tuttavia, a parere di chi scrive, non pare necessario verificare la sussistenza di tutti gli indici proposti”*.

⁽³⁶⁾ La diretta conoscenza tra i due emerge da due elementi: il rinvenimento, nell'agenda del Notaio sequestrata dalla GDF, del numero del telefono cellulare dell'imputato e dalla testimonianza della direttrice L., che riferisce la circostanza che i due si dessero *“del tu”*.

⁽³⁷⁾ Così FIORE, *Il dolo*, in *La prova dei fatti psichici*, a cura di DE FRANCESCO-PIEMONTESE-VENAFRO, Torino, 2010, 59.

soprattutto in relazione all'abuso d'ufficio, deve avvenire avendo riguardo alle peculiarità del caso concreto, che potrebbero non consentire l'adozione incondizionata del meccanismo inferenziale codificato nelle figure sintomatiche. La questione, evidentemente, è di particolare momento rispetto alla fattispecie di reato *de qua*, posto che un accertamento superficialmente fondato sull'automatica declinazione di indici canonizzati in via generale finirebbe per porre nel nulla la funzione delimitatrice della punibilità che il legislatore ha voluto - discutibilmente - attribuire al dolo intenzionale.

SARAH CECCHINI

DIRITTO PUBBLICO

CORTE DEI CONTI – Sez. Giurisd. Umbria – 12 aprile 2010 – Pres. PRINCIPATO – Est. LEONI. – P.R. c . A.C.

Responsabilità amministrativa e contabile – Amministratori comunali – Fattispecie – Società per azioni partecipata dal Comune – Ricapitalizzazione – Acquisto azioni – Natura discrezionale della decisione – Insindacabilità nel merito – Sussistenza (d.lgs. n. 267/2000, art. 113).

Responsabilità amministrativa e contabile – Amministratori comunali – Fattispecie – Società per azioni partecipata dal Comune – Ricapitalizzazione – Acquisto azioni – Danno erariale – Vantaggio per la collettività – Compensazione (l. n. 20/1994, art. 3).

Il principio di insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali riguarda solo la «scelta» (che, peraltro deve essere anche motivata) tra due o più opzioni che siano tutte lecite, legittime, congrue e razionali, con la conseguente «indifferenza» per il giudice di quella poi adottata. Nel caso di specie, è insindacabile la scelta compiuta dagli amministratori comunali, in presenza delle più possibili opzioni offerte dall'articolo 113 del decreto legislativo n. 267 del 2000, di addivenire ad un modello gestionale del servizio pubblico di rilevanza economica mediante una società interamente in mano pubblica (1).

È razionale la scelta compiuta dagli amministratori comunali di contribuire alla ricapitalizzazione di una società di capitali, incaricata per la raccolta e lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani, al fine di scongiurarne la liquidazione. Nella fattispecie il prezzo pagato per l'acquisto, potenzialmente causativo di un danno economico al comune per il corrispondente depauperamento patrimoniale, si conguaglia con l'interesse della collettività (assicurando la raccolta dei rifiuti), non sussiste alcun danno risarcibile (2).

(Omissis). La questione all'esame del Collegio concerne un'ipotesi di danno erariale asseritamente causato da amministratori del comune

di X in occasione dell'acquisto delle quote azionarie di minoranza della società Y s.p.a., ricapitalizzata, operante nel settore della raccolta e dello smaltimento dei rifiuti.

I - L'assenza di questioni preliminari, in rito o al merito, sottoposte dai convenuti o rilevabili d'ufficio, induce il Collegio ad addentrarsi immediatamente all'esame nel merito della controversia.

In questo senso non sfugge che la questione dedotta ha caratteristiche alquanto inconsuete rispetto a quelle ordinariamente oggetto della cognizione della Corte dei conti, poiché ha ad oggetto le condotte degli amministratori comunali anche in veste imprenditoriale.

Ciò non toglie, però, che i criteri di giudizio impiegati non possano che essere quelli canonizzati dalla giurisprudenza contabile (con il conforto di quella delle Sezioni Unite della Corte di cassazione), che debbono indurre a verificare se nell'ipotesi di responsabilità erariale siano ravvisabili un danno ingiusto alle finanze pubbliche, causato dalla condotta di soggetti legati all'ente danneggiato da un rapporto di servizio che abbiano agito, con dolo o colpa grave, in violazione degli obblighi di servizio che il rapporto in essere gli imponeva di rispettare.

II - Tanto premesso, il Collegio considera che l'ipotesi di danno per la quale c'è causa è stata costruita dalla Procura attrice sulla base dell'osservazione che le spese deliberate dai convenuti, sostenute dalle finanze del comune di X e costituite dall'aumento di capitale della società Y s.p.a. e dall'acquisto delle quote di minoranza già di proprietà dei soci privati, sarebbero state eccedenti il valore della società stessa, peraltro avente, alla data di tale acquisto, un bilancio appesantito da consistenti perdite accumulate nel corso degli esercizi finanziari dalla costituzione (1996).

III - Rispetto a questa sintetica ricostruzione dell'addebito il Collegio considera necessario operare, anche alla luce delle risultanze istruttorie acquisite, una breve ricostruzione della condotta dei convenuti rispetto al contesto nel quale si sono trovati ad operare. In particolare:

a) la Y s.p.a. era stata costituita, con il compito di operare nel campo di alcuni servizi comunali (raccolta e trattamento dei rifiuti, depurazione e distribuzione dell'acqua) con l'apporto anche di capitale privato, selezionato con bando di gara che il comune aveva deliberato nell'agosto/novembre 1995;

b) il corrispettivo per i servizi resi dalla Società è stato stabilito dal Comune in una misura alquanto inadeguata ai costi sopportati, come attestato da vari atti e comportamenti emersi nel tempo e richiamati in narrativa, con un collegamento alla tariffazione imposta ai fruitori del servizio sostanzialmente immutata dall'anno 1993;

c) il deficit "strutturale" accumulato dalla società è stato, dunque, il risultato di precise scelte amministrative del Comune intercorse tra la costituzione e l'anno 2005;

d) nell'anno 2004 s'è insediata l'Amministrazione comunale della quale sono stati componenti i convenuti nel presente giudizio nella qualità di amministratori, i quali hanno ritenuto di dover intervenire nella vicenda operando scelte che hanno fundamentalmente modificato la situazione sino ad allora consolidatasi, anche in ragione della circostanza che la riduzione del capitale sociale al disotto dei limiti di legge imponeva di decidere se procedere alla ricostituzione, ovvero allo scioglimento della società stessa.

In sostanza, gli amministratori convenuti si sono trovati nella condizione di decidere, in quel contesto, a quale modello gestionale affidare servizi essenziali del Comune, in presenza di più possibili opzioni, tenuto conto che l'articolo 113 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, approvato con il decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, al comma 5 prevede che l'erogazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica debba avvenire "con conferimento della titolarità" ad imprese private (costituite nella forma di società di capitali) selezionate mediante gara ad evidenza pubblica; ovvero a società a capitale misto pubblico privato, con obbligo di selezionare il socio privato mediante gara ad evidenza pubblica; ovvero ancora a società a capitale interamente pubblico, con obbligo per l'ente pubblico proprietario di controllare la società analogamente ai propri servizi e purché la società realizzi la parte più importante della propria attività a favore dell'Ente controllante.

Questa scelta non poteva che essere condizionata dall'esistenza di Y s.p.a., che pure a quel momento doveva essere ricapitalizzata per poter sopravvivere.

IV - Nel panorama così descritto il Collegio non può esimersi, a questo punto, dal fissare quantomeno due punti essenziali della decisione:

– il primo consiste nel fatto che la verifica della condotta dei convenuti risulta conforme all'indicazione normativa del testo unico n. 267 del 2000, nel senso che l'ambito delle scelte nel quale essi hanno poi conformato le loro decisioni è stato delimitato dalle possibilità di organizzazione di un servizio pubblico locale di rilevanza economica prescritta dal comma 5 dell'articolo 113 innanzi richiamato;

– il secondo consiste nel giudizio sul merito intrinseco della scelta poi in concreto effettuata.

A proposito di questo secondo profilo il Collegio considera degna di rilievo l'argomentazione dedotta dal patrono dei convenuti nella memoria depositata nell'aprile 2008 con riferimento ai limiti posti alla giustizia contabile dall'articolo 1, comma 1, della legge 14 gennaio 1994, n. 20, nel testo sostituito dall'articolo 3 del decreto legge 23 ottobre 1996, n. 543, convertito, con modificazioni, nella legge 20 dicembre 1996, n. 639, il quale dispone, al primo periodo, che "la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabi-

lità pubblica è personale e limitata ai fatti ed alle omissioni commessi con dolo o colpa grave, ferma restando l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali”.

Sull'effettiva portata di questa disposizione la giurisprudenza s'è variamente espressa nel tempo, fino a conseguire un oramai maturo indirizzo interpretativo che – per stare solamente alle più recenti pronunzie tra le molteplici intervenute sul tema – è orientato nel senso che “il principio dell'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali riguarda solo la «scelta» (che, peraltro, deve essere anche motivata) tra due o più opzioni che siano tutte lecite, legittime, congrue e razionali, con conseguente «indifferenza» per il giudice di quella poi adottata”

Tuttavia, siffatta insindacabilità non esclude “la verifica giudiziale sul corretto esercizio del potere discrezionale” mediante “parametri esterni (competenza, termini, materia) ed interni (rapporto tra fine istituzionale e fine concreto; congruità e proporzionalità delle scelte; principio di razionalità e buona amministrazione); in particolare, il parametro della razionalità va identificato secondo i dati dell'esperienza amministrativa, senza che possano venire in rilievo scelte alternative evidenziatesi *ex post*” (*Omissis*), poiché la garanzia dell'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali “non copre le decisioni che, in una valutazione effettuata *ex ante* e non *ex post*, appaiono illogiche, arbitrarie e irrazionali” (sez. giur. reg. Lombardia, 30 giugno 2009, n. 428) e “dovendosi riconoscere al giudice contabile un potere sindacatorio delle scelte discrezionali dei pubblici operatori per impedire effetti dirimpenti e lesivi dei principi di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa, purché lo stesso, nello svolgimento delle proprie valutazioni, eviti di sostituire le sue scelte a quelle operate dall'autorità amministrativa in sede di esercizio del potere discrezionale” (sez. giur. reg. Lombardia, 8 maggio 2009, n. 324). Essa, dunque, “non priva la Corte dei conti della possibilità di controllare la conformità alla legge dell'attività posta in essere dagli amministratori e tale conformità deve essere verificata anche sotto l'aspetto funzionale, vale a dire in relazione alla congruenza dei singoli atti compiuti; detta disposizione deve, infatti, essere messa in correlazione con l'art. 1, comma 1, L. 7 agosto 1990 n. 241; il che vuol dire, in particolare, che l'esercizio dell'attività amministrativa, che comunque coinvolge l'impiego di risorse pubbliche, deve ispirarsi a criteri di «economicità» e di «efficacia»” (sez. giur. reg. Lombardia, 10 luglio 2009, n. 476); “l'efficacia, l'efficienza e l'economicità dell'azione amministrativa, che configurano i canoni del principio costituzionale del buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.), non rappresentano più parametri tecnico-amministrativi, cui l'Amministrazione deve informare la propria azione, bensì requisiti giuridici la cui violazione determina un vizio di legittimità; ne consegue

che sussiste la giurisdizione della Corte dei conti nelle ipotesi in cui l'attività amministrativa sia manifestazione di scelte assolutamente irragionevoli sotto il profilo dei parametri anzidetti, senza che possa ritenersi violato il disposto dell'art. 1, comma 1, della legge n. 20/1994, in virtù del quale il giudice contabile non può sindacare il merito delle scelte discrezionali della pubblica amministrazione" (sez. giur. reg. Campania, 6 luglio 2009, n. 752).

In piena coerenza con le elencate, condivise enunciazioni, il Collegio non può, dunque, che affermare che nell'alveo delle scelte offerte dall'articolo 113 del decreto legislativo n. 267 del 2000, gli amministratori del comune di X ben potevano scegliere di addivenire ad un modello gestionale del servizio pubblico di rilevanza economica mediante una società interamente in mano pubblica.

Alla Corte compete, al più, verificare se la scelta di avvalersi di Y s.p.a. mediante la ricapitalizzazione e mediante l'acquisto delle quote di minoranza già in mano privata fosse o meno razionale, tenendo conto dell'impegno finanziario che l'operazione ha comportato.

Dunque, come nella consolidata tecnica decisionale di questa Sezione, il Collegio considera che la verifica di razionalità debba esser effettuata secondo il parametro della cosiddetta "condotta attesa virtuale", concetto che contiene, in sé, anche la collocazione dell'ottica del Giudice nella fase dell'*ex ante* (a parte la considerazione che, nella specie, i fatti, cioè l'*ex post*, hanno confermato la bontà delle scelte effettuate dagli Amministratori, risultati economici alla mano).

Ebbene, a giudizio del Collegio, nel descritto contesto sicuramente la ricapitalizzazione di un'impresa già esistente e funzionante ha costituito razionale investimento delle risorse pubbliche, effettuato sulla base di un'adeguata istruttoria (l'acquisizione della consulenza di Z s.p.a.), anche tenendo conto dell'esigenza di non dare soluzione di continuità al servizio (con inevitabili collegati costi di affidamento ad altri, nelle more della individuazione o costituzione di un nuovo affidatario).

V - Diverse considerazioni debbono esser svolte, invece, a proposito della spesa sostenuta per l'acquisto delle quote di minoranza della società Y in mano privata.

Confermate tutte le considerazioni già svolte a proposito dell'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali, in sostanza la "razionalità" della scelta effettuata deve necessariamente esser ristretta al valore del corrispettivo pagato, poiché la Procura – anche sulla base delle indicazioni provenienti dall'Agenzia delle Entrate – ha sostenuto l'addebito raffrontando il valore della società acquistata e l'esborso sostenuto dal Comune. In altri termini, il punto focale della citazione concerne, per questa voce di danno, la differenza esistente tra il valore economico della società e il prezzo pagato per le quote acquistate.

La stessa Agenzia delle Entrate, nell'altra relazione richiesta dal Collegio con l'ordinanza n. 6 del 2009, ha avuto modo di precisare che "nell'acquisto di titoli rappresentativi del capitale di un'azienda il corrispettivo viene determinato in funzione di diverse variabili", prescindendo "dalle forze contrattuali delle parti interessate". Ciò premesso e sviluppata la metodica prescelta per esprimere il richiesto parere, l'Agenzia ha evidenziato che nella relazione predisposta da Z s.p.a. per il comune di X vi sarebbe stata una sopravvalutazione dell' "EBITDA stimato" e del "terminal value" di Y s.p.a., oltre che un mancato scomputo dal corrispettivo di parte delle perdite stimate per il 2005, così che il valore delle quote dei privati acquistate dal Comune doveva esser contenuto nell'importo di poco più di 117 mila euro, come meglio precisato in narrativa.

Su questo punto il Collegio considera che – ferma restando la pregevole qualità tecnica del parere acquisito dall'Agenzia delle Entrate – la questione debba essere riguardata sotto un diverso, più articolato profilo:

1) è di ogni evidenza che, in un'operazione finanziaria quale quella oggetto del presente giudizio, prescindere dalla "forza contrattuale" delle parti è del tutto improprio, poiché non si tratta dell'acquisto di quote di un'impresa operante in un libero mercato indistinto, bensì di un'impresa vincolata al mercato locale – per collocazione, dimensioni e vincoli di legge ("realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano", secondo l'ultimo periodo della lettera c) del comma 5 dell'articolo 113 del decreto legislativo n. 267 del 2000) – così che il solo acquirente possibile, nella strategia della riconduzione della proprietà interamente in mano pubblica, non possa che essere uno dei comuni interessati per ambito territoriale al servizio reso: questa considerazione non può essere considerata "neutra" ai fini della fissazione del valore e, quindi, del prezzo delle quote, poiché pone i soci privati cedenti in una posizione di obbiettiva maggior forza contrattuale, in quanto la mancata soddisfazione – relativa – delle loro richieste finisce per costituire elemento impeditivo della realizzazione della strategia complessiva di totale controllo della società da parte del socio pubblico;

2) le prospettive di sviluppo dell'impresa, indicate già nella relazione di consulenza di Z (in effetti poi verificatesi, ma l'osservazione non è pertinente, estranei al giudizio essendo i fatti avvenuti successivamente a quelli per i quali si sta procedendo) assumevano un autonomo valore da remunerare ai soci privati, se non altro nella prospettiva dell'acquirente. Negli atti difensivi è stato ben spiegato, infatti, che Y s.p.a. – nell'originario assetto proprietario pubblico/privato – era vincolata a rendere i servizi per i quali i soci privati erano stati selezionati, mediante gara,

all'atto della costituzione. L'ampliamento dell'offerta di servizi, dunque, sarebbe potuto avvenire – per non incorrere in violazione degli obblighi di selezione dei soci privati con evidenza pubblica imposti dalla legge – solamente escludendo “quei” soci privati e optando, indifferentemente, o per una nuova selezione o per la riconduzione della proprietà interamente in mano pubblica. Orbene, poiché gli amministratori comunali di X hanno preferita questa seconda possibilità, l'esclusione dei soci privati ben poteva giustificare, strategicamente, una liquidazione degli stessi agevolata nel prezzo di acquisto delle loro quote, proprio perché essa finiva per tradursi, nelle aspettative (poi, nei fatti, concretizzatesi), in un ampliamento delle opzioni industriali e territoriali (partecipazione ai vantaggi offerti dall'a.t.o.) denso di prospettive proficue per Y s.p.a.;

3) il mancato scomputo dal corrispettivo di parte delle perdite stimate per il 2005 non può essere tenuto in considerazione, proprio a tenore del ragionamento svolto nella relazione dell'Agenzia delle Entrate, perché le perdite in questione sono state causate proprio dallo stesso Comune acquirente, in ragione della predeterminazione con la quale ha corrisposto ad Y s.p.a. un corrispettivo convenzionale certamente inadeguato ai costi (e perciò fonte del *deficit* accumulato in pressoché tutti gli esercizi finanziari dalla costituzione), così da essere le perdite da riferire causalmente proprio a chi ha poi acquisito la società.

VI - Quest'ultima considerazione offre, altresì, lo spunto per un'ulteriore riflessione.

Nell'impostazione della Procura, la mancata stima delle perdite accumulate da Y s.p.a. ai fini della fissazione del prezzo di acquisto ha determinato un danno alle finanze comunali, del quale ha chiesto il risarcimento agli odierni convenuti.

Il Collegio, però, non può non considerare l'intima correlazione esistente tra le entrate di Y e il corrispettivo (inadeguato nella misura) che il Comune le assegnava per i servizi resi, essendo quest'ultimo funzione della tariffazione imposta ai fruitori.

Orbene, in quest'ottica il Collegio stesso deve, altresì, tenere conto che, rendendo Y servizi pubblici (anche di rilevanza economica), essi hanno materialmente determinato un corrispettivo vantaggio per la collettività amministrata.

In sostanza, i servizi di Y hanno arricchito la comunità per il loro effettivo valore economico, ancorché sotto remunerati nei termini finanziari costituiti dal corrispettivo convenzionale erogato.

Dunque, sebbene il Comune abbia sopportato con prevalenza le perdite sofferte dalla società in occasione dell'acquisto delle quote già di proprietà dei soci privati, in effetti la remunerazione di siffatte perdite non è configurabile quale “danno” ai fini che qui interessano, a ciò ostando la previsione dell'articolo 1, comma 1-*bis*, introdotto nella legge

14 gennaio 1994, n. 20, dall'articolo 3, comma 1, del decreto legge 23 ottobre 1996, n. 543, convertito, con modificazioni, nella legge 20 dicembre 1996, n. 639, il quale dispone che "nel giudizio di responsabilità, fermo restando il potere di riduzione, deve tenersi conto dei vantaggi comunque conseguiti dall'amministrazione o dalla comunità amministrata in relazione al comportamento degli amministratori e dei dipendenti pubblici soggetti a giudizio di responsabilità".

Nel caso, il vantaggio "comunque conseguito" dalla comunità è consistito nel valore economico delle prestazioni ricevute da Y s.p.a., sebbene non pareggiato dal corrispettivo finanziario pagato dal Comune alla società, così che le perdite accumulate e considerate nella relazione dell'Agenzia delle entrate non possono costituire posta di danno della quale chiedere il risarcimento ai convenuti.

VII - Conseguentemente, e per riepilogare, il Collegio considera che la domanda contenuta in citazione non possa essere accolta, essendo non irrazionale la scelta compiuta dagli amministratori comunali convenuti di ricapitalizzare Y s.p.a. anziché avviarla a liquidazione; non irrazionale il pagamento di un prezzo per le quote di proprietà privata maggiore di quello che apparirebbe dovuto accedendo ad una stima del valore della società nei termini indicati dal CTU, al quale non può aderirsi pienamente, per la mancata considerazione di quegli elementi di contesto innanzi riassunti; non costituisce danno risarcibile, poiché uguagliato dai vantaggi conseguiti dalla collettività, quanto pagato per ripianare le perdite d'esercizio relative all'anno 2005.

In tali conclusioni resta assorbita anche la domanda processuale risarcitoria azionata nei confronti dei convenuti in qualità di funzionari comunali.

(1-2) Acquisizione di quote societarie e insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali

1. Premessa.

Con la sentenza n. 75/2010 la Sezione Giurisdizionale Regionale dell'Umbria ha statuito l'insussistenza dei presupposti per la condanna, in capo al Sindaco ed a ventuno amministratori comunali – in veste di Consiglieri, Assessori, Responsabile del Servizio Ambiente e Manutenzione, Segretario Generale – al risarcimento del danno erariale asseritamente cagionato al comune di appartenenza.

Per comprendere le argomentazioni addotte dalla Corte in punto di diritto – fulcro centrale del presente commento – occorre *in primis* ricostruire in maniera concisa gli accadimenti ad esse sottesi.

Un Comune umbro, i cui amministratori sono i protagonisti della vicenda

de qua, ed una società per azioni a partecipazione comunale, già partecipata per più della metà dallo stesso comune, sono stati individuati quali centro di raccolta dei rifiuti indifferenziati prodotti in sei comuni limitrofi.

Al tempo dei fatti, la società per azioni a partecipazione comunale versava in una situazione di grave crisi a causa di perdite accumulate negli anni precedenti. Tale situazione implicava che il Comune non poteva partecipare all'ambito territoriale ottimale (a.t.o.) e non poteva assicurare il servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti.

Pertanto, il Comune, al fine di poter usufruire dei vantaggi derivanti dalla sua partecipazione all'a.t.o. ed in virtù delle risultanze acquisite da una società di consulenza nonché in ossequio al disposto di cui al comma cinque dell'art. 113 del Testo Unico degli Enti Locali n. 267 del 2000⁽¹⁾, deliberava di acquistare il pacchetto azionario di minoranza della società di servizi.

Tale acquisto, da un lato, dotava il Comune di un modello organizzativo adeguato per realizzare il servizio di igiene ambientale sul ciclo dei rifiuti e, dall'altro, faceva sì che la società per azioni a partecipazione comunale evitasse la liquidazione.

La tesi della Procura contabile – che identificava il danno erariale⁽²⁾ nell'acquisto a prezzo incongruo delle quote di minoranza della summenzionata società di servizi ad opera degli amministratori del Comune umbro – veniva sottoposta al vaglio della Corte dei conti, che, come già accennato, rigettava la domanda attorea.

⁽¹⁾ L'art. 113 comma 5 t.u.e.l. recita: «L'erogazione del servizio avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea, con conferimento della titolarità del servizio:

a) a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica;

b) a società di capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedura ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche;

c) a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano».

Tale ultimo comma è stato sostituito dal d.l. 30 settembre 2003, n. 269 convertito, con modificazioni, in l. n. 326/2003. Il nuovo disposto normativo del comma in esame ha così ampliato le modalità di affidamento dei servizi di rilevanza economica affiancando alla gara, introdotta e regolata dall'art. 35 l. n. 448/2001, altre due ipotesi.

⁽²⁾ Il danno erariale è il danno sofferto dalla finanza pubblica, la sua nozione viene in rilievo sotto un duplice profilo perché esso costituisce elemento di fattispecie della responsabilità prevista dal nostro ordinamento e perché di queste responsabilità conosce apposito giudice naturale in base ad indicazione costituzionale, la Corte dei conti. La nozione di danno (alla finanza pubblica) erariale, quale elemento di questa

2. Attività imprenditoriale ed elementi della responsabilità amministrativa.

In assenza di questioni pregiudiziali e preliminari, la Corte dei conti entra subito nel merito della questione sottoposta alla sua cognizione. In primo luogo, la Corte sottolinea come la fattispecie in oggetto esula da quella ordinariamente posta alla sua attenzione, in quanto ha ad oggetto le condotte degli amministratori comunali anche in veste imprenditoriale⁽³⁾.

Ciononostante, i criteri di giudizio utilizzati dal Collegio nel presente giudizio sono quelli «*canonizzati dalla giurisprudenza contabile*». Pertanto, il Collegio procede a verificare la sussistenza degli elementi tipici della responsabilità amministrativa, che, com'è noto, si sostanziano in un danno patrimoniale, economicamente valutabile, arrecato alla pubblica amministrazione, in una condotta connotata da colpa grave o dolo, nel nesso di causalità tra il predetto comportamento e l'evento dannoso, nonché nella sussistenza di un rapporto di servizio fra coloro che lo hanno determinato e l'ente che lo ha subito⁽⁴⁾.

Con riferimento, in primo luogo, all'elemento oggettivo del danno era-

fattispecie di responsabilità, risulta qualificata da un ulteriore elemento, soggettivo, che si riferisce all'autore (o coautore) del danno che è un soggetto inserito nell'apparato pubblico (così GARRI, *Il danno erariale*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 1 ss.). La tematica del danno erariale, presupposto della responsabilità amministrativa ha formato oggetto di esame da parte della più illustre dottrina. Al riguardo, si segnala: ATELLI, *Del giudizio per danno erariale dopo il correttivo*, in *Ragiusan*, 2009, 333 ss.; CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2005, 622-623; CASSESE, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2009, 475 ss.; CUSMAI, *Danno erariale tra sanzioni e risarcimento*, in *Guida enti loc.*, 2010, 8 ss.; DI STEFANO, *Considerazioni in tema di danno erariale e di criteri della sua determinazione*, in *Amm. Cont. Stato*, 2008, 212 ss.; FRANCIOSO, *Danno erariale per perdita di chance ed onere della prova*, in *Riv. Corte conti*, 2007, I, 284 ss.; ITALIA - BOTTINO, *Diritto amministrativo*, Milano, 2006, 329 ss.; PETRUZZI, *Riflessioni sul danno pubblico erariale*, in *Nuova rass. legisl. dottr. giur.*, 2001, 5 ss.; SANTORO, *Danno erariale e discrezionalità nella scelta dell'offerta più alta in esito a gara informale*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2006, 2344 ss.; SFRECOLA, *Nella riscossione la negligenza crea danno erariale*, in *Amm. it.*, 2008, 1007 ss.

⁽³⁾ Tali scelte discrezionali sono – secondo parte della dottrina (cfr. TENORE) tipiche, ma non esclusive, del personale con qualifica dirigenziale, soprattutto a seguito della progressiva valorizzazione, ad opera della più recente normativa, dei principi di economicità, efficacia ed efficienza della pubblica amministrazione, che richiedono valutazioni di carattere manageriale, e dunque ampliamenti discrezionali, che tuttavia, ad avviso anche della giurisprudenza contabile, non possono mai andare a scapito della liceità comportamentale.

⁽⁴⁾ Per una disamina sul tema della responsabilità amministrativa, si segnalano i seguenti studi: CAGNASSO, *Una brusca frenata da parte delle Sezioni Unite della Cassazione alla vis espansiva della responsabilità amministrativa-contabile*, in *Giur. it.*, 2010, 857 ss.; CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2006, 234 ss.; CASTRONOVO, *Responsabilità patrimoniale per l'adozione di deliberazioni causative di danno erariale negli enti locali*, in *Amm. it.*, 2006, 481 ss.; GIOIA, *Osser-*

riale, la domanda attrice – come anticipato in premessa – assume che esso sia stato patito dalle pubbliche finanze a seguito dell’acquisto a prezzo incongruo da parte dell’amministrazione comunale di quote di soci privati di minoranza di una società per azioni a partecipazione comunale, peraltro avente, alla data di tale acquisto, un bilancio appesantito da consistenti perdite accumulate nel corso degli esercizi finanziari dalla costituzione.

In particolare, l’ipotesi di danno, causativo dell’asserita responsabilità erariale in capo ai summenzionati amministratori, è stato costruito dalla Procura contabile senza prendere in considerazione le finalità derivanti dal comportamento di questi ultimi né dunque è stato analizzata in maniera analitica, ma piuttosto superficiale, la condotta dei convenuti.

Orbene, il Collegio adito, dopo aver passato in rassegna la condotta dei convenuti rispetto al contesto nel quale si sono trovati ad operare, giunge a fissare due punti fermi su cui far ruotare l’intero *iter* motivazionale: l’uno consistente nel rinvio al comma 5 dell’art. 113 del Testo Unico degli Enti Locali n. 267 del 2000 e l’altro “*nel giudizio sul merito intrinseco della scelta poi in concreto effettuata*”.

Con riferimento al primo punto, la Corte adita ritiene che la condotta dei convenuti risulta conforme all’indicazione normativa del Testo Unico delle leggi sugli enti locali, approvato con il decreto legislativo 18 agosto 2000 n. 267. In particolare, gli amministratori comunali, trovandosi nella condizione di decidere a quale modello gestionale affidare i servizi essenziali del Comune, in presenza di più possibile formule⁽⁵⁾, optavano di avvalersi della società per azioni a partecipazione comunale mediante la ricapitalizzazione e l’acquisto delle sue quote di minoranza già in mano privata.

vatorio sulla giustizia amministrativa (in tema di responsabilità amministrativa), in Danno resp., 2010, 315 ss.; GRECO, *Responsabilità per danno erariale*, in *Nuova rass. legisl. dottr. giur.*, 2001, 2505 ss.; MERCATI, *Responsabilità amministrativa e principio di efficienza*, Torino, 2002; NITTI, *La responsabilità giuridica – Qualificazione – Responsabilità della pubblica amministrazione – Responsabilità erariale degli amministratori di società a partecipazione pubblica – I controlli della Corte dei Conti nella “Legge Brunetta” – La giurisdizione della Corte dei Conti*, in *Nuova rass.*, 2010, 667 ss.; PILATO, *La responsabilità amministrativa. Profili sostanziali e processuali nelle leggi 19/1994, 20/1994 e 639/96*, Padova, 1999, 151 ss.; SANTORO, *Sistema di responsabilità e pubblica amministrazione*, Rimini, 2004, 725 ss.; SAU, *La responsabilità amministrativa per danno erariale di amministratori e dipendenti di società a partecipazione pubblica*, in *Riv. trim. app.*, 2009, 684 ss.; SCOCA, *La responsabilità amministrativa e il suo processo*, Padova, 1997, 61 ss.; SORACE, *La responsabilità amministrativa dinanzi all’evoluzione della pubblica amministrazione: compatibilità, adattabilità o esaurimento del ruolo?*, in *Dir. amm.*, 2006, 249 ss.; VITALE, *La Cassazione, il rapporto di servizio e la responsabilità amministrativa*, in *Gior. dir. amm.*, 2010, 135 ss.

⁽⁵⁾ Al tal proposito, si segnala come l’art. 113, comma 5, t.u.e.l. prevede che l’erogazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica debba avvenire «*con riferimento della titolarità*» ad imprese private costituite nella forma di società di

3. *L'«insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali» da parte del giudice contabile.*

Il secondo elemento argomentativo utilizzato dalla Sezione Umbra nel presente giudizio è rappresentato, come anzidetto, dal principio dell'«insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali» da parte del giudice contabile, disciplinato dall'art. 1, comma 1, della l. 14 gennaio 1994, n. 20, nel testo sostituito dall'art. 3 del d.l. 23 ottobre 1996, n. 543, convertito, con modificazioni, nella l. 20 dicembre 1996, n. 639 ⁽⁶⁾, il quale dispone, al

capitali selezionate mediante gara ad evidenza pubblica; ovvero a società a capitale misto pubblico privato, con l'obbligo di selezionare il socio privato mediante gara ad evidenza pubblica; ovvero ancora a società a capitale interamente pubblico, con l'obbligo per l'ente pubblico proprietario di controllare la società analogamente ai propri servizi e purché la società realizzi la parte più importante della propria attività a favore dell'Ente controllante.

⁽⁶⁾ Con la l. 20/1994, rubricata *Disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei Conti*, e con le successive modificazioni apportate dalla l. n. 639/1996, viene introdotta una disciplina della responsabilità amministrativa uniforme per tutti i soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti (in ordine ai dipendenti regionali il principio è espressamente confermato dall'art. 33, d.lgs. n. 76/2000; per quelli degli enti locali, dell'art. 93, t.u.e.l.). Rispetto al passato, le novità introdotte dall'art. 1 sono:

a) il carattere personale della responsabilità stessa, *«ferma restando l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali e la trasmissibilità del debito agli eredi secondo le leggi vigenti nei casi di illecito arricchimento del dante causa e del conseguente indebito arricchimento degli eredi stessi»;*

b) *«nel caso di responsabilità, fermo restando il potere di riduzione, deve tenersi conto dei vantaggi comunque conseguiti dall'Amministrazione o dalla comunità amministrata in relazione al comportamento degli amministratori o dei dipendenti pubblici soggetti al giudizio di responsabilità»*, principio evocato dalla Corte dei conti nella pronuncia in esame;

c) la responsabilità imputata esclusivamente a coloro che hanno espresso voto favorevole, nel caso di deliberazioni di organi collegiali;

d) la limitazione della responsabilità ai fatti ed alle omissioni commesse con dolo o colpa grave;

e) la condanna a ciascuno per la parte che vi ha preso, valutate le singole responsabilità, da parte della Corte dei conti, se il fatto dannoso è causato da più persone: i concorrenti che abbiano conseguito un illecito arricchimento o abbiano agito con dolo sono però responsabili solidalmente (Corte Cost., n. 453/1998); nel caso di danno prodotto da più soggetti in concorso tra di loro, la responsabilità di chi ha agito con dolo è principale, mentre quella di coloro che hanno agito con colpa grave è sussidiaria (Corte conti, sez. riun, n. 4/1999);

f) la circostanza che *«la Corte dei conti giudica sulla responsabilità amministrativa degli amministratori e dipendenti pubblici anche quando il danno sia stato cagionato ad amministrazioni ed enti diversi da quelli di appartenenza»*. La giurisprudenza, alla luce di tale norma, ritiene che la Corte dei conti possa esercitare la propria giurisdizione in relazione alle azioni di responsabilità anche in mancanza

primo periodo, che «*la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica è personale e limitata ai fatti ed alle omissioni commessi con dolo o colpa grave, ferma restando l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali*»⁽⁷⁾.

La portata attuale di tale principio è «*il risultato di una conciliazione, sul piano applicativo, tra gli orientamenti giurisprudenziali espressi prima della sua codificazione e quelli ad essa successivi*»⁽⁸⁾.

di un rapporto di impiego o di servizio tra danneggiante e danneggiato (Cass. civ., n. 4874/1998);

g) la prescrizione del diritto al risarcimento del danno, in ogni caso, in cinque anni, decorrenti dalla data in cui si è verificato il fatto dannoso, ovvero, in caso di occultamento doloso del danno, dalla data della sua scoperta (così CASETTA, *Manuale*, cit.).

⁽⁷⁾ Nell'evidente impossibilità di affrontare *funditus* il complesso tema della discrezionalità amministrativa, è utile ricordarne la definizione elaborata a proposito da Massimo Severo Giannini, secondo il quale essa consiste in «*una comparazione qualitativa e quantitativa degli interessi pubblici e privati che concorrono in una situazione sociale oggettiva, in modo che ciascuno di essi venga soddisfatto secondo il valore che l'autorità ritiene abbia nella fattispecie. Pertanto, la "discrezionalità amministrativa" lascia un margine di apprezzamento e valutazione riconosciuto alla pubblica amministrazione affinché essa possa adottare, tra più soluzioni possibili, quella più adatta alla cura concreta dell'interesse pubblico*» (così, GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, 74). Giova inoltre sottolineare come la prevalente dottrina considera le scelte amministrative come manifestazioni di volontà positivamente limitate. La discrezionalità, quindi, si caratterizza come sintesi tra giudizio e volontà: l'autorità amministrativa, dopo aver fissato il valore comparativo tra i diversi interessi (giudizio), compie la scelta in vista del miglior perseguimento dell'interesse pubblico (volontà). Al riguardo, AA.VV., *Diritto amministrativo*, a cura di MAZZAROLLI, PERICU, ROMANO, ROVERSI MONACO, SCOCA, Bologna, 2001, vol. II, 1431 ss.; CASETTA, *Manuale*, cit., 349 ss.; CASSESE, *Corso*, cit., 238-239; CAVALLO, *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, 1993, 28 ss.; GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, 50 ss.; SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, Milano, 2000, 1045 ss.; SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2007, 515 ss.; VOLPE, *Discrezionalità e presupposti nell'atto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. amm.*, Milano, 2008, 791 ss.; VIRGA, *Diritto amministrativo*, Milano, 1997, 6 ss. È dunque conseguente la configurazione della scelta discrezionale come «*ponderazione comparativa*» tra interessi rilevanti: l'amministrazione agisce secondo ragionevolezza e proporzionalità (cfr., ad es., Cons. St., sez. IV, 22 ottobre 2004, n. 6968, in *www.altalex.com*), evitando agli interessi coinvolti un sacrificio maggiore di quanto non sia imposto migliore realizzazione del fine pubblico (Cons. St., sez. VI, 21 marzo 2005, n. 1113, in *www.altalex.com*). Ciò significa che la soluzione preferita deve realizzare l'interesse pubblico "primario" tenendo conto degli altri interessi pubblici e privati "secondari" coinvolti.

⁽⁸⁾ Cfr. MERCATI, *L'emergenza rifiuti dinanzi alla Corte dei Conti: il potere di ordinanza tra giurisdizione e controllo*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, 2008, II, 469 ss., la quale, con riferimento al principio dell'insindacabilità delle scelte discrezionali,

La *ratio* della norma, come confermato da un costante orientamento giurisprudenziale, va ravvisata nella necessità che, in ossequio al principio della separazione dei poteri, il giudice non possa sostituirsi all'amministrazione nel valutare quali siano le migliori scelte gestionali e i migliori strumenti da utilizzare⁽⁹⁾.

Inoltre, come evidenziato da parte della dottrina⁽¹⁰⁾, un pregnante

afferma che: «*il giudice contabile può e deve verificare la compatibilità delle scelte amministrative con i fini pubblici dell'ente, ma, una volta accertata tale compatibilità, l'articolazione concreta dell'iniziativa intrapresa dall'amministrazione rientra nell'ambito di quelle scelte discrezionali per le quali il legislatore ha stabilito l'insindacabilità*». Di qui l'affermazione che la sindacabilità da parte del giudice contabile può riguardare i mezzi utilizzati a seguito di scelte discrezionali solo nell'ipotesi di una loro «*assoluta e incontrovertibile estraneità rispetto ai fini della individuazione degli elementi della responsabilità amministrativa senza oltrepassare il confine del merito*. Ciò comporta, in base ai criteri applicativi individuati dalla prevalente giurisprudenza, in primo luogo la ricognizione dei fini affidati dalla legge alla cura del soggetto o dei soggetti sottoposti a giudizio e, in secondo luogo, la verifica della compatibilità, destinata a riflettersi, in primis, sull'antigiuridicità della condotta, deve essere valutata «*a monte*» del risultato concretamente derivante dal provvedimento, il quale, in ipotesi, potrebbe anche non essere solo negativo; in definitiva, «*l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali*» impone al giudice contabile la previa ricognizione dei presupposti e dei confini del potere e non la valutazione degli esiti del suo concreto esercizio, che è, invece, operazione ammessa solo laddove il provvedimento risulti ruotare in un'orbita del tutto eccentrica rispetto ai primi».

Per un *excursus* giurisprudenziale sul tema, si segnalano le sentenze di seguito elencate: Corte conti, sez. II, 30 giugno 1972, n. 40; Corte conti, sez. II, 5 aprile 1973, n. 151; Corte conti, sez. I, 10 marzo 1979, n. 17; Corte conti, sez. riun., 10 marzo 1981, n. 259; Corte conti, sez. riun., 11 luglio 1989, n. 624; Cons. St., sez. VI, 1 febbraio 1999, n. 99; Corte conti, sez. giur. reg. Sicilia, 17 giugno 1999, n. 165; Corte conti, sez. III app., 7 gennaio 2003, n. 2; Corte conti, sez. giur. reg. Lombardia, 17 novembre 2003, n. 1224, ripresa di recente dalla sentenza Corte conti, sez. I app., 5 febbraio 2010, n. 76; Corte conti, sez. giur. reg. Marche, 15 ottobre 2004, n. 886; Corte conti, sez. giur. reg. Veneto, 19 luglio 2004, n. 938; Corte conti, sez. giur. reg. Abruzzo, 14 gennaio 2005, n. 67; Corte conti, sez. giur. reg. Lazio, 10 novembre 2006, n. 2282; Corte conti, sez. giur. centr., 28 luglio 2008, n. 346, tutte in *www.corteconti.it*.

La giurisprudenza della Corte dei conti è stata, altresì, avvallata da una serie di pronunce della Corte di Cassazione. *Ex multis*, Cass., Sez. un., 29 gennaio 2001, n. 33, in *Foro it.*, 2001, I, 1171 ss., con nota di D'AURIA, *Responsabilità amministrativa e insindacabilità di scelte discrezionali di amministratori pubblici*; Cass., sez. un., 29 settembre 2003, n. 14488, in *DeJure on line*; Cass., sez. un., 22 dicembre 2003, n. 19667, in *www.lexitalia.it*; Cass., sez. un., 25 gennaio 2006, n. 1378, in *www.lexitalia.it*.

⁽⁹⁾ Cit. Corte conti, sez. giur. reg. Liguria, 20 novembre 1998, n. 371, in NASSIS, *Profili evolutivi del danno erariale e recenti approdi giurisprudenziali in tema di risarcimento del danno all'immagine ed al prestigio della pubblica amministrazione*, in *Giust. amm.*, 2005, 50 ss.

⁽¹⁰⁾ Cfr. SCHLITZER, *Profili sostanziali della responsabilità amministrativo-contabile*, in AA.VV. (a cura di SCHLITZER), *L'evoluzione della responsabilità*, Milano, 2002, 97.

sindacato su tali scelte discrezionali paralizzerebbe, o, quanto meno, potrebbe condizionare le iniziative di pubblici amministratori o dirigenti. In particolare, con la novella normativa si è tentato di attenuare i timori della dirigenza pubblica che, al momento dell'effettuazione di una scelta, è sovente preoccupata non solo della rispondenza della stessa al pubblico interesse, ma della condivisione da parte della Corte dei conti.

Di converso, non possono «*sotto lo scudo del merito*» essere sottratti a valutazione di liceità amministrativo-contabile i «*modi di attuazione della scelta discrezionale (di ogni scelta discrezionale) alla luce del parametro della conformità a criteri di ragionevolezza ed economicità*»; rientra, infatti, nel potere-dovere del giudice contabile l'accertamento di tutti i fatti e comportamenti causativi di danno erariale e la loro imputabilità o meno al soggetto chiamato a risponderne ⁽¹¹⁾.

In buona sostanza l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali riguarda solo la «scelta» (che, peraltro deve essere motivata) tra due o più opzioni che siano tutte lecite, legittime, congrue e razionali, con conseguente ovvia «indifferenza» per il giudice di quella poi adottata. Pertanto, va riconosciuto al giudice contabile un potere sindacatorio delle scelte discrezionali dei pubblici operatori per impedire effetti dirompenti e lesivi dei principi di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa, purché lo stesso, nello svolgimento delle proprie valutazioni, eviti di sostituire le sue scelte a quelle operate dall'autorità amministrativa in sede di esercizio del potere discrezionale; in caso contrario egli cesserebbe di essere «operatore di giustizia» per divenire «amministratore» ⁽¹²⁾.

Non sono vagliabili dalla Corte dei conti, dunque, le condotte discrezionali che violano regole non scritte di opportunità e convenienza, ma solo quelle che si pongono in contrasto con norme espresse o principi giuridici. Questi ultimi, tuttavia, nella recente interpretazione evolutiva del precetto del buon andamento della pubblica amministrazione di cui all'art. 97 Costituzione, ricomprendono attualmente anche i canoni di economicità, efficacia, efficienza dell'azione amministrativa ⁽¹³⁾, che tradizionalmente riguardavano il merito amministrativo, come tale sindacabile ⁽¹⁴⁾.

⁽¹¹⁾ Cit. TENORE, *La responsabilità amministrativo contabile*, in AA.VV., *Le cinque responsabilità del pubblico dipendente: civile, penale, amministrativa, disciplinare, dirigenziale. Normativa, dottrina, giurisprudenza*, Milano, 2009, 296 ss.. Cfr. MASTRONIANI, *Le nuove frontiere della responsabilità amministrativa: operatori pubblici e danno erariale*, in www.dirittoegiustizia.it.

⁽¹²⁾ Cit. Corte conti, sez. riun., 3 giugno 1996, n. 30/A, in www.corteconti.it.

⁽¹³⁾ Al riguardo, si dà atto come la giuridicizzazione di tali principi è stata attuata a livello legislativo con l'introduzione della l. n. 241/1990, il cui art. 1 afferma che l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di pubblicità e di trasparenza. Attualmente, pertanto, tali principi non possono essere più ritenuti insindacabili, diventando essi stessi parametri della legittimità dell'azione amministrativa.

⁽¹⁴⁾ Cit. FALCITELLI, *Il sindacato giurisdizionale contabile sull'attività discrezio-*

4. *L'insindacabilità delle scelte discrezionali alla luce della più recente giurisprudenza contabile.*

Di rilievo devono ritenersi le ultime pronunce della Corte dei conti sul tema dell'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali da parte del giudice contabile, che consolida un ormai maturo indirizzo interpretativo. In particolare, secondo la recente giurisprudenza contabile, «*il principio dell'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali riguarda solo la "scelta" (che, peraltro deve essere motivata) tra due o più opzioni che siano tutte legittime, congrue e razionali, con conseguente "indifferenza" per il giudice di quella poi adottata*»⁽¹⁵⁾.

Tuttavia, siffatta insindacabilità non esclude la «*verifica giudiziale sul corretto esercizio del potere discrezionale mediante parametri esterni (competenza, termini, materia) ed interni (rapporto tra fine istituzionale e fine concreto; congruità e proporzionalità delle scelte; principio di razionalità e buona amministrazione); in particolare, il parametro della razionalità va identificato secondo i dati dell'esperienza amministrativa, senza che possano venire in rilievo scelte alternative evidenziatesi ex post*»⁽¹⁶⁾, poiché la garanzia dell'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali «*non copre le decisioni che, in una valutazione effettuata ex ante e non ex post, appaiono illogiche, arbitrarie e irrazionali*»⁽¹⁷⁾ e «*dovendosi riconoscere al giudice contabile un potere sindacatorio delle scelte discrezionali dei pubblici operatori per impedire effetti dirompenti e lesivi dei principi di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa, purché lo stesso, nello svolgimento delle proprie valutazioni, eviti di sostituire le sue scelte a quelle operate dall'autorità amministrativa in sede di esercizio del potere discrezionale*»⁽¹⁸⁾. Essa, dunque, «*non priva la Corte dei conti della possibilità di controllare la conformità alla legge dell'attività posta in essere dagli amministratori e tale conformità deve essere verificata anche sotto l'aspetto funzionale, vale a dire in relazione alla congruenza dei singoli atti compiuti; detta disposizione deve, infatti, essere messa in correlazione con l'art. 1, comma 1, l. 7 agosto 1990 n. 241; il che vuol dire, in particolare, che*

nale della P.A. Nel difficile equilibrio tra esigenze di tutela della corretta gestione economica del patrimonio pubblico e dell'autonomia amministrativa: dal principio di ragionevolezza al principio di proporzionalità, nota alla sentenza della Corte conti, sez. II, 20 marzo 2006, n. 127, in www.federalismi.it.

⁽¹⁵⁾ Cit. Corte conti, sez. giur. reg. Campania, 25 febbraio 2009, n. 127, in www.corteconti.it.

⁽¹⁶⁾ Cit. Corte conti, sez. giur. reg. Molise, 20 luglio 2009, n. 119, in www.corteconti.it.

⁽¹⁷⁾ Cit. Corte conti, sez. giur. reg. Lombardia, 30 giugno 2009, n. 428, in www.corteconti.it.

⁽¹⁸⁾ Cit. Corte conti, sez. giur. reg., Lombardia, 8 maggio 2009, n. 324, in www.corteconti.it.

l'esercizio dell'attività amministrativa, che comunque coinvolge l'impiego di risorse pubbliche, deve ispirarsi a criteri di "economicità" e di "efficienza" ⁽¹⁹⁾; «*l'efficacia, l'efficienza e l'economicità dell'azione amministrativa, che configurano i canoni del principio costituzionale del buon andamento della pubblica amministrazione, di cui all'art. 97 della Costituzione, non rappresentano più parametri tecnico-amministrativi, cui l'Amministrazione deve informare la propria azione, bensì requisiti giuridici la cui violazione determina un vizio di legittimità; ne consegue che sussiste la giurisdizione della Corte dei conti nelle ipotesi in cui l'attività amministrativa sia manifestazione di scelte assolutamente irragionevoli sotto il profilo dei parametri anzidetti, senza che possa ritenersi violato il disposto dell'art. 1, comma 1, della l. n. 20/1994, in virtù del quale il giudice contabile non può sindacare il merito delle scelte discrezionali della pubblica amministrazione*» ⁽²⁰⁾.

Nel caso di specie, la Corte procede a verificare se la scelta di avvalersi della società di servizi attraverso la ricapitalizzazione e l'acquisto delle quote di minoranza di proprietà privata sia o meno razionale, tenuto conto dell'impegno finanziario che l'operazione ha comportato.

In primo luogo, il Collegio, sulla scia delle summenzionate recenti pronunce, o meglio ricalcando pedissequamente queste ultime, giunge ad affermare che la scelta di addvenire ad un modello gestionale del servizio pubblico di rilevanza economica mediante una società interamente in mano pubblica da parte degli amministratori che agivano in veste imprenditoriale risulta legittima in quanto rientrante nell'alveo delle scelte offerte dall'art. 113 del d.lgs. n. 267 del 2000.

⁽¹⁹⁾ Cit. Corte conti, sez. giur. reg. Lombardia, 10 luglio 2009, n. 476, in *www.corteconti.it*.

⁽²⁰⁾ Cit. Corte conti, sez. giur. reg. Campania, 6 luglio 2009, n. 752, in *www.corteconti.it* 8 del 31 maggio 2010, finalizzata a contenere il fenomeno della proliferazione di società pubbliche o miste, ritenuto responsabile dell'incremento della spesa pubblica degli enti locali. In particolare, il citato decreto legge all'art. 6, comma 19, recita: «*Le pubbliche amministrazioni non possono effettuare aumenti di capitali, trasferimenti straordinari, aperture di credito, né rilasciare garanzie a favore delle società partecipate e altre operazioni di ripiano nei confronti di società partecipate che hanno chiuso gli ultimi tre bilanci in perdita ovvero che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite anche infrannuali, a meno che il capitale non sia ridotto di almeno il 33% e sia obbligatoriamente richiesto l'intervento di cui all'art. 2447 del c.c. I trasferimenti sono comunque consentiti se legati a contratti di servizio o necessari per lo svolgimento di servizi di pubblico interesse*».

Tale disposizione normativa è stata emanata successivamente alla pronuncia in esame. Nell'ipotesi in cui il suindicato decreto legge fosse entrato in vigore precedentemente alla sentenza in commento, la condotta posta in essere dagli amministratori del comune di (*Omissis*) di ricapitalizzare la società a partecipazione mista risulterebbe essere in ossequio con il disposto di cui sopra per due ordini di ragioni. In primo luogo perché la società ricapitalizzanda presentava perdite accumulate sino al 2004 rappresentanti oltre un terzo del capitale sociale ed in secondo luogo in quanto

Dal confronto delle motivazioni della sentenza in esame con il panorama giurisprudenziale sul tema dell'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali della pubblica amministrazione da parte del giudice contabile precedentemente analizzato, dunque, è evidente che la stessa non apporti alcuna novità, bensì il *decisum* in rassegna si colloca semplicemente lungo il solco della giurisprudenza dominante, riprendendone pressoché letteralmente e senza alcuna autonoma considerazione critica le valutazioni sul principio di cui all'art. 1, comma 1, della l. 14 gennaio 1994, n. 20.

Altresì, a giudizio del Collegio, la ricapitalizzazione della società di servizi, società già esistente e funzionante, costituisce razionale investimento delle risorse pubbliche, sia in virtù delle risultanze istruttorie, sia tenuto conto dell'esigenza di non dare soluzione di continuità al servizio.

Con riferimento a tali considerazioni, è opportuno segnalare come la Corte, con la pronuncia in esame, si sia conformata al pacifico orientamento giurisprudenziale, in base al quale *«la cognizione sulle scelte discrezionali da parte del giudice contabile deve avvenire con valutazione ex ante e non ex post, oltretutto sulla base delle condizioni e degli elementi al momento in cui fu effettuata la scelta»* ⁽²¹⁾.

5. I vantaggi conseguiti dalla collettività.

Continuando nell'analisi della pronuncia, emergono le considerazioni della Corte a proposito della spesa sostenuta per l'acquisto delle quote di minoranza della società a partecipazione comunale da parte degli amministratori comunali ⁽²²⁾.

Al riguardo, ad avviso della Procura attrice, anche sulla base delle indicazioni dell'Agenzia delle Entrate, l'esborso per cui è causa sarebbe derivato dalla differenza esistente tra il valore economico della società ed il prezzo pagato per le quote acquistate.

Con riferimento a tale punto, il Collegio altresì conclude sostenendo che non è irrazionale il pagamento di un prezzo per le quote di proprietà privata maggiore di quello che appariva dovuto accedendo ad una stima del valore della società nei termini indicati dal CTU, al quale non può aderirsi pienamente per la mancata considerazione di taluni elementi.

In particolare, contrariamente a quanto sostenuto dall'Agenzia delle Entrate, il Collegio ritiene che in un'operazione finanziaria quale quella del presente giudizio, prescindere dalla «forza contrattuale» delle parti è del tutto improprio, poiché non si tratta dell'acquisto di quote di un'impresa

la società era stata individuata quale centro di raccolta dei rifiuti indifferenziati prodotti in sei comuni, svolgendo pertanto un servizio di pubblico interesse.

⁽²³⁾ *Ex plurimis*, Corte conti, sez. giur. Lombardia, 13 marzo 2008, n. 169; Corte conti, sez. III, 22 febbraio 2006, n. 110; Corte conti, sez. III, 18 gennaio 2008, n. 15; Corte conti, sez. I, 30 maggio 2007, n. 143, tutte in *www.corteconti.it*.

operante nel libero mercato indistinto, bensì di un'impresa vincolata al mercato locale – per collocazione, dimensioni e vincoli di legge – così che il solo acquirente possibile, nella strategia della riconduzione della proprietà interamente in mano pubblico, non possa che essere uno dei comuni interessati per ambito territoriale al servizio reso.

Questa considerazione, continua la Corte, non può essere considerata «neutra» ai fini della fissazione del valore e, quindi, del prezzo delle quote, poiché poneva i soci privati cedenti in una posizione di obbiettiva maggiore forza contrattuale, in quanto la mancata soddisfazione delle loro richieste finiva per costituire elemento impeditivo della realizzazione della strategia complessiva di totale controllo della società da parte del socio pubblico.

Orbene, in quest'ottica il Collegio sostiene che, sebbene la condotta degli amministratori alla stregua di un «privato» abbia comportato che il Comune sopportasse con prevalenza le perdite sofferte dalla società in occasione dell'acquisto delle quote già di proprietà di soci privati, in effetti la remunerazione di tali perdite non è configurabile quale danno erariale, poiché, in realtà, comporta un vantaggio per la collettività locale.

Tale assunto risulta conforme alla giurisprudenza prevalente della Corte dei conti ⁽²³⁾, secondo cui il vantaggio «comunque conseguito» costituisce eccezione in senso tecnico, che deve essere adeguatamente provato da chi lo solleva e tale onere è stato compiutamente assolto, nella fattispecie, dalla difesa dei convenuti.

Ad ogni modo, il consolidato orientamento giurisprudenziale reputa che la valutazione di merito dell'*utilitas*, nell'ottica del riconoscimento della rilevanza degli interessi, pur sempre rientranti tra i fini istituzionali dell'Ente, in contrapposizione alla *disutilitas* presuntivamente conseguente alla violazione di legge, è di competenza del Giudice contabile, sulla base delle risultanze del giudizio e quale dato insito nelle proprie categorie valutative: questi è chiamato a «*valutare il fatto inserendolo nel contesto generale dei fini istituzionali dell'Ente e della coerenza con gli interessi allo stesso oggettivamente riconducibili*» ⁽²⁴⁾; e l'individuazione dei vantaggi conseguiti dalla collettività consiste in una valutazione rimessa al prudente apprezzamento del Giudice contabile.

Ed a questo proposito, risulta evidente che la vicenda in esame si inserisce a pieno titolo nel quadro delle innovazioni recate al sistema della responsabilità amministrativo-contabile; infatti, l'art. 1, comma 1-*bis*, introdotto nella l. 14 gennaio 1994, n. 20, dall'art. 3, comma 1, del d.l. 23 ottobre 1996, n. 543, convertito, con modificazioni, nella l. 20 dicembre 1996, n. 639, dispone che «*nel giudizio di responsabilità amministrativa, fermo restando il potere di riduzione, deve tenersi conto dei vantaggi comunque conseguiti dall'amministrazione o dalla comunità amministrata in relazione al comportamento degli amministratori o dei dipendenti pubblici soggetti*

⁽²⁴⁾ Cit. Corte conti, sez. II, 10 dicembre 1998, n. 321/A, in *www.corteconti.it*.

al giudizio di responsabilità». L'introduzione della normativa in questione ha imposto una rivisitazione dell'istituto in consonanza con le finalità e gli aspetti peculiari della responsabilità amministrativa.

Dal sistema civilistico l'istituto trae il principio dell'omogeneità dei criteri valutativi del legame causale e del danno e dell'autonomia dello stesso rispetto al vantaggio.

Da un altro lato, nella responsabilità amministrativa, pare imporsi, ex art. 3 della l. n. 639/96, il dovere di tener conto dei vantaggi *comunque* conseguiti; l'avverbio "comunque", che figura nella norma, ha evidentemente una valenza espansiva, tesa a valutare qualsiasi vantaggio e non solo quello che si collega direttamente al fatto illecito dal quale è derivato il danno, nonostante la persistenza di un rigoroso orientamento giurisprudenziale contrario, secondo cui il menzionato vantaggio è solo quello che deriva dal medesimo fatto causativo del danno – in base a criteri mutuati dalla regola della *compensatio lucri cum damno*, così come tradizionalmente intesa.

In realtà, secondo un opposto orientamento, la normativa deve essere intesa con tratti assolutamente peculiari, non potendosi prescindere, nell'applicazione della norma in esame, dalla pluralità di interessi che notoriamente confluiscono in ogni azione amministrativa; infatti, la norma di riferimento, più che introdurre nel nuovo regime della responsabilità *tout court* il principio della *compensatio lucri cum damno*, riconosce la complessità degli interessi e dei fini perseguibili con l'attività amministrativa, imponendo al Giudice contabile di valutare, nei termini più ampi possibili ("comunque"), l'*utilitas* conseguita; in tale prospettiva, acquistano rilevanza gli interessi rispondenti alle esigenze ed alle finalità dell'Amministrazione o della collettività, nell'ottica dei più generali fini dell'Amministrazione stessa correlati all'utile collettivo.

Quindi, pur tenendo come linee guida le menzionate acquisizioni della teoria civilistica, l'indagine sulla figura di cui trattasi nel versante pubblicistico della responsabilità amministrativa non può prescindere da una nozione di causalità più lata di quella prescritta dall'art. 1223 c.c., dovendosi dare accoglienza anche ad eventi ricollegabili con il fattore eziologico in via indiretta, poiché l'art. 3 della citata l. n. 639/96 afferma che i vantaggi possono riguardare tanto l'«amministrazione», quanto la «comunità amministrata».

Nel caso di specie, il Collegio ritiene che il «vantaggio "comunque conseguito" dalla comunità del comune umbro è consistito nel valore economico delle prestazioni ricevute dalla società di servizi, sebbene non pareggiato dal corrispettivo finanziario pagato dal Comune alla società», non ritenendo condivisibile l'ipotesi accusatoria del procuratore regionale.

In definitiva, la Corte, alla luce delle considerazioni analizzate nel presente commento, rigetta la domanda avanzata dalla Procura contabile, ritenendo l'insussistenza dei presupposti della configurazione del danno erariale a seguito dell'attività posta in essere dagli amministratori pubblici.

TAR UMBRIA – 13 ottobre 2010 – Pres. FF. CARDONI – Est. FANTINI
– E.I. S.r.l. c. A.O. di P. e nei confronti di T.I. S.r.l., P.F.P. S.r.l., S.P.I.
S.r.l.

Processo amministrativo – Contratti della P.A. – Gara – Aggiudicazione definitiva – Aggiudicazione – *Dies a quo* – Comunicazione ex art. 79, comma 5, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 e s.m.i. – Legale conoscenza – Modalità alternative – Insussistenza (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e s.m.i., art. 79, comma 5).

Azione amministrativa – Atti e provvedimenti amministrativi – *Lex specialis* di gara – Eterointegrazione negoziale – Artt. 1339 e 1419 c.c. – Applicabilità – Insussistenza – Ragioni (c.c., artt. 1339, 1419).

Azione amministrativa – Atti e provvedimenti amministrativi – Principio di conservazione dei valori giuridici – Applicabilità – Sussiste – Procedure di evidenza pubblica – Offerta economicamente più vantaggiosa – Discrezionalità – Limite (cc., artt. 1339, 1419).

Azione amministrativa – Atti e provvedimenti amministrativi – Atti c.d. plurimi – Illegittimità parziale – Principio di conservazione dei valori giuridici – Applicabilità – Sussiste – Conseguenze – Annullamento *in parte qua*.

Contratti della p.a. – Gara – Aggiudicazione – Annullamento – Inefficacia contratto ex art. 122 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 – Presupposti (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 122).

Il momento da cui decorre il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva è quello della comunicazione obbligatoria di cui all'art. 79, comma 5 d.lgs. n. 163/2006. Pertanto, essendo puntualmente disciplinata la fase di comunicazione dell'atto di aggiudicazione, la legale conoscenza dello stesso non può ricondursi a forme diverse di partecipazione o di conoscenza in qualunque modo acquisita (1).

Il principio dell'eterointegrazione negoziale sancito dagli artt. 1339 - 1419 c.c., risulta assolutamente inconfigurabile ed inapplicabile (neanche in via analogica, in considerazione della diversità delle situazioni) alla lex specialis di gara, per la mancanza negli atti amministrativi di alcuna convenzione il cui contenuto necessiti di essere integrato in quanto difforme da quello prescritto inderogabilmente dal legislatore e, comunque, in considerazione del fatto che il procedimento di valutazione comparativa concorrenziale è informato al favor participationis, con il corrispondente obbligo delle stazioni appaltanti di indicare in modo chiaro e preciso i termini e le condizioni per la partecipazione alla procedura (2).

Il principio di conservazione dei valori giuridici trova applicazione anche nel diritto amministrativo. In ragione di tale principio, la rinno-

vazione del procedimento deve limitarsi solo alle fasi viziate ed a quelle successive, conservando l'efficacia dei precedenti atti legittimi del procedimento. Il principio di conservazione dei valori giuridici, tuttavia, non può operare in presenza di un'aggiudicazione basata su apprezzamenti discrezionali, richiesti dal criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (3).

Nel caso di impugnativa di un atto c.d. plurimo, l'illegittimità può colpire solo parte del provvedimento. Pertanto, al cospetto di una illegittimità parziale, il principio di conservazione dei valori giuridici impone al giudice di annullare la parte del provvedimento in concreto viziata (4).

Ove il vizio dell'aggiudicazione accertato comporti l'obbligo di rinnovare la gara, il Giudice Amministrativo può dichiarare l'inefficacia del contratto ex art. 122 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (5).

(*Omissis*). La società ricorrente ha impugnato la deliberazione del D.G. dell'A. O. di P. n. 1662 del 2 dicembre 2009, relativamente alla parte recante l'aggiudicazione dei lotti nn. 880, 970, 971, 2158, 2159 per la fornitura di specialità medicinali fino al 30 aprile 2010, con possibilità di conferma della fornitura per ulteriori dodici mesi, di cui alla procedura negoziata bandita con lettera di invito del 29 ottobre 2009, chiedendo altresì il risarcimento del danno.

Specifica che il provvedimento in questione riguarda la "riaggiudicazione" della fornitura di alcuni medicinali, già aggiudicati con delibera n. 362 del 26 aprile 2007 a seguito di procedura aperta; essendo intervenuta la scadenza della tutela brevettuale sui principi attivi delle specialità medicinali incluse nei predetti lotti, secondo quanto previsto dall'art. 12 del capitolato speciale, l'A. ha attivato la procedura negoziata, invitando le imprese produttrici dei relativi farmaci generici.

Espone che la lettera d'invito prevedeva, come criterio di aggiudicazione, quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con attribuzione di 50 punti per il prezzo, e di 50 punti per la qualità.

In particolare, i 50 punti relativi alla qualità avrebbero dovuto essere assegnati tenendo conto di due parametri, l'uno attinente alla caratteristica del prodotto offerto (polvere pronta o da ricostituire) e l'altro alla caratteristica del confezionamento (sistema di protezione che in caso di rottura del flacone non permette la fuoriuscita del farmaco, possibile solo per la soluzione pronta).

Rappresenta di avere partecipato alla gara, offrendo, unica fra i concorrenti, solamente medicinali in soluzione pronta ed in confezione dotata di chiusura protetta.

Precisa che nessuno dei lotti suindicati le è stato aggiudicato, aggiungendo di essere risultata seconda graduata nel lotto n. 880, attribuito a T.I., e terza graduata negli altri lotti, aggiudicati rispettivamente a S.P.I. (lotti nn. 970 e 971) ed a P.F.P. (lotti nn. 2158 e 2159).

Lamenta come nessuna comunicazione in ordine all'aggiudicazione sia stata effettuata nei suoi confronti, che è venuta a conoscenza della documentazione di gara (ed in particolare dell'aggiudicazione) in data 29 marzo 2010, a seguito di istanza di accesso; in data 11 maggio 2010 ha effettuato l'informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale ai sensi dell'art. 243-bis del codice dei contratti pubblici, chiedendo l'intervento in autotutela dell'Amministrazione.

Deduce a sostegno del ricorso il seguente, articolato, motivo di diritto: violazione della *lex specialis* di gara, sia negli aspetti procedurali che in quelli sostanziali; violazione dei principi generali di trasparenza, legalità e correttezza del procedimento di scelta del contraente; eccesso di potere per omessa o carente ed erronea valutazione degli elementi rilevanti per la comparazione delle offerte, travisamento dei fatti, difetto assoluto od insufficiente e contraddittorietà di motivazione.

A) La Commissione di gara ha anzitutto violato le modalità con cui la lettera di invito, peraltro anch'essa fatta oggetto di gravame, imponeva di pervenire alla determinazione dell'offerta più vantaggiosa; in particolare, dovevano prima essere attribuiti i punteggi qualitativi, per poi procedersi all'assegnazione dei punteggi relativi al prezzo, in conformità di un principio generale applicabile a tutte le gare pubbliche al fine di evitare che la conoscenza, da parte della Commissione, degli elementi economici dell'offerta sia suscettibile di influenzare la valutazione degli elementi tecnici dell'offerta.

Si evince dal verbale di gara come, al contrario, il responsabile del procedimento abbia aperto il plico contenente la documentazione amministrativa e l'offerta economica.

B) La Commissione di gara è incorsa in un palese travisamento dei fatti per quanto riguarda i lotti 2158 e 2159, valutando l'offerta di E.I. come se avesse avuto ad oggetto prodotti in confezione non protetta, attribuendole il punteggio qualitativo di 44, mentre, trattandosi di confezione protetta, il punteggio doveva essere pari a 50.

C) La lettera di invito riconosceva alla Commissione giudicatrice un'ampia discrezionalità tecnica ai fini dell'attribuzione dei cinquanta punti relativi al criterio qualità; la Commissione avrebbe dovuto esercitarla stabilendo preventivamente dei criteri in relazione a ciascun sub-parametro, od almeno fornendo adeguata motivazione.

D) La discrezionalità tecnico-valutativa è stata comunque esercitata in modo irragionevole, senza tenere conto neppure dell'autovincolo che la stessa Amministrazione si era data; il riferimento è, in particolare, alla nota in data 16 settembre 2009 con cui la D. della F.O. aveva manifestato la specifica esigenza che, a prescindere dal prezzo, l'aggiudicazione fosse disposta in favore del prodotto offerto in soluzione pronta, e con la confezione dotata di un meccanismo di sicurezza idoneo

a prevenire la fuoriuscita del farmaco in caso di rottura accidentale del flacone.

Tale indicazione risulta disattesa in sede di gara, ove i punteggi sono stati attribuiti secondo i seguenti criteri: 26 punti, cioè la sufficienza, ai prodotti in polvere da ricostituire, e quindi a tutti; ulteriori 18 punti ai prodotti in soluzione pronta; solamente ulteriori 6 punti ai prodotti con confezionamento protetto.

Si sono costituite in giudizio l'A.O. di P. e le controinteressate T.I. S.r.l., P.F.P. S.r.l. e S.P. S.r.l., eccependo l'irricevibilità, almeno parziale, del ricorso, l'inammissibilità per carenza di interesse, in ragione del mancato superamento della prova di resistenza, e comunque la sua infondatezza nel merito.

T.I. S.r.l. ha altresì proposto ricorso incidentale avverso il verbale della Commissione di gara allegato B della deliberazione n. 1862 del 2 dicembre 2009, nella parte in cui, con riferimento al lotto n. 880, pur aggiudicandole l'appalto, non le ha riconosciuto ulteriori sei punti nella valutazione tecnica del farmaco "fludarabina", spettanti per avere offerto un prodotto provvisto di protezione esterna.

All'udienza del 6 ottobre 2010 la causa è stata trattenuta in decisione. (*Omissis*).

1. - Deve essere preliminarmente esaminata l'eccezione di irricevibilità del ricorso (segnato per la notifica il 20 maggio 2010), svolta con precipuo riferimento alle censure sub A) e C), nella considerazione che la società deducente era a conoscenza del fatto che il punto 6 della lettera di invito non prevedeva la suddivisione della documentazione di gara, ed in particolare dell'offerta tecnica e di quella economica, in separati plichi, e che neppure erano predeterminati i sub-punteggi relativi ai parametri del criterio valutativo, con la conseguenza che decorreva dalla data del 15 o del 17 marzo 2010, rispettivamente di sottoscrizione e di presentazione dell'istanza di accesso agli atti di gara, il termine per proporre ricorso avverso la *lex specialis*, dandosi nell'istanza atto della conoscenza dell'intervenuta deliberazione di aggiudicazione.

L'eccezione, pur nella serietà delle argomentazioni che la sorreggono, non appare meritevole di positiva valutazione, e deve pertanto essere disattesa.

Non ignora il Collegio, a prescindere, per il momento, dalle peculiarità della vicenda, che ne richiedono un attento inquadramento, l'esistenza di un duplice indirizzo giurisprudenziale in ordine al *dies a quo* per l'impugnativa; da una parte, si sostiene che il termine decorra dalla conoscenza del provvedimento, che si concretizza con la cognizione degli elementi essenziali quali l'autorità emanante, l'oggetto, il contenuto dispositivo ed il suo effetto lesivo, senza che sia necessaria la compiuta conoscenza della motivazione e degli atti del procedimento,

che può rilevare solo ai fini della proposizione dei motivi aggiunti (tra le tante, Cons. Stato, Sez. V, 22 settembre 2009, n. 5639; Sez. V, 26 gennaio 2009, n. 367); altra parte della giurisprudenza sostiene che ai fini della decorrenza del termine di impugnazione di un provvedimento non basta la mera notizia della sua esistenza e del suo carattere sfavorevole per il destinatario, occorrendo conoscerne il contenuto per poter valutare se l'atto è illegittimo o meno, con la conseguenza che laddove l'Amministrazione comunichi l'esistenza di un provvedimento sfavorevole, senza la motivazione posta a corredo, il destinatario ha una mera facoltà, non un onere, di impugnare subito l'atto per poi proporre i motivi aggiunti, ma bene può attendere di conoscere la motivazione dell'atto per potere, una volta avuta conoscenza del contenuto, e quindi dell'effetto lesivo, valutare se impugnarlo o meno (esemplificativamente, Cons. Stato, Sez. VI, 8 febbraio 2007, n. 522).

I due orientamenti enunciati, caratterizzati dalla differente intensità attribuita alla nozione di piena conoscenza, devono essere adattati alla specifiche fattispecie; nella vicenda in esame non può trascurarsi che è mancata la comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione nei confronti della ricorrente, prevista dall'art. 79, comma 5, del codice dei contratti pubblici (di cui al d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163).

È pur vero che, *ratione temporis*, non si applica alla fattispecie l'art. 79, comma 5, come novellato dal d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53 (di recepimento della seconda direttiva ricorsi), divenuto perno di operatività della c.d. clausola di *stand still* (termine dilatorio per la stipulazione del contratto), ma comunque, anche nel regime antecedente, l'obbligo di comunicare tempestivamente l'aggiudicazione, e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni, descriveva il sistema di legale conoscenza dell'aggiudicazione (così Cons. Stato, Sez. VI, 11 novembre 2008, n. 5624).

Nel descritto contesto, l'omissione di tale adempimento non incide(va) sulla legittimità dell'aggiudicazione, ma sulla decorrenza del termine per l'impugnazione (T.A.R. Lazio, Latina, 19 aprile 2010, n. 539). Se dunque la vecchia previsione dell'art. 79, comma 5, del codice dei contratti non rendeva l'aggiudicazione provvedimento recettizio, certamente deve ritenersi idonea, a pena di un grave *vulnus* del sistema, ad incidere sulla decorrenza del termine di impugnazione dell'aggiudicazione, prefigurando un sistema di legale conoscenza, presupponente la cognizione del contenuto del provvedimento.

Ne deriva, con riguardo al caso di specie, che, al di là delle generica formulazione dell'istanza di ostensione documentale datata 15 marzo 2010, che non consente di inferire con certezza la sicura conoscenza, da parte della ricorrente, dell'intervenuta aggiudicazione, in ogni caso tale (ipotetica) conoscenza, non derivante dalla comunicazione qualificata di

cui all'art. 79, comma 5, del d.lgs. n. 169 del 2006, non era in grado di far decorrere il termine decadenziale di sessanta giorni per l'impugnazione del provvedimento.

2. - Procedendo alla disamina del merito del ricorso, con il primo sub-motivo si contestano le modalità di svolgimento del procedimento di gara, ed in particolare l'esame congiunto dell'offerta tecnica e di quella economica, in spregio al principio generale secondo cui le valutazioni qualitative devono precedere quelle economiche per non esserne influenzate.

La censura è fondata, e meritevole di positiva valutazione, nei termini che seguono.

In primo luogo, occorre riconoscere che il lamentato vizio del procedimento si ricollega, invero, ad un vizio della lettera di invito, dalla cui interpretazione (in particolare del punto 6) non è possibile trarre una chiara regola che imponga l'inserimento dell'offerta economica e dell'offerta tecnica in buste separate e sigillate.

È principio consolidato quello per cui in sede di procedimento di gara la valutazione delle offerte tecniche, per il suo carattere discrezionale, deve precedere l'esame delle offerte economiche; tale regola risulta espressamente codificata dall'art. 91 del d.p.r. 21 dicembre 1999, n. 554 per l'affidamento di lavori pubblici con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ma ha portata generale e pertanto trova applicazione anche nelle procedure di affidamento degli appalti di servizi e di forniture, in ragione della comune esigenza di evitare che la conoscenza, da parte della Commissione giudicatrice, degli elementi economici dell'offerta ingeneri o comunque sia suscettibile di influenzare la valutazione degli elementi tecnici dell'offerta stessa (tra le tante, Cons. Stato, Sez. VI, 22 gennaio 2001, n. 192; Sez. V, 16 novembre 2005, n. 6391; Sez. V, 25 luglio 2006, n. 4657).

Il fondamento giuridico di tale principio è, in definitiva, l'imparzialità, in quanto finalizzato ad evitare che, in presenza di un criterio di aggiudicazione implicante valutazioni tecnico-discrezionali, il sereno ed obiettivo esame delle offerte tecniche possa essere pregiudicato dalla conoscenza degli elementi economico-finanziari dell'offerta.

Occorre a questo punto precisare che il carattere viziato della *lex specialis* preclude la possibilità della c.d. eterointegrazione negoziale, mediante l'inserzione automatica nel regolamento delle clausole stabilite imperativamente dalla legge (artt. 1339 e 1419 del c.c.), risultando tale principio inapplicabile alla materia controversa, configurandosi il bando di gara, al pari della lettera di invito, alla stregua di provvedimento amministrativo, insuscettibile di integrazione.

Detto in altri termini, al regolamento di gara non risulta applicabile il principio dell'inserzione automatica di clausole imposte dalla legge,

in quanto quest'ultima è giustificata solamente dall'esigenza, inconfigurabile nella fase procedimentale di scelta del contraente dell'Amministrazione, di prevedere un meccanismo che garantisca l'applicazione ai contratti già stipulati delle norme inderogabili che impongono il contenuto delle obbligazioni e dei diritti nascenti dall'accordo e la contestuale conservazione della validità e dell'efficacia di quest'ultimo (esattamente in termini Cons. Stato, Sez. V, 10 gennaio 2003, n. 35).

Milita nel senso della non operatività della eterointegrazione della *lex specialis* della gara anche la considerazione che il procedimento di valutazione comparativa concorrenziale è informato al *favor participatio-nis*, con il corrispondente obbligo delle Stazioni appaltanti di indicare in modo chiaro e preciso i termini e le condizioni per la partecipazione alla procedura; ne deriva come logico corollario che debbono essere espressamente previste le cause di esclusione, da intendere in senso restrittivo (in termini T.A.R. Sardegna, Sez. I, 14 marzo 2009, n. 311).

3. - Poste queste premesse, occorre osservare come effettivamente la Commissione giudicatrice, al momento della valutazione delle offerte sotto il profilo qualitativo, abbia avuto la possibilità di conoscere anche il contenuto delle offerte economiche presentate da (quasi tutte le) imprese concorrenti; il che comporta, con i limiti che poi si andranno ad evidenziare, l'illegittimità dell'aggiudicazione.

Né appare risolutivo sostenere, come fanno le parti resistenti, che dal verbale di gara non è dato evincere che l'offerta economica sia stata esaminata prima delle offerte tecniche, in quanto ciò che inficia la regolarità della procedura, vulnerando la *par condicio* tra i concorrenti e dunque l'imparzialità, è la possibilità, ancorché remota ed eventuale, di conoscenza preventiva dell'offerta economica.

A ben considerare, il vizio riscontrato nel *modus procedendi* seguito dalla Commissione, dipendendo dalla stessa lettera di invito, impone l'annullamento anche della *lex specialis*, fatta oggetto di gravame, con conseguente necessità di rinnovare il procedimento di gara sin dalla fase della presentazione delle offerte. Del resto, il principio di conservazione dei valori giuridici non può operare nel caso di specie anche in considerazione del fatto che si verte in presenza di un'aggiudicazione basata su apprezzamenti discrezionali, richiesti dal criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (Cons. Stato, Sez. V, 21 gennaio 2002, n. 340; Sez. IV, 7 giugno 2004, n. 3617; Sez. V, 14 settembre 2010, n. 6695).

4. - Può peraltro ritenersi che, proprio in applicazione del canone *dell'utile per inutile non vitiatur*, debba rimanere esente dall'effetto demolitorio della pronuncia di annullamento l'aggiudicazione, in favore di T.I. S.r.l., del lotto n. 880, avendo detta controinteressata partecipato alla gara presentando l'offerta tecnica e quella economica in buste se-

parate e chiuse, come riconosce la stessa A. resistente, con un onere di diligenza non richiesto dalla *lex specialis*, ma idoneo ad escludere che possano ritenersi pregiudicati, anche in assenza di ogni allegazione al riguardo, i fondamentali principi del rispetto delle regole di gara e della correlata *par condicio*, che tale rispetto garantisce.

L'illegittimità parziale è, del resto, postulabile, caratterizzandosi l'aggiudicazione gravata come atto plurimo, concettualmente distinguibile in una pluralità di atti contestuali che conservano la propria individualità e che hanno specifici destinatari.

Al contrario, l'esigenza di riedizione integrale del procedimento di gara rende irrilevante l'eccezione di inammissibilità del ricorso per mancato superamento della prova di resistenza, sollevata dalle contropartite P.F.P. S.r.l. e S.P. S.r.l. relativamente ai lotti loro aggiudicati.

5. - L'accoglimento della esaminata censura, imponendo la rinnovazione del procedimento di gara, per il suo carattere assorbente, esime altresì il Collegio dalla disamina degli altri motivi, come pure del ricorso incidentale di T.I. S.r.l.

6. - Per quanto concerne, infine, la domanda di risarcimento del danno in forma specifica, od, in subordine, per equivalente, formulata, in termini generici, nell'atto di ricorso, ritiene il Collegio di dover ribadire che tale materia è regolata dal principio dell'onere della prova, con la conseguenza che il danneggiato deve provare tutti gli elementi costitutivi della pretesa risarcitoria (danno, nesso di causalità, colpa).

Occorre però porsi il problema della sorte dei contratti di fornitura dei farmaci ed emoderivati, prorogati, per il periodo che va dall'1 maggio 2010 al 30 aprile 2011, dalla delibera direttoriale n. 409 del 31 marzo 2010 a seguito dell'annullamento parziale dell'aggiudicazione, anche alla stregua di quanto disposto dagli artt. 245-*bis* e seguenti del codice dei contratti pubblici, ed, oggi, degli artt. 121 e seguenti del c.p.a., norme processuali che, in difetto di disposizioni transitorie, risultano di immediata applicazione ai giudizi in corso (Cons. Stato, Sez. VI, 15 giugno 2010, n. 3759; T.A.R. Lombardia, Sez. I, 17 maggio 2010, n. 1524).

A questo riguardo, il vizio che inficia l'aggiudicazione sarebbe, in astratto, riconducibile nell'ambito della previsione dell'art. 245-*bis* del codice dei contratti pubblici, *melius* dell'art. 121 del c.p.a., norme disciplinanti l'inefficacia del contratto in casi di gravi violazioni, in ragione dell'intervenuta stipulazione dei contratti (non agli atti, ma verosimilmente risalenti, secondo quanto allegato negli scritti difensivi, alla prima decade di gennaio 2010) senza rispettare il termine dilatorio di cui all'art. 11, comma 10, del d.lgs n. 163 del 2006, non decorso per la mancata comunicazione dell'aggiudicazione. Occorre peraltro considerare, come si è già in precedenza, ad altri fini, osservato, che l'art. 11, comma 10, disciplinante la c.d. "sospensione sostanziale", non è applicabile, *ratione*

temporis, al presente procedimento di gara.

Ciò induce ad assumere come parametro di riferimento, comunque in presenza di una domanda di risarcimento in forma specifica, l'art. 245-*ter* del codice dei contratti, ovvero l'art. 122 del c.p.a., norme che delineano un regime di "inefficacia facoltativa" del contratto in tutti i casi di annullamento dell'aggiudicazione.

Le disposizioni da ultimo indicate si limitano a dettare dei criteri, invero alquanto eterogenei, per orientare la decisione del giudice sulla pronuncia di inefficacia; ma appare inferibile in modo sufficientemente chiaro, seppure *a contrariis*, che detta pronuncia debba essere adottata ove il vizio dell'aggiudicazione accertato comporti l'obbligo di rinnovare la gara, come accade, appunto, nel caso di specie.

L'inefficacia dei contratti stipulati per i lotti nn. 970, 971, 2158 e 2159 dovrà decorrere dalla data di pubblicazione della presente sentenza, ritenendo salvi gli effetti finora maturati.

7. - In conclusione, alla stregua di quanto esposto, il ricorso deve essere accolto, nei sensi di cui alla presente motivazione, con conseguente annullamento della lettera di invito, e, parzialmente, dell'aggiudicazione; deve essere altresì dichiarata l'inefficacia dei contratti stipulati per i lotti nn. 970, 971, 2158 e 2159.

Le spese di giudizio seguono, come per regola, la soccombenza e sono liquidate nella misura fissata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Umbria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie in parte, con conseguente annullamento degli atti impugnati, nei limiti di cui alla motivazione, e dichiara inefficaci i contratti relativi ai lotti nn. 970, 971, 2158 e 2159 stipulati tra l'A.O. di P. e le controinteressate P.F.P. S.r.l. e S.P. S.r.l.

Condanna l'A.O. alla rifusione, in favore della ricorrente, delle spese di giudizio, che si liquidano complessivamente in euro tremila/00 (3.000,00).

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

(1-4) Osservazioni processuali e sostanziali in materia di attività contrattuale della p.a.

1. La sentenza in epigrafe merita di essere segnalata, in quanto affronta una pluralità di questioni di particolare interesse, tra le quali si segnala: quella inerente l'individuazione del *dies a quo* di decorrenza del termine per l'impugnativa dei provvedimenti di aggiudicazione delle gare di appalto;

quella riguardante l'applicabilità, nei confronti dell'attività autoritativa della p.a., degli artt. 1339-1419 c.c.; quella relativa all'operatività, anche nell'ambito del diritto amministrativo, del principio di conservazione degli atti giuridici; quella inerente l'individuazione dei criteri per emanare la pronuncia di "inefficacia facoltativa" del contratto prevista dall'art. 122 c.p.a.

2. La prima delle questioni sopraelencate è affrontata dal TAR Umbria al fine di risolvere l'eccezione di irricevibilità del ricorso sollevata sul presupposto che la ricorrente avrebbe dimostrato di aver avuto piena conoscenza dell'intervenuta aggiudicazione della gara (provvedimento impugnato dinanzi al giudice amministrativo a distanza di oltre cinque mesi dalla sua emanazione) in una istanza di accesso agli atti presentata alla stazione appaltante ben sessantasei giorni prima la notifica del ricorso stesso, quando cioè, a dire delle controparti, il termine decadenziale per l'esercizio dell'azione di annullamento doveva ritenersi ormai spirato.

A questo proposito, il Collegio reputa irrilevante interrogarsi su quando possa ritenersi integrato il requisito della "piena conoscenza" dell'atto.

Ed infatti, pur dando atto che la anzidetta problematica è ampiamente discussa tra i giudici amministrativi, atteso che questi ultimi si dividono tra quelli che subordinano la piena conoscenza dell'atto alla cognizione dei suoi elementi essenziali (Cons. St., sez. VI, 31 marzo 2011, n. 2006; Id., sez. V, 4 gennaio 2011, n. 8; Id., sez. IV, 26 gennaio 2010, n. 292; Id., sez. VI, 8 febbraio 2007, n. 522) e quelli, invece, che ritengono detto requisito integrato solo dalla conoscenza della motivazione (TAR Sardegna, 5 novembre 2009, n. 1607; TAR Campania, Napoli, sez. IV, 5 maggio 2009, n. 2360; TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 23 gennaio 2008, n. 105), il TAR Umbria risolve la eccezione su richiamata facendo proprio l'indirizzo che, nell'ipotesi di impugnazione del provvedimento di aggiudicazione di una gara pubblica da parte di chi ha partecipato alla stessa, individua il *dies a quo* di decorrenza del termine decadenziale per l'esercizio dell'azione di annullamento nel momento in cui l'interessato viene raggiunto dalla comunicazione prescritta dall'art. 79, comma 5 d.lgs. n. 163/2006.

La posizione assunta dai giudici umbri, in altri termini, risulta conforme a quella della giurisprudenza che ravvisa, nella predetta comunicazione, una condizione imprescindibile affinché il concorrente possa conseguire la conoscenza legale del provvedimento di aggiudicazione della gara (Cons. St., sez. V, 12 luglio 2010, n. 4483; Id., sez. VI, 11 novembre 2008, n. 5624; TAR Lazio, Roma, sez. II, 2 dicembre 2010, n. 35031).

Trattasi, tuttavia, di una soluzione che, pur se accolta dalla maggioranza dei giudici amministrativi, è stata di recente messa in discussione in alcune pronunzie del Consiglio di Stato.

A tale riguardo, si segnalano le decisioni n. 3696/2009 e 2842/2011 (emesse rispettivamente dalla IV e dalla III sezione del Consiglio di Stato), nelle quali i Giudici di Palazzo Spada hanno affermato il differente principio secondo cui, il termine per impugnare i risultati di una gara di appalto

decorre solo normalmente dalla ricezione della comunicazione di cui al già citato articolo 79 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, essendo pur sempre salva l'ipotesi della piena conoscenza che sia stata acquisita con altre modalità, come è d'altronde confermato in via generale dall'articolo 41 del c.p.a., criterio, quest'ultimo, ritenuto in ogni caso applicabile allorquando la stazione appaltante abbia omesso di adempiere all'obbligo di comunicazione prescritto dalla predetta disposizione di legge (Cons. St., sez. III, 12 maggio 2011, n. 2842; Id., sez. IV, 12 giugno 2009, n. 3696).

3. Altra questione che viene affrontata dalla decisione in esame, è quella che attiene alla possibilità, o meno, di applicare i principi di eterointegrazione negoziale (artt. 1339 -1419 c.c.) ai provvedimenti amministrativi e, in particolare, ai bandi di gara e/o alle lettere di invito.

Tale problematica viene risolta in senso negativo dal TAR Umbria, escludendo, in altri termini, la possibilità di procedere all'inserzione automatica delle clausole imposte dalla legge.

Nella sentenza annotata, infatti, il Collegio aderisce all'orientamento giurisprudenziale che, muovendo dall'assunto secondo cui la c.d. eterointegrazione negoziale è un istituto che trova la sua unica ragione nella necessità di prevedere un meccanismo che consenta, solo a contratti già stipulati, l'applicazione delle norme inderogabili di legge, ritiene assolutamente inconfigurabile ed inapplicabile, ai provvedimenti amministrativi, il principio sancito dagli artt. 1339-1419 c.c., stante l'assenza di alcuna convenzione il cui contenuto necessiti di essere integrato, in quanto difforme da quello prescritto inderogabilmente dal legislatore (in senso conforme, v. Cons. St., sez. V, 5 ottobre 2005, n. 5316; Id., 10 gennaio 2003, n. 35; TAR Campania, Salerno, sez. I, 27 settembre 2007, n. 1995; TAR Basilicata, sez. I, 5 agosto 2008, n. 399).

Il Tar Umbria, inoltre, giustifica la propria posizione evidenziando altresì che, nella fattispecie in esame, la sostituzione delle clausole della *lex specialis* di gara risulterebbe anche violativa del principio generale del c.d. *favor participationis* che, com'è noto, obbliga le stazioni appaltanti a predeterminare, in maniera chiara e precisa, termini e condizioni per partecipare alla gara stessa, allo specifico fine di tutelare l'interesse al più ampio confronto concorrenziale, all'imparzialità dell'azione amministrativa ed alla parità di condizioni tra i concorrenti (sul principio del *favor participationis*, v. di recente Cons. St., sez. V, 27 aprile 2011, n. 2476; Id., sez. IV, 21 aprile 2009, n. 2435. Si segnala, inoltre, TAR Umbria, 4 marzo 2011, n. 63, ove viene precisato che i requisiti di partecipazione ad una gara sono ontologicamente e funzionalmente distinti dai criteri di valutazione dell'offerta, perché questi ultimi entrano in gioco solamente dopo che l'offerta ha superato positivamente il vaglio di ammissibilità).

Le conclusioni raggiunte su questo punto nella decisione qui annotata meritano, senza dubbio, di essere condivise e ciò è vero, oltre che per le motivazioni nella stessa manifestate, anche in considerazione del fatto che,

come insegna la migliore dottrina, l'art. 1339 c.c. postula la conclusione di un accordo (*i.e.* di un contratto) nell'esercizio dell'autonomia privata, mentre i provvedimenti amministrativi costituiscono il frutto dell'esercizio di un potere unilaterale ed autoritativo della p.a., funzionalizzato al perseguimento dell'interesse pubblico e che, in quanto tale, non è libero nel fine come quello dei privati.

4. La pronunzia annotata, inoltre, contiene significativi riferimenti al principio di conservazione degli atti giuridici.

Trattasi, com'è noto, di un principio generale che trova applicazione in tutti i settori dell'ordinamento giuridico ma che, nel diritto amministrativo, assume una valenza rafforzata, in relazione agli specifici canoni cui deve essere informato l'esercizio dell'azione esercitata dalla p.a., quali, in particolare, quelli di economicità ed efficienza, cui può essere ricondotto, secondo una diffusa impostazione, anche quello del divieto di aggravamento del procedimento (Cons. St., sez. V, 28 maggio 2009, n. 3284; Id., 8 settembre 2008, n. 4269; Id., sez. VI, 7 febbraio 2004, n. 422; Id., sez. V, 21 gennaio 2002, n. 340).

Nei giudizi tendenti all'annullamento dei provvedimenti amministrativi, infatti, il canone dell'*utile per inutile non vitiatur* è sovente utilizzato dalla giurisprudenza, al fine di parametrare, nel rispetto del principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato (art. 112 c.p.c.), la concreta portata della pronuncia di accoglimento del ricorso.

L'applicazione di tale principio impone, in particolare, di distinguere tra illegittimità che colpiscono tutti gli atti del procedimento, ed illegittimità che riguardano solo determinate fasi od operazioni particolari dello stesso; tra illegittimità idonee a travolgere l'intero provvedimento ed illegittimità idonee ad invalidare, invece, solo una parte limitata dello stesso.

Il principio di conservazione degli atti giuridici può operare, infatti, sia con riferimento a più atti emessi nell'ambito di uno stesso procedimento amministrativo, sia con riferimento ad uno stesso atto avente contenuto soggettivamente e/o oggettivamente scindibile.

Nel primo caso, la situazione invalidante travolge per intero singoli atti, ma la pronuncia di annullamento comporta la riedizione di una sola *pars* del procedimento.

Nell'altro, invece, la situazione invalidante colpisce solo parte del provvedimento impugnato.

Si parla, in quest'ultimo caso, di illegittimità parziale, la quale può riscontrarsi, sia al cospetto di atti c.d. scindibili, ossia di atti formalmente unici, ma nella sostanza plurimi e, quindi, divisibili in una pluralità di atti e/o statuizioni (si pensi, ad esempio: agli atti c.d. plurimi, i quali si differenziano da quelli c.d. collettivi riguardando distintamente la posizione di soggetti diversi; agli atti oggettivamente complessi, caratterizzati da una pluralità di statuizioni; agli atti contenenti clausole che introducono elementi c.d. accidentali), sia di atti c.d. generali, che si rivolgono cioè ad una pluralità indeterminata di destinatari.

Ciò premesso, occorre rilevare che nella decisione in esame il TAR Umbria dimostra di fare una rigorosa applicazione del principio suindicato.

Il Collegio, infatti, da un lato afferma che l'annullamento della *lex specialis* impone alla p.a. di rinnovare l'intera procedura sin dalla fase della presentazione delle offerte, precisando che il principio di conservazione gli atti giuridici non può operare in presenza di aggiudicazioni basate su criteri discrezionali (in senso conforme, *ex multis*, v. Cons. St., sez. V, 7 aprile 2011, n. 2157; Id., 14 settembre 2010 n. 6695; TAR Lombardia, Brescia, sez. II, 23 aprile 2010, n. 1610); dall'altro, limita l'effetto caducatorio della pronuncia di annullamento ad una parte soltanto del provvedimento impugnato, ravvisando nell'aggiudicazione gravata un atto c.d. plurimo e, in quanto tale, suscettibile di essere annullato *in parte qua* (in senso conforme, v. TAR Lazio, Roma, sez. III, 29 aprile 2009, n. 4396).

5. Infine la decisione annotata merita di essere segnalata poiché costituisce uno dei primi precedenti in cui viene fatta applicazione del regime di inefficacia facoltativa del contratto dettato dall'art. 122 c.p.a.

A tale riguardo, va ricordato che, in base alla disposizione sopracitata, il giudice amministrativo può dichiarare inefficace il contratto stipulato a seguito dell'aggiudicazione di una procedura di evidenza pubblica, non solo giudicando secondo il suo equo apprezzamento, ma dovendo altresì necessariamente considerare: 1) gli interessi delle parti; 2) l'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, 3) lo stato di esecuzione del contratto; 4) la possibilità (del ricorrente) di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta.

Ebbene, con specifico riferimento ai parametri indicati dal su menzionato art. 122, il TAR Umbria, dopo aver dato atto che l'interesse interesse prioritario esplicitato dalla ricorrente era quello di ottenere il risarcimento del danno in forma specifica (avendo la stessa formulato apposita domanda nel ricorso introduttivo del giudizio), afferma che la pronuncia di inefficacia del contratto debba essere adottata ogni qual volta sussista l'obbligo, per la stazione appaltante, di procedere alla rinnovazione della gara.

Trattasi, a ben vedere, di una posizione di estremo interesse, in quanto, pur in presenza di uno stato avanzato di esecuzione del contratto, assicura una completa applicazione del principio di pienezza ed effettività di tutela giurisdizionale (art. 24 e 113 Cost. – 1 c.p.a.).

Ciò nonostante, occorre dare atto che la sopraindicata soluzione non è univocamente accettata in giurisprudenza.

Si consideri, infatti, che i giudici amministrativi, con riferimento a fattispecie analoghe a quella in esame, hanno di recente reputato preferibile salvaguardare l'interesse della stazione appaltante alla continuità del servizio in corso, privilegiando l'opzione del risarcimento per equivalente, a discapito della tutela in forma specifica assicurata dalla declaratoria di

inefficacia (facoltativa) del contratto (TAR Lazio, sez. II-ter, 31 marzo 2011, n. 2860; TAR Sardegna, 13 gennaio 2011, n. 16; TAR Lombardia, Milano, sez. I, (ord.)14 ottobre 2010, n. 1097; Cons. St., sez. VI, 15 giugno 2010, n. 3759; *contra*, v. TAR Sicilia, Catania, sez. III, 22 dicembre 2010, n. 4841).

GIORGIO VERCILLO

TAR UMBRIA – 14 gennaio 2011 – Pres. LAMBERTI – Est. UNGARI – D.M. S.n.c. ed altri c. C. di N. e nei confronti di G. S.r.l.

Edilizia ed urbanistica – Sanatoria – Art. 18, comma 1-bis, l.r. n. 21/2004 – Necessaria applicazione della c.d. “doppia conformità” – Esclusione – Profili di illegittimità costituzionale della disposizione – Esclusione (d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380, art. 36; l. reg. Umbria 3 novembre 2004, n. 21, art. 17; l. reg. Umbria 3 novembre 2004, n. 21, art. 18, comma 1 bis).

Ai fini del rilascio di permesso di costruire in sanatoria ex art. 18, comma 1-bis della l. reg. Umbria n. 21/2004 non è necessaria la c.d. “doppia conformità” dell’opera stessa. Tale disposizione normativa costituisce il risultato di un recepimento in ambito regionale e temporalmente limitato del principio giurisprudenziale della c.d. “sanatoria impropria” o “sanatoria giurisprudenziale” e, pertanto, è da ritenersi costituzionalmente legittimo (1).

(*Omissis*) Avverso il permesso di costruire in sanatoria n. 20858 in data 21 gennaio 2010, che si basa sulla nuova disciplina di P.R.G. approvata con deliberazione del C.C. 23/2004, la società D.M. prospetta censure (che, per quanto il Collegio è riuscito a comprendere, sono) così sintetizzabili:

a) poiché la sanatoria è stata chiesta ai sensi degli articoli 18, comma 1-bis, della l.r. 21/2004 e 36 del d.p.r. 380/2001, vale a dire *sub specie* di “accertamento di conformità”, essa non poteva essere concessa, in quanto le opere erano state realizzate sulla base di un titolo abilitativo poi annullato dal giudice (né, trattandosi di manufatti “autoportanti”, dotati di autonomia statica e strutturale, per sanarli poteva essere invocata,

ai sensi dell'articolo 38, comma 1, del d.p.r. 380/2001, l'impossibilità di riduzione in pristino – peraltro neppure allegata dal richiedente o dal Comune); i presupposti della sanatoria, in ogni caso, non sono stati adeguatamente motivati; (*Omissis*).

c) in ogni caso, manca la c.d. doppia conformità dell'opera, richiesta dagli articoli 36 del d.p.r. 380/2001 e 17 della l.r. 21/2004, posto che:

c1) il P.R.G. adottato nel 1999, vigente, come norme di salvaguardia, all'epoca della realizzazione della stazione di servizio (gennaio-aprile 2002), prevedeva per l'area una diversa destinazione;

c2) le opere non sono conformi neppure alle previsioni degli strumenti urbanistici vigenti al momento della richiesta di sanatoria (novembre 2009) e della conseguente verifica da parte del Comune, sotto vari profili; in particolare: c2.1) il parere della Commissione edilizia è privo di motivazione in ordine alla compatibilità urbanistica; (*Omissis*).

d) ai fini della sanatoria non potrebbe applicarsi l'articolo 18, commi 1 ed 1-*bis*, della l.r. 21/2004, nel senso che la sanatoria non richieda (anche) la conformità urbanistica delle opere all'epoca della loro realizzazione; una simile interpretazione, infatti, contrasta con l'articolo 36 del d.p.r. 380/2001, che è norma statale di principio in materia di governo del territorio, per di più formulata in maniera autoapplicativa, e come tale non può essere derogata da una norma regionale (cfr. Corte Cost. n. 303/2003), e che, ai sensi dell'articolo 2, comma 3, del d.p.r. 380/2001, ha disciplinato in Umbria la sanatoria fino all'approvazione della l.r. 21/2004;

e) se, viceversa, si ritiene concretamente applicabile l'articolo 18, citato (anziché gli articoli 17 e 36, pure citati, che espressamente richiedono la doppia conformità), allora l'articolo 18 e l'articolo 2, della l.r. 21/2004 devono considerarsi costituzionalmente illegittimi per violazione degli articoli 3, 25, 5, 127, comma secondo, 117, commi secondo, lettera l) e terzo, nonché dei principi di legalità, sussidiarietà, adeguatezza, imparzialità e buon andamento dell'amministrazione, ragionevolezza dell'intervento legislativo regionale;

f) in ogni caso, l'articolo 18, commi 1 e 1-*bis*, della l.r. 21/2004, non è stato correttamente applicato, in quanto:

f1) con riferimento al comma 1, le opere non sono conformi neppure agli strumenti urbanistici vigenti al momento dell'entrata in vigore della l.r. 1/2004 (la modifica del P.R.G. non era ancora stata approvata), e comunque la domanda di sanatoria avrebbe dovuto essere presentata entro 120 giorni dall'entrata in vigore della l.r. 21/2004, mentre è stata presentata oltre detto termine;

f2) con riferimento al comma 1-*bis*, esso si applica esclusivamente agli interventi edilizi realizzati tra la data di entrata in vigore della l.r. 1/2004 ed il novembre 2008, mentre per gli interventi precedentemente realizzati, come quelli in esame, è applicabile soltanto il comma 1.

4. Resistono il C. di N. e la controinteressata società G., controdeducendo puntualmente.

5. Parte delle censure prospettate con il ricorso n. 133/2010 possono giudicarsi infondate. (*Omissis*).

Il C. di N., in dichiarata applicazione del comma 1-bis, citato, ha ritenuto che l'area interessata dall'intervento (divenuto) privo di titolo autorizzatorio, ricadesse nella destinazione "M1-Mc", e quindi vi fosse, al momento, la compatibilità urbanistica.

Quanto precisato vale, intanto, ad escludere che il provvedimento in sanatoria non sia stato adeguatamente motivato.

5.3. Ciò detto, non si ravvisano motivi per non applicare l'istituto dell'accertamento di conformità (come disciplinato dalla l.r. 21/2004) anche nell'ipotesi di opere il cui titolo autorizzatorio sia stato annullato in sede giurisdizionale.

Può ricordarsi il principio secondo il quale quando l'annullamento dell'atto discende da vizi formali, l'amministrazione può sempre rimuoverli, perfezionando un effetto sanante che paralizza il conseguente effetto sanzionatorio (cfr. Cons. St., sez. IV, 14 dicembre 2002, n. 7001).

Del resto, anche nella succitata sentenza n. 563/2003, quanto alla prosecuzione del procedimento autorizzatorio conseguente all'annullamento del permesso di costruire a suo tempo (intempestivamente) rilasciato alla società Giovannini, si può leggere che "Va chiarito, al riguardo, che con ciò s'intende dire che il Comune non poteva rilasciare la concessione "in deroga", ma non anche che dovesse altresì rigettare la domanda di concessione edilizia; doveva, invece, applicare le misure di salvaguardia e perciò sospendere l'esame del progetto sino all'entrata in vigore del piano regolatore così come definitivamente approvato, per poi decidere in base a quest'ultimo. Per effetto dell'annullamento disposto con la presente sentenza, dunque, al Comune di Narni viene restituito il potere-dovere di pronunciarsi sulla domanda di concessione edilizia, applicando il PRG definitivamente approvato".

5.4. Non è dubbio che, quando le opere sono state realizzate, non sussistesse la conformità urbanistica e che quindi non sussista la c.d. doppia conformità, richiesta dagli articoli 36 del d.p.r. 380/2001 e 17 della l.r. 21/2004.

Ciò si desume dalla sentenza n. 563/2003, e le parti resistenti lo riconoscono anche nel presente giudizio, sostenendo tuttavia che la conformità all'epoca della realizzazione non sia necessaria per la sanatoria, trovando applicazione l'articolo 18, comma 1-bis, della legge 21/2004.

Il Collegio condivide questa impostazione.

Come esposto, l'articolo 18 della l.r. 21/2004 consente "in via di prima applicazione" la sanatoria, anche qualora la conformità sia sopravvenuta in un momento successivo; le due fattispecie appaiono analoghe nella

struttura logica, e vanno lette in una prospettiva diacronica: quella del comma 1, prevede la sanatoria in collegamento all'entrata in vigore della stessa legge 1/2004, e da essa fa decorrere il termine (di 120 giorni) per la presentazione delle relative domande; quella del comma 1-*bis*, prevede la sanatoria alla luce della concreta applicabilità (diretta applicazione) del sopravvenuto regolamento regionale 3/2008 (che ha precisato i parametri rilevanti ai fini della valutazione di conformità edilizia), e stabilisce conseguentemente per la presentazione delle domande il termine del 31 dicembre 2009.

Le due disposizioni in esame non distinguono in relazione alla data di realizzazione delle opere prive di titolo e originariamente non conformi alla disciplina *pro-tempore* vigente, né definiscono i reciproci rapporti in termini di alternativa esclusiva.

La seconda fattispecie rappresenta dunque una seconda possibilità di ottenere la sanatoria per opere originariamente non compatibili, divenute compatibili anche a ragione della modifica dei parametri urbanistici o edilizi di riferimento.

Non vi sono dunque ragioni per poter sostenere che il comma 1-*bis* si applichi esclusivamente agli interventi edilizi realizzati tra la data di entrata in vigore della l.r. 1/2004 ed il novembre 2008.

Con ciò, cadono le censure concernenti la mancanza di doppia conformità (suindicate alle lettere c1) e quelle concernenti l'errata applicazione e/o la mancanza dei presupposti previsti dall'articolo 18 (f).

5.5. Occorre però stabilire se la previsione concretamente rilevante, quella dell'articolo 18, comma 1-*bis*, non sia sospettabile di illegittimità costituzionale (in ciò consistono le censure suindicate alle lettere e), nonché, sostanzialmente, d) – essendo evidente che la disposizione regionale sopravvenuta non potrebbe disapplicarsi in questa sede.

Il Collegio ritiene improprio qualificare l'articolo 18 come una sorta di condono mascherato, cioè consentito al di fuori di una previsione di principio dettata dalla legge statale. Infatti, la sanatoria è pur sempre ottenibile soltanto in presenza della compatibilità urbanistico-edilizia, e non anche in deroga alle previsioni vigenti al momento della valutazione della domanda.

Piuttosto, si tratta di un recepimento, in ambito regionale e con operatività temporalmente limitata e giustificato dalla sopravvenienza di nuovi parametri normativi di valutazione della compatibilità urbanistico-edilizia, di un più ampio principio di sanabilità degli abusi, di creazione giurisprudenziale (spesso definito c.d. sanatoria giurisprudenziale, almeno a partire da Cons. St., sez. V, 13 febbraio 1995, n. 238).

5.5.1. Al riguardo, anche recentemente, è stato riaffermato (cfr. Cons. St., sez. VI, 7 maggio 2009, n. 2835) che:

- la sanatoria edilizia può ben intervenire anche a seguito di confor-

mità “sopraggiunta” dell’intervento in un primo tempo illegittimamente assentito, divenuto cioè permessibile al momento della proposizione della nuova istanza dell’interessato, posto che questa si profila come del tutto autonoma rispetto all’originaria istanza che aveva condotto al permesso annullato in sede giurisdizionale, in quanto basata su nuovi presupposti normativi in materia edilizia; pare pertanto palesemente irragionevole negare una sanatoria di interventi che sarebbero legittimamente concedibili al momento della nuova istanza, perdendo oltretutto automaticamente efficacia, a seguito della presentazione di questa, il pregresso ordine di demolizione e ripristino, secondo l’orientamento di questo Consiglio in tema di rilevanza su tale ordine dell’istanza di sanatoria (cfr. sez. VI, 12 novembre 2008, n. 5646, *ex multis*);

- il principio normativo della “doppia conformità”, infatti, è riferibile all’ipotesi ragionevolmente avuta di mira dal legislatore, desumibile cioè dal senso obiettivo delle parole utilizzate dall’articolo 13 della legge 47/1985, ovvero dal vigente articolo 36 del d.p.r. 380/2001, ipotesi che è quella di garantire il richiedente dalla possibile variazione in senso peggiorativo della disciplina edilizia, a seguito di adozione di strumenti che riducano o escludano, appunto, lo *jus aedificandi* quale sussistente al momento dell’istanza. Quindi, la tipicità del provvedimento di accertamento in sanatoria, quale espressione di disposizione avente carattere di specialità, va rigorosamente intesa come riferimento al diritto vigente (cfr. sez. V, 29 maggio 2006, n. 3267), e commisurata alla finalità di *favor* obiettivamente tutelata dalla previsione, in modo da risultare conforme al principio di proporzionalità e ragionevolezza nel contemperamento dell’interesse pubblico e privato;

- la norma, infatti, non può ritenersi diretta a disciplinare l’ipotesi inversa dello *jus superveniens* edilizio favorevole, rispetto al momento ultimativo della proposizione dell’istanza. In effetti, impone per un unico intervento costruttivo, comunque attualmente “conforme”, una duplice attività edilizia, demolitoria e poi identicamente riedificatoria, lede parte sostanziale dello stesso interesse pubblico tutelato, poiché per un solo intervento, che sarebbe comunque legittimamente realizzabile, si dovrebbe avere un doppio carico di iniziative industriali-edilizie, con la conseguenza, contrastante con il principio di proporzionalità, di un significativo aumento dell’impatto territoriale ed ambientale, (altrimenti considerato in termini più ridotti alla luce della ratio della norma in tema di accertamento di conformità);

- gli articoli 13 e 15 della legge 47/1985, richiedenti per la sanatoria delle opere realizzate senza concessione e delle varianti non autorizzate, che l’opera sia conforme tanto alla normativa urbanistica vigente al momento della realizzazione dell’opera, quanto a quella vigente al momento della domanda di sanatoria, sono disposizioni contro l’inerzia

dell'Amministrazione, e significano che, se sussiste la doppia conformità, a colui che ha richiesto la sanatoria non può essere opposta una modificazione della normativa urbanistica successiva alla presentazione della domanda. Tale regola non preclude il diritto ad ottenere la concessione in sanatoria di opere che, realizzate senza concessione o in difformità dalla concessione, siano conformi alla normativa urbanistica vigente al momento in cui l'autorità comunale provvede sulla domanda in sanatoria (cfr. sez. V, 21 ottobre 2003, n. 6498).

5.5.2. Questo Tribunale ha aderito al rammentato indirizzo giurisprudenziale (sentt. 30 marzo 2000, n. 290; 8 luglio 2002, n. 505; 29 ottobre 2004, n. 656; 8 settembre 2005, n. 431; da ultimo, 20 maggio 2010, n. 329).

Il Collegio, pur consapevole della cautela con la quale è necessario applicare il principio in questione, non ritiene di discostarsi in questa occasione dall'orientamento ricordato.

5.5.3. Nella prospettiva indicata, dunque, l'articolo 18 non sembra contrastare con i principi fondamentali della normativa statale in materia.

Né, quindi, porsi in contrasto con le disposizioni costituzionali che disciplinano i rapporti tra la potestà legislativa statale e quella regionale.

Per quanto concerne l'ipotizzata violazione dell'articolo 25 Cost., va infine sottolineato che le disposizioni regionali sospettate di incostituzionalità, si preoccupano di evitare ogni interferenza con le conseguenze penali della realizzazione abusiva, posto che entrambi i commi in questione, come esposto, si chiudono facendo salva l'applicazione delle eventuali sanzioni penali. (*Omissis*).

(1) Sanatoria ex art. 18, comma 1-bis della l. reg. 21/2004: la c.d. “doppia conformità” dell’opera non è necessaria.

La questione sottesa alla pronuncia in commento ha per oggetto l'istituto dell'accertamento di conformità come disciplinato dalla Legge Regionale Umbria 3 novembre 2004, n. 21.

In particolare, la controversia ruota attorno all'applicabilità o meno al caso concreto dell'art. 18, comma 1-bis, ed alla conformità di tale disposizione al dettato costituzionale.

In parte derogando alla disciplina dettata dall'art. 36 del d.p.r. n. 380/2001 e dall'art. 17 della medesima l.r. n. 21/2004, i quali espressamente richiedono la c.d. “doppia conformità” dell'opera ai fini del rilascio del titolo abilitativo in sanatoria, l'art. 18, ai commi 1 ed 1-bis, disciplina due ipotesi nelle quali la doppia conformità non è necessaria.

In tali casi gli interventi edilizi già realizzati, ma non conformi alla di-

sciplina urbanistica ed edilizia vigente al momento della loro realizzazione, possono beneficiare del provvedimento sanante purché risultino conformi alla disciplina urbanistica ed edilizia ed agli strumenti urbanistici vigenti al momento della presentazione dell'istanza.

Secondo tale disposizione, dunque, la sanatoria potrebbe essere ottenuta anche qualora la conformità, carente al momento della messa in opera dell'intervento edilizio, sia sopravvenuta in un momento successivo alla sua realizzazione.

Il caso concreto ha per oggetto un intervento edilizio, realizzato sulla base di un titolo abilitativo successivamente annullato in sede giurisdizionale, per il quale, in seguito all'approvazione del nuovo P.R.G. ed alla richiesta dell'interessato, veniva rilasciato permesso di costruire in sanatoria *ex art. 18, comma 1-bis*, l.r. n. 21/2004.

Il ricorrente agiva per l'annullamento del richiamato permesso, ritenendo inapplicabile l'istituto dell'accertamento di conformità nei casi di titolo abilitativo annullato dal giudice e non invece, come previsto dalla norma, carente *ab origine* o difforme da quanto effettivamente costruito.

Sosteneva, inoltre, l'illegittimità del provvedimento impugnato per mancanza della "doppia conformità" dell'opera. Doppia conformità che, secondo la tesi del ricorrente, dovrebbe necessariamente sussistere anche nei casi di applicazione del richiamato art. 18, comma 1-*bis*.

Il Collegio ha ritenuto che la disposizione appena richiamata sia legittimamente applicabile anche nel caso di specie e, cioè, nelle ipotesi di opere il cui titolo autorizzatorio sia stato annullato in sede giurisdizionale.

In secondo luogo, il TAR ha fugato ogni residuo dubbio interpretativo circa l'operatività dell'istituto dettato dall'articolo 18, comma 1-*bis*.

Aderendo alla tesi di parte resistente, il Collegio conferma la non necessità, in tali ipotesi, della conformità urbanistica degli interventi edilizi anche all'epoca della loro realizzazione.

Non v'è dubbio, pertanto, che le disposizioni dettate dall'art. 18, comma 1 ed 1-*bis*, appaiano in contrasto con l'art. 36 d.p.r. n. 380/2001 e 17 della l. reg. n. 21/2004.

In effetti, le prime si pongono in termini derogatori rispetto alle seconde, le quali sanciscono il principio di "doppia conformità", quale requisito imprescindibile ai fini della sanatoria.

A tale proposito il ricorrente provvedeva a sollevare questione d'illegittimità costituzionale dell'articolo 18, comma 1-*bis*, per contrasto con l'articolo 36 del d.p.r. 380/2001, che, quale norma statale di principio in materia di governo del territorio, non potrebbe essere derogata da una norma regionale.

Il Giudice Amministrativo, tuttavia, ha respinto l'ipotesi d'illegittimità costituzionale, evidenziando che la disposizione richiamata è il risultato del recepimento, in ambito regionale e con operatività temporalmente limitata, di un più ampio principio di sanabilità degli abusi, di creazione giurisprudenziale, spesso definito come "sanatoria impropria" o "sanatoria giurisprudenziale".

Di conseguenza, il Collegio ha escluso ogni sospetto d'illegittimità della disposizione in questione, ritenendo l'articolo 18 non in contrasto con i principi fondamentali della normativa statale in materia, né, quindi, con le disposizioni costituzionali concernenti il rapporto tra la potestà legislativa statale e regionale.

La c.d. "sanatoria giurisprudenziale", così recepita dal legislatore regionale, rappresenta il diretto corollario di una prassi, avallata dalla giurisprudenza già a partire dagli anni Sessanta del secolo scorso, di ammettere la sanatoria, anche parziale, di ogni opera sostanzialmente conforme alle norme e prescrizioni urbanistiche vigenti al momento della richiesta, in quanto affetta esclusivamente da un vizio formale.

Si riteneva non giustificabile, infatti, procedere alla demolizione di opere edilizie – per le quali, vista la loro conformità alla disciplina urbanistica vigente, si sarebbe potuto subito dopo ottenere un regolare titolo abilitativo – unicamente per la presenza di un difetto formale dell'opera, in sé conforme alle norme urbanistiche vigenti al momento dell'esame dell'istanza di sanatoria.

Il legislatore del 1985, invece, introduceva una disciplina ben più severa di quella operante nella prassi, che dava rilievo all'esistenza della conformità dell'opera sia al momento della realizzazione dell'abuso, sia a quello della presentazione della domanda di concessione in sanatoria, quale indispensabile presupposto dell'estinzione dell'illecito amministrativo, ma anche del reato edilizio.

Questa disciplina della c.d. "doppia conformità", dettata originariamente dagli articoli 13 e 22 della l. n. 47 del 1985 (poi trasfusa nell'articolo 36 del d.p.r. n. 380/2001), trovava ragione nell'intento del legislatore di circoscrivere l'istituto della sanatoria in confini tali da non prestarsi ad utilizzi sviati, in particolare nel fine di evitare modifiche strumentali della pianificazione urbanistica dirette esclusivamente alla regolarizzazione di abusi pregressi.

Tuttavia, è sempre più attuale nella giurisprudenza amministrativa un orientamento favorevole alla sanatoria giurisprudenziale che si fonda sul ragionamento secondo cui sarebbe contrario ai principi di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa (oltre che in contrasto con il principio di conservazione dei valori giuridici ed economici, nonché col principio di ragionevolezza), eseguire la demolizione di opere edilizie che, stanti gli strumenti urbanistici vigenti, potrebbero essere assentite e realizzate, del tutto identiche, subito dopo (cfr. Cons. St., sez. VI, 21 ottobre 2003, n. 6498; Cons. St., sez. VI, 12 novembre 2008, n. 5646; Cons. St., sez. VI, 7 maggio 2009, n. 2835, *ex multis*).

Tale orientamento, peraltro, è costantemente seguito dalla giurisprudenza del TAR umbro (sentt. 30 marzo 2000, n. 290; 8 luglio 2002, n. 505; 29 ottobre 2004, n. 656; 8 settembre 2005, n. 431; da ultimo, 20 maggio 2010, 329).

Orientamento, come detto, recepito dal legislatore regionale già a far data dal novembre 2004, con la disposizione di cui al comma 1 dell'art. 18,

l. reg. n. 21/2004. E, successivamente, ribadito con l'introduzione nel medesimo articolo del comma 1-*bis*, di cui la sentenza in esame rappresenta una significativa applicazione.

ALESSANDRO BOVARI

TAR UMBRIA – 19 gennaio 2011 – *Pres.* LAMBERTI – *Est.* FANTINI – P. S.C. a r.l., in proprio e quale mandataria della costituenda A.T.I. con Soc. P.R.L.F., e con la D.B.C. S.n.c. c. C. di N.U. e nei confronti di P.P. S.a.s. di M.M. & C. e di E.G. (n.c.).

Contratti della pubblica amministrazione – Concessione di pubblico servizio – Gestione della piscina comunale – È servizio pubblico locale – Ragioni (l. reg. Umbria 4 aprile 1990, n. 10).

Contratti della pubblica amministrazione – Concessione di pubblico servizio – Disciplina applicabile – Divieto di associazione in partecipazione – Art. 37, comma 9, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 – Non è applicabile (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 37, comma 9).

Contratti della pubblica amministrazione – Concessione di pubblico servizio – Disciplina applicabile – Associazione in partecipazione – Dimostrazione – Criterio – Principi civilistici – Sono applicabili (c.c., art. 1350, n. 9).

Il servizio di gestione della piscina comunale costituisce servizio pubblico locale, nel senso di servizio riservato in via esclusiva all'Amministrazione per la produzione di beni e servizi con rilievo anche sotto il profilo della promozione sociale, e della salute pubblica, trattandosi di attività oggettivamente funzionale a consentire a qualunque interessato lo svolgimento di attività sportiva (1).

Il divieto di associazione in partecipazione, previsto dall'art. 37, comma 9, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, non è applicabile alle gare per l'affidamento delle concessioni di servizio pubblico (2).

In una gara per l'affidamento di una concessione di servizio pubblico, la mancata dimostrazione della stipula del contratto di associazione in

partecipazione anteriormente alla presentazione della domanda di partecipazione alla gara non viola il principio di parità di trattamento tra i concorrenti, in quanto, in mancanza di un'espressa disciplina di tenore contrario nella lex specialis di gara, si applicano i principi civilistici, in base ai quali l'associazione in partecipazione è un contratto consensuale, a prestazioni corrispettive, non formale, che cioè non richiede la forma scritta, salvo che nell'ipotesi (non ricorrente nella fattispecie, relativa a una concessione quinquennale) previste dall'art. 1350 n. 9, c.c. (3).

(*Omissis*). **1.** - Con il primo mezzo viene dedotta l'illegittima ammissione alla gara della società controinteressata, in quanto asseritamente priva, contrariamente a quanto dichiarato in data 26 maggio 2010, dei requisiti di partecipazione, prescritti a pena di esclusione dalla *lex specialis* (ed in particolare dall'art. 15 del capitolato d'oneri), di cui alla l. reg. Umbria 4 aprile 1990, n. 10 "relativamente all'esercizio artigianale per garantire lo svolgimento dell'attività inerente la gestione del centro benessere". Ciò risulterebbe, in particolare, confermato dal fatto, emerso in sede di verifica, che il requisito per l'attività di estetista è posseduto dalla sig.ra G., con la quale la società P.P. ha stipulato, in data 24 maggio 2010, un contratto di associazione in partecipazione, sottoposto alla condizione sospensiva dell'aggiudicazione della gara; in particolare, con atto dell'1 giugno 2010 è stato dichiarato l'avveramento della condizione sospensiva del contratto di associazione in partecipazione.

La censura non appare meritevole di positiva valutazione, e deve dunque essere disattesa.

Occorre anzitutto precisare che non è ravvisabile una duplicazione soggettiva tra la P.P. S.a.s., partecipante al procedimento di gara, e la sig.ra G., che determinerebbe, in capo alla prima, la mancanza del possesso dei requisiti, previsti dalla *lex specialis* a pena di esclusione, di cui alla l. reg. n. 10 del 1990.

Ed invero, come evidenziato in giurisprudenza, l'associazione in partecipazione si caratterizza per il carattere sinallagmatico fra l'attribuzione da parte di un contraente (associante) di una quota degli utili, derivanti dalla gestione di una sua impresa o di un suo affare all'altro (associato) e l'apporto, da quest'ultimo conferito, che può essere di qualsiasi natura, purché strumentale per l'esercizio di quell'impresa o per lo svolgimento di quell'affare (art. 2549 del c.c.); l'associazione non determina pertanto la formazione di un soggetto nuovo, o la costituzione di un patrimonio autonomo, né la comunione dell'affare o dell'impresa, che restano di esclusiva pertinenza dell'associante; è dunque solo l'associante che fa propri gli utili, salvo, nei rapporti interni, il suo obbligo di liquidare all'associato la sua quota di utili ed a restituirgli l'apporto (così Cass., sez. III, 17 maggio 2001, n. 6757).

Lo schema causale dell'associazione in partecipazione è dunque del tutto diverso da quello societario, proprio perché l'apporto dell'associato non confluisce con i beni dell'associante a formare un fondo comune, ma è acquisito al patrimonio dell'associante.

Al contempo, non è ravvisabile l'esercizio in comune di un'attività economica, come dimostra la circostanza che, ai sensi dell'art. 2551 del c.c., i terzi acquistano diritti ed assumono obbligazioni soltanto verso l'associante, al quale spetta la gestione dell'impresa o dell'affare (art. 2552, comma 1, del c.c.).

Il carattere di scambio, e non già associativo, del contratto di associazione in partecipazione si riflette, sul piano fiscale, nel fatto che gli utili prodotti ed accertati sotto tale forma vanno interamente ed esclusivamente imputati all'associante, non essendo applicabili i principi di imputazione del reddito propri delle società di persone (Cass., sez. trib., 18 giugno 2008, n. 16445).

Occorre aggiungere che, per quanto emerge dalla "dichiarazione di avveramento della condizione sospensiva del contratto di associazione in partecipazione", detto contratto risulta stipulato, in forma condizionata, il 24 maggio 2010, e dunque antecedentemente alla data di presentazione dell'offerta, risalente al 26 maggio 2010 (costituente anche la data di scadenza ai sensi dell'avviso pubblico).

Deve dunque ritenersi che la P.P. abbia legittimamente partecipato alla procedura di valutazione comparativa concorrenziale, essendo in possesso dei requisiti prescritti dalla *lex specialis* della gara, mediante l'apporto dell'associata E.G. per quanto concerne lo svolgimento dell'attività inerente la gestione del Centro Benessere, e dunque con riferimento ai requisiti previsti dalla l. reg. n. 10 del 1990.

Giova precisare al riguardo che, ai sensi dell'art. 1360 del c.c., opera la regola generale della retroattività della condizione, con la conseguenza che l'associazione in partecipazione era efficace al momento della partecipazione alla gara, sebbene la dichiarazione di avveramento risalga, come detto, al 1 giugno 2010.

2. - Con il secondo motivo viene poi dedotta la violazione dell'art. 37, comma 9, del codice dei contratti pubblici, nonché del principio di *par condicio* tra i concorrenti.

Anche tale censura, articolata in due differenti profili, non appare meritevole di positiva valutazione.

Sotto il primo aspetto, è agevole osservare come la previsione dell'art. 37 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, che, nel disciplinare i raggruppamenti temporanei ed i consorzi, al comma nove vieta l'associazione in partecipazione nei contratti pubblici, è inapplicabile alla fattispecie in esame, concernente inequivocabilmente una concessione di servizio pubblico (quale è quello della gestione della piscina comunale e delle attività connesse).

La giurisprudenza è costante nel ritenere che l'affidamento in concessione del servizio di gestione della piscina comunale costituisce servizio pubblico locale (Cons. St., sez. V, 6 dicembre 2007, n. 6276), nel senso di servizio riservato in via esclusiva all'Amministrazione per la produzione di beni e servizi con rilievo anche sotto il profilo della promozione sociale, e della salute pubblica, trattandosi di attività oggettivamente funzionale a consentire a qualunque interessato lo svolgimento di attività sportiva (TAR Lombardia, Milano, sez. III, 12 novembre 2009, n. 5021).

È noto come, ai sensi dell'art. 30 dello stesso *corpus* normativo, in conformità della disciplina comunitaria, «salvo quanto disposto nel presente articolo, le disposizioni del codice non si applicano alle concessioni di servizi».

Né si può invocare un'applicazione analogica dell'art. 37, comma 9, del codice dei contratti pubblici, in quanto, così opinando, l'intera disciplina verrebbe ad essere estesa alle concessioni di servizi (Cons. St., sez. V, 13 luglio 2010, n. 4510).

Del resto, l'avviso pubblico si limita a recepire l'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, concernente i requisiti di ordine generale, che nulla ha a che vedere, dal punto di vista funzionale (e salve, ovviamente, le esigenze di raccordo per quanto concerne la disciplina delle cause di esclusione), con le modalità di "partecipazione associata" cui fa riferimento l'art. 37.

2.1. - Il secondo profilo di doglianza attiene all'inesistenza della prova certa della stipula del contratto, sia pure sospensivamente condizionato, di associazione in partecipazione anteriormente alla presentazione della domanda di partecipazione alla gara, con conseguente violazione del principio di parità di trattamento tra i concorrenti, applicabile anche alla scelta del concessionario, secondo la chiara formulazione dell'art. 30, comma 3, del d.lgs. n. 163 del 2006.

Pur trattandosi del profilo più problematico, ritiene il Collegio che anche tale doglianza debba essere disattesa per l'assorbente ragione che l'associazione in partecipazione è un contratto consensuale, a prestazioni corrispettive, non formale, che cioè non richiede la forma scritta (così Cass., sez. lav., 20 settembre 2010, n. 19833), salvo che nell'ipotesi (non ricorrente nella vicenda in esame, in cui la concessione ha durata quinquennale) dell'art. 1350 n. 9 del c.c. (ove, cioè, sia conferito il godimento di beni immobili o di altri diritti reali immobiliari per un tempo eccedente i nove anni o per un tempo indeterminato).

Ne consegue che, una volta escluso che operi per le concessioni di servizi il divieto dell'associazione in partecipazione, non può poi prescindere dall'applicare la relativa disciplina civilistica, tanto più in assenza di una diversa e specifica prescrizione della *lex specialis*, la quale, anzi, all'art. 15 del capitolato speciale d'oneri, ammette, per la "documentazione amministrativa" da presentare, il ricorso alle dichiarazioni sostitutive, mediante espresso richiamo del d.p.r. 28 dicembre 2000, n. 445.

(1) L'istituto dell'associazione in partecipazione nelle procedure di affidamento delle concessioni di servizi pubblici tra *favor participationis* e tutela della *par condicio*.

La sentenza epigrafata affronta le interessanti questioni afferenti al delicato rapporto fra i principi di derivazione comunitaria che sovrintendono al corretto svolgimento delle procedure di evidenza pubblica, ovvero sia il principio del *favor participationis* (il quale postula che debba essere garantita la più ampia partecipazione possibile alle gare bandite dalle pubbliche amministrazioni) ed il correlativo principio della *par condicio* fra i concorrenti (in virtù del quale devono essere evitati tutti quei comportamenti che possano in qualche modo determinare discriminazioni fra i partecipanti).

La vicenda da cui trae origine la pronuncia del collegio umbro riguarda la concessione del servizio di gestione di una piscina comunale e delle attività ad essa connesse, tra le quali, in particolare, la gestione di un centro benessere.

La procedura selettiva in oggetto, conseguentemente, contemplava il possesso da parte dei partecipanti, a pena di esclusione, anche degli specifici requisiti prescritti dalla l. reg. Umbria n. 10 del 1990 in merito all'esercizio artigianale dell'attività inerente alla gestione del centro benessere collegato alla piscina comunale.

In sede di verifica del possesso dei requisiti dichiarati nella domanda di partecipazione, tuttavia, la società aggiudicataria, che aveva dichiarato nella propria domanda di essere in possesso di tutti i requisiti previsti dalla l. reg. n. 10 del 1990 per l'esercizio dell'attività del centro benessere, produceva, a comprova di quanto dichiarato, una "*dichiarazione di avveramento della condizione sospensiva di un contratto di associazione in partecipazione*" stipulato con un soggetto persona fisica titolare dei predetti requisiti.

Tale contratto, privo di data certa, risultava apparentemente stipulato in data antecedente al termine previsto dal bando per la presentazione delle offerte, nonché sospensivamente condizionato all'aggiudicazione della gara da parte del soggetto associante.

Di tal guisa, al fine della dimostrazione del possesso dei requisiti prescritti dal bando, l'aggiudicataria allegava l'esistenza di un contratto di associazione in partecipazione, peraltro condizionato all'effettiva aggiudicazione del servizio, stipulato con un soggetto possessore dei requisiti inerenti alla gestione del centro benessere, la cui concreta esistenza, tuttavia, non era stata oggetto di dichiarazione in sede di domanda di partecipazione.

In disparte la questione inerente alla riconducibilità del servizio *de quo* nel novero delle concessioni di pubblici servizi, attesa la pacifica e consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato, il quale ha costantemente riconosciuto la natura di pubblico servizio di tale attività (Cons. St., sez. V, 15 novembre 2010, n. 8040), il primo aspetto saliente della vicenda è rappresentato dall'ammissibilità, nell'ambito delle procedure per l'aggiudicazione delle concessioni di pubblici servizi, dell'istituto civilistico del-

l'associazione in partecipazione, ai fini del possesso dei requisiti prescritti dal bando di gara.

Nell'esaminare la questione, peraltro ricca di spunti di originalità, attesa l'assenza sul punto di precedenti giurisprudenziali, i giudici del TAR hanno dapprima affrontato il problema dell'applicabilità in via analogica del divieto di associazione in partecipazione, previsto dall'art. 37, comma 9, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, per gli appalti pubblici in genere alle gare per l'affidamento delle concessioni di servizio pubblico.

Sul punto appare condivisibile la conclusione cui è addivenuto il Collegio, a giudizio del quale il divieto di cui all'art. 37 non sarebbe estensibile, neppure in via analogica, alle procedure di concessione di servizi pubblici, a ciò ostando la previsione contenuta nell'art. 30 del medesimo d.lgs. n. 163/2006, laddove, in conformità della disciplina comunitaria, è stabilito che le disposizioni del codice non si applicano alle concessioni di servizi.

Diversamente opinando, difatti, si giungerebbe all'inaccettabile paradosso di considerare potenzialmente estensibile alle concessioni qualsiasi disposizione prevista con esclusivo e specifico riferimento alla materia degli appalti, con ciò di fatto vanificando l'efficacia della norma considerata (Cons. St., sez. V, 13 luglio 2010, n. 4510).

In assenza di un'analogia previsione valevole anche con specifico riferimento alle concessioni, dunque, non sembrano sussistere validi impedimenti, almeno dal punto di vista teorico, al ricorso all'istituto dell'associazione in partecipazione anche ai fini del conseguimento dei requisiti prescritti per la partecipazione alle procedure di aggiudicazione delle concessioni.

Ciò detto, resta da verificare se il concorrente, al fine di disporre dei requisiti richiesti per l'ammissione della domanda di partecipazione alla procedura selettiva in oggetto, fosse comunque tenuto a costituire con il terzo possessore dei requisiti richiesti per l'esercizio delle attività relative al centro benessere un raggruppamento temporaneo di imprese ai sensi del medesimo art. 37 del codice, o quantomeno a stipulare un contratto di avalimento come sostenuto dalla difesa del ricorrente.

In realtà, tale necessità sussisterebbe solo ove si ritenesse che di fronte all'amministrazione concedente l'imprenditore associante ed il soggetto ad esso associato in forza del contratto di associazione in partecipazione venissero a presentarsi come soggetti tra loro distinti, ciascuno portatore in via autonoma di una parte dei requisiti prescritti dal bando.

Una simile ricostruzione, tuttavia, appare incompatibile con la peculiare natura dell'istituto, il quale, come correttamente rilevato dai giudici umbri, non dà luogo ad alcuna duplicazione soggettiva, né alla nascita di un'entità assimilabile allo schema societario.

L'associazione in partecipazione, difatti, è un contratto tipico, con cui un imprenditore "associante" attribuisce ad un soggetto "associato" una partecipazione agli utili della sua impresa o di uno o più affari verso il corrispettivo di un determinato apporto (v. art. 2549 c.c.).

È pacificamente riconosciuto, peraltro, che l'apporto dell'associato può

essere della più varia natura, patrimoniale o anche personale, e può anche consistere in una attività lavorativa a favore dell'imprenditore associante (Cass. n. 15175/2000).

Si tratta quindi di un contratto di scambio, sinallagmatico, essenzialmente caratterizzato dall'aleatorietà della quota di utili attribuita all'associato in cambio del suo apporto, che a seconda dei risultati della gestione, potrebbe anche risultare nulla.

Al punto che, salvo patto contrario, l'associato partecipa anche alle perdite dell'impresa, nella stessa misura in cui partecipa agli utili, ma le perdite che colpiscono l'associato non possono superare il valore del suo apporto (v. art. 2553 c.c.).

La gestione dell'impresa o dell'affare, pertanto, anche nell'ipotesi di partecipazione ad una procedura di affidamento di una concessione di pubblici servizi, rimane in capo all'imprenditore associante, il quale resta l'unico soggetto verso il quale i terzi possono acquistare diritti ed assumere obbligazioni, salve le eventuali forme di controllo da parte dell'associato espressamente previste dal contratto (v. artt. 2551 e 2552 c.c.).

Dunque, a differenza di quanto avviene nei contratti associativi e societari, caratterizzati dalla comunione di scopo, a seguito dell'associazione in partecipazione non si determina la formazione di un nuovo soggetto giuridico o di un patrimonio autonomo diverso da quello dell'imprenditore associante (Cass. n. 6757/2001).

Dall'analisi della disciplina sostanziale dell'istituto considerato, di conseguenza, emerge come l'associante, per effetto del contratto associativo, venga a beneficiare in via stabile e continuativa dell'apporto dell'associato, il quale mette a disposizione di quest'ultimo i propri beni e/o la propria opera professionale.

Ne consegue che, come correttamente osservato dai giudici umbri, l'aggiudicataria, a seguito della stipulazione del predetto contratto, poteva effettivamente disporre nell'esercizio della propria attività imprenditoriale e, dunque, anche nell'ambito delle attività relative alla concessione oggetto di affidamento, dell'apporto di un soggetto munito dei requisiti prescritti dal bando in relazione alla gestione del centro benessere.

Tale conclusione, a ben vedere, dimostra inequivocabilmente la propensione del giudice amministrativo nei confronti della massima possibile implementazione del principio del *favor participationis*, ossia di quell'orientamento, particolarmente caro alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, che tende a privilegiare nell'interpretazione della normativa in materia di procedure di evidenza pubblica soluzioni ermeneutiche volte a garantire la massima partecipazione possibile degli operatori giuridici privati.

Una volta pacificamente ammessa la possibilità per l'aggiudicatario di partecipare alla procedura in oggetto facendo valere anche i requisiti di capacità tecnica ed economica derivanti dall'apporto del soggetto associato, si pone il problema di stabilire se, tuttavia, la mancata allegazione in sede di domanda di partecipazione dell'esistenza di un contratto di associazione

in partecipazione, per di più sottoposto a condizione sospensiva, e della relativa prova scritta del medesimo, rappresenti una violazione del principio di *par condicio* come allegato dalla difesa del ricorrente.

Nel caso in esame, difatti, l'amministrazione concedente è venuta a conoscenza dell'esistenza del contratto di associazione in partecipazione solo a seguito dell'aggiudicazione provvisoria, allorché, in sede di dimostrazione dei requisiti, l'aggiudicatario ha depositato una "*dichiarazione di avveramento della condizione sospensiva del contratto di associazione in partecipazione*", avendo omesso il medesimo di effettuare ogni dichiarazione in tal senso in sede di presentazione della domanda.

Per di più, come visto, gli effetti del contratto considerato risultavano sospesi, in forza della condizione predetta, fino al momento della (eventuale) aggiudicazione della concessione da parte dell'associante.

Sul punto chi scrive ritiene di dover dissentire da quanto affermato nella pronuncia in commento.

A giudizio del Collegio, difatti, né l'una né l'altra circostanza costituirebbe un elemento ostativo per la legittimità del provvedimento di aggiudicazione.

Ciò atteso che, ai sensi dell'art. 1360 del c.c., opererebbe la regola generale della retroattività della condizione, con la conseguenza che l'associazione in partecipazione doveva considerarsi efficace già al momento della partecipazione alla gara, sebbene la dichiarazione di avveramento risalga ad un tempo successivo.

Inoltre l'associazione in partecipazione, in quanto contratto consensuale, a prestazioni corrispettive, non richiederebbe la forma scritta né ai fini della validità, né ai fini della prova (Cass. n. 4235/88).

Orbene, tali constatazioni non sembrano del tutto convincenti.

In primo luogo, va rammentato che, secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato i requisiti prescritti dalla normativa e dalla *lex specialis* per la partecipazione alle gare «*devono essere posseduti in ogni momento*» della procedura (Cons. St., sez. V, 8 marzo 2011, n. 1446).

Parimenti, la Determinazione n. 1 del 12 Gennaio 2010 dell'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici ha affermato che «*I requisiti elencati devono essere posseduti dall'operatore economico partecipante alla gara al momento della scadenza del termine di presentazione delle offerte o della domanda di partecipazione nel caso di procedure ristrette e devono perdurare per tutto lo svolgimento della procedura di affidamento fino alla stipula del contratto*».

A ben vedere, invece, nel caso esaminato al momento della presentazione dell'offerta la controinteressata non poteva di certo considerarsi in possesso dei requisiti richiesti, dal momento che il contratto associativo sarebbe divenuto efficace, in virtù della condizione sospensiva, solo in caso di eventuale aggiudicazione.

Sotto tale profilo la pur pacifica efficacia retroattiva della condizione non pare di certo risolutiva.

Diversamente opinando si arriverebbe al paradosso per cui, qualora la controinteressata si fosse classificata seconda, circostanza che avrebbe impedito l'avveramento della condizione, quest'ultima sarebbe risultata definitivamente priva dei requisiti per la partecipazione alla gara, con conseguente illegittimità del provvedimento di ammissione della medesima.

In sostanza, solo in caso di positiva aggiudicazione della concessione l'ammissione della società considerata avrebbe potuto considerarsi legittima, mentre in tutti gli altri casi la sua collocazione in graduatoria sarebbe risultata illegittima per carenza dei requisiti.

È evidente che una simile prospettazione sia da considerarsi inaccettabile, in quanto lesiva di principi di certezza del diritto e di parità di trattamento fra i partecipanti alla procedura selettiva.

Ancor più discutibile è la questione relativa alla mancata dichiarazione da parte del concorrente, in sede di domanda di partecipazione, dell'esistenza del predetto contratto associativo ai fini del possesso dei requisiti prescritti per l'ammissione alla gara.

Diverso sarebbe stato il caso di un contratto sottoposto a condizione risolutiva, collegata alla mancata aggiudicazione. In tale ipotesi, difatti, il possesso dei requisiti si sarebbe verificato già in sede di presentazione della domanda.

Sul tema considerato, inoltre, non può prescindersi dal ricordare che i singoli partecipanti nella domanda di ammissione sono tenuti a dichiarare il possesso dei requisiti previsti dal bando.

È evidente che, nel caso di specie, tale dichiarazione da parte dell'associante sia stata quantomeno parziale ed omissiva, dal momento che quest'ultimo ha affermato di essere in possesso di requisiti in realtà appartenenti ad altro soggetto, e dei quali avrebbe potuto disporre solo in caso di avveramento della condizione sospensiva prevista nel contratto, ossia in caso di aggiudicazione.

Ne discende una palese violazione del principio di buona fede, dal momento che il concorrente ha omesso di comunicare all'amministrazione una circostanza determinante ai fini della partecipazione alla procedura selettiva.

Tale comportamento, pertanto, ha determinato una chiara lesione del principio della *par condicio*, risolvendosi, di fatto, in un atteggiamento discriminatorio nei confronti di quei concorrenti che avevano invece puntualmente adempiuto i propri obblighi dichiarativi nei confronti dell'amministrazione concedente.

Dall'analisi sin qui condotta, pertanto, emerge come, nella contrapposta valutazione dei confliggenti interessi rappresentati dalla necessità di favorire la più ampia partecipazione possibile alle procedure di gara e dalla contrapposta esigenza di assicurare parità di trattamento fra i concorrenti, si sia finito per sacrificare ingiustamente quest'ultimo aspetto a vantaggio del primo.

A tale proposito giova richiamare una recente giurisprudenza del Con-

siglio di Stato, laddove si è affermato i requisiti di ammissibilità alla gara posti dalla *lex specialis* si intendono posti a garanzia della *par condicio* fra i concorrenti, «che rappresenta un principio di carattere generale e non recessivo», con la conseguenza che in presenza di lacune nella presentazione dell'offerta non potrà trovare applicazione il principio del *favor participationis*.

Ebbene, in relazione al caso in commento non v'è dubbio che, avendo il concorrente omesso di dichiarare in sede di domanda di partecipazione l'esistenza di circostanze di fatto idonee ad incidere sul possesso dei requisiti prescritti dalla *lex specialis*, la tutela del principio della *par condicio* che sovrintende allo svolgimento delle procedure di evidenza pubblica avrebbe imposto all'amministrazione di provvedere alla revoca dell'aggiudicazione provvisoria già disposta in favore del medesimo.

Ciò, anche al fine di scongiurare il diffondersi di comportamenti distortivi della concorrenza, che rischierebbero di essere incoraggiati da atteggiamenti eccessivamente "permissivi" da parte delle amministrazioni.

Nulla impedisce, difatti, che venga in tal modo ad essere incoraggiata la partecipazione alle gare anche da parte di soggetti sprovvisti dei requisiti previsti dalla *lex specialis*, i quali provvedano solo *ex post* (ossia solo a seguito dell'eventuale aggiudicazione in loro favore) a procurarsi, attraverso il ricorso al predetto strumento dell'associazione in partecipazione, i requisiti dei quali risultino privi.

ALESSANDRO FORMICA

RESTRIZIONI ALLA LIBERTÀ PERSONALE E DIRITTO A PROCREARE

SOMMARIO: 1. *Il diritto a procreare nel sistema attuale.* 2. *Stato di detenzione e modelli procreativi.* 3. *La procreazione medicalmente assistita: presupposti e utilizzabilità nell'evoluzione del diritto penitenziario.* 4. *Accesso del detenuto alle pratiche della procreazione medicalmente assistita.* 5. *Stato detentivo e diritto alla genitorialità.*

1. *Il diritto a procreare nel sistema attuale*

Il desiderio di avere un figlio si raccorda ai bisogni connaturati alla sfera più intima della persona umana, la quale, solitamente, ad un certo momento della vita, avverte tale insopprimibile necessità come momento di completa realizzazione. Sebbene questo aspetto della personalità individuale non trovi espresso riconoscimento in alcuna carta internazionale né all'interno della nostra Costituzione, è oramai pacifico in dottrina e in giurisprudenza la configurazione in capo all'individuo di un diritto a procreare.

La dottrina è solita annoverare il diritto a procreare, quale espressione di libertà personale e di autodeterminazione, tra i diritti fondamentali dell'individuo, individuandone i fondamenti nell'interpretazione del combinato disposto degli artt. 2, 29, 30, 31 Cost.

Infatti, sebbene tali disposizioni tutelino espressamente il diritto a costituire una famiglia e il rapporto di filiazione, appare evidente la stretta connessione di tali aspetti con l'evento riproduttivo ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Cfr. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Bari, 1992, 215 ss., il quale ritiene che il diritto di procreare ha rango di diritto costituzionalmente protetto che può "trovare forme di limitazione in altri diritti o valori costituzionalmente rilevanti"; SESTA, *Diritto di Famiglia*, Padova, 2005, 570, il quale sostiene che il nostro ordinamento

Quest'interpretazione delle norme costituzionali è stata oramai pacificamente accolta anche dalla giurisprudenza, la quale, precedentemente, aveva manifestato un orientamento contrario ⁽²⁾. Tra l'altro, proprio in virtù di questo principio, la Corte costituzionale ha potuto dichiarare illegittime alcune disposizioni inerenti allo *status* del militare che condizionavano o limitavano il diritto di costui a procreare ⁽³⁾.

Ciò che è ricavabile dall'interpretazione dei principi affermati dagli art. 2, 29, 30, 31 Cost. trova riconoscimento, seppur implicito, anche nella legislazione ordinaria, quando la legge sull'interruzione volontaria della gravidanza ⁽⁴⁾ all'art. 1 proclama che "lo Stato garantisce il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, riconosce il valore sociale della maternità e tutela la vita umana dal suo inizio".

Alla luce di queste brevi premesse, appare evidente come non debba più essere formulata alcuna riserva in ordine alla possibilità di affermare l'esistenza di un diritto a procreare, quale manifestazione e svolgimento della personalità, che si esprime nel potere riconosciuto al soggetto

contempla un diritto alla procreazione, correlato all'esercizio del diritto alla propria libertà sessuale e che tale diritto sia contemplato non solo dall'art. 2 Cost. ma sia anche desumibile dall'art. 1, l. n. 194/1978; PALAZZO, *La filiazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2007, 49, parla di un "diritto di procreare secondo natura" come diritto fondamentale della persona che deve essere temperato con altri diritti, tra i quali il rispetto della dignità dell'individuo nelle primissime fasi del suo sviluppo e la responsabilità da procreazione; MANTOVANI, *La fecondazione assistita tra il "diritto alla prole" e il "diritto ai due genitori"*, in *Ind. pen.*, 1990, 418, ritiene che sia "certo che il diritto alla procreazione è espressamente riconosciuto dall'art. 1 della l. n. 194/1978 sull'interruzione di gravidanza, che afferma che 'lo Stato garantisce il diritto alla procreazione, cosciente e responsabile, riconosce il valore sociale della maternità...'. Inoltre si tende a riconoscere ad esso anche un fondamento costituzionale, facendosi leva sugli art. 29 e 30 Cost."

⁽²⁾ Cfr. Trib. Monza, 27 ottobre 1989, in *Giust. civ.*, 1990, I, 482, il quale, chiamato a pronunciarsi sulla validità ed esecutività di un contratto c.d. di maternità surrogata, nella sentenza afferma che "la Corte non riconosce un vero e proprio diritto alla procreazione come aspetto particolare del più generale diritto della personalità [...] non potendosi desumere da alcuna disposizione che il desiderio o foss'anche l'interesse alla prole in sé, si intende tutt'altro che illegittimo, sia stato elevato alla dignità di diritto soggettivo".

⁽³⁾ Il Giudice delle leggi nella sentenza, 12 luglio 2000, n. 332, in *Nuovo dir.*, 2003, 4, 51 ss. ha ritenuto illegittimo il requisito previsto dal bando di reclutamento nel Corpo della Guardia di finanza - assenza di prole -, rilevando come esso configurasse una "ingiustificabile limitazione del diritto di procreare, o di diventare genitore, contrastante con i fondamentali diritti della persona, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, tutelando l'art. 2 della Costituzione l'integrità della sfera personale della stessa e la sua libertà di autodeterminarsi nella vita privata".

⁽⁴⁾ Legge 22 maggio 1978, n. 194, in *G.U.*, 22 maggio 1978, n. 140.

di effettuare scelte in piena autonomia riguardo l'*an*, il *quantum* e il *quando* procreare⁽⁵⁾.

Ricondurre il diritto a procreare all'art. 2 Cost., il quale stabilisce il primato dei diritti della persona rispetto ad ogni istituzione politica e ad ogni potere costituito, porta con sé inevitabilmente il configurare il rispetto di tale situazione giuridica soggettiva quale limite all'esercizio dei poteri dello Stato.

Limite ai poteri dello Stato e pertanto non solamente limite al potere legislativo ma anche limite alla potestà punitiva e cautelare dell'ordinamento, poiché la tutela costituzionale dei diritti fondamentali dell'uomo opera anche nei confronti della persona in *vinculis*⁽⁶⁾, sebbene con le limitazioni che sono coesenziali allo stato detentivo⁽⁷⁾.

Pertanto, l'assoggettamento all'organizzazione Penitenziaria non può comportare il disconoscimento delle situazioni soggettive riconosciute ad ogni individuo che devono sempre essere garantite ad un livello tale che non risulti offesa la dignità individuale, poiché "l'idea che la restrizione della libertà personale possa comportare conseguenzialmente il disconoscimento delle posizioni soggettive attraverso un generalizzato assoggettamento all'organizzazione penitenziaria è estranea al vigente ordinamento costituzionale, il quale si basa sul primato della persona umana e dei suoi diritti"⁽⁸⁾.

⁽⁵⁾ BALDINI, *Diritto di procreare e fecondazione artificiale tra libertà e limiti*, in *Dir. fam. pers.*, 1997, 347.

⁽⁶⁾ Cfr. FIORIO, *Libertà personale e diritto alla salute*, Padova, 2002, 1 s., il quale afferma la necessità di distinguere la soggettività giuridica dell'individuo in espiazione della pena da quella della persona sottoposta a custodia cautelare alla luce del principio costituzionale secondo il quale "l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva (art. 27, c. 2). Tuttavia va oggi preso atto di un inesorabile processo osmotico tra il detenuto "provvisorio" ed il detenuto definitivo, processo che rinvia le sue principali cause nella carenza delle strutture, nonché il vertiginoso aumento del numero di individui in carcere per custodia cautelare.

⁽⁷⁾ Corte cost., 18 giugno 1993, n. 349, in *G.U.*, 4 agosto 1993, n. 179.

⁽⁸⁾ Corte cost., 11 febbraio 1999, n. 26, in *Cass. pen.*, 1999, 1781, la quale ha determinato un importantissimo momento di svolta nella delimitazione del modello di tutela dei diritti dei detenuti, rendendo in particolare di estrema attualità un nuovo orizzonte giurisdizionale, quello della individuazione di posizioni tutelabili in capo ad essi. Delibando l'art. 69 dell'ordinamento penitenziario in materia di "Funzioni e provvedimenti del magistrato di sorveglianza" e l'art. 35, relativo al "diritto di reclamo" di detenuti ed internati, il giudice delle leggi ha dichiarato l'incostituzionalità delle norme in rassegna, nella parte in cui non prevedono la tutela giurisdizionale nei confronti degli atti dell'amministrazione penitenziaria lesivi dei diritti di coloro che sono sottoposti a restrizione della libertà personale. Nella sentenza si evidenzia l'estraneità all'ordinamento dell'idea che lo *status detentionis* possa comprimere totalmente la capacità d'agire del reo. L'esercizio dei diritti fondamentali della persona ex art. 2 Cost. può essere solo limitato e non annullato dal momento che la restrizione del reo non può determinarne la *deminutio capitis*.

Il rispetto della persona umana nella fase esecutiva della pena è principio affermato non solo a livello costituzionale dall'art. 27, comma 3 Cost., in forza del quale "le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità", ma anche dal legislatore ordinario che, in attuazione di tale principio, all'art. 1 l. n. 354/1975⁽⁹⁾ (ord. pen.), ribadisce che "il trattamento penitenziario deve essere conforme ad umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona".

Tali principi hanno ispirato la Corte costituzionale quando, nel precisare gli ambiti entro i quali l'Amministrazione Penitenziaria può svolgere la sua funzione, ha specificato che essa non può adottare provvedimenti che eccedano "il sacrificio della libertà personale già potenzialmente imposto al detenuto con la sentenza di condanna" dovendo rimanere "soggetti ai limiti ed alle garanzie previste dalla Costituzione in ordine al divieto di ogni violenza fisica e morale (art. 13, comma 4, Cost.) o di trattamenti contrari al senso di umanità (art. 27, comma 3, Cost.) ed al diritto di difesa (art. 24, Cost.)"⁽¹⁰⁾.

Da ciò deriva la necessità di garantire anche al soggetto *in vinculis* il diritto a procreare, quale diritto fondamentale dell'individuo.

Siffatta esigenza ha trovato espresso riconoscimento in alcuni atti comunitari.

La Risoluzione, approvata dal Parlamento europeo il 17 dicembre 1998, riconosce la necessità di prevedere visite intime con familiari in appositi locali e di istituire "sezioni miste" per coniugi detenuti, promuovendo la loro piena convivenza, a meno che motivi di trattamento o di sicurezza non lo sconsiglino⁽¹¹⁾. Anche la Raccomandazione R (2006)2 adottata dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa l'11 gennaio 2006⁽¹²⁾ sollecita gli Stati membri a conformare la propria normativa alle Regole Penitenziarie Europee. Tra queste, di particolare rilevanza l'art. 5 per il quale "la vita in carcere deve essere il più vicino possibile agli aspetti positivi della vita nella società libera"; l'art. 18 che ritiene necessario consentire, in deroga al principio generale di separazione, la coabitazione in carcere anche di notte fra persone di sesso diverso, ed infine l'art. 24 il quale afferma che la persona detenuta può comunicare frequentemente con i familiari e che ogni limitazione a riguardo, per motivi di ordine e sicurezza, non deve intaccare quella soglia minima

⁽⁹⁾ Legge 26 luglio 1975, n. 354, in *G.U.*, 9 agosto 1975, n. 212.

⁽¹⁰⁾ Corte cost., 18 giugno 1993, n. 349, *cit.*

⁽¹¹⁾ Risoluzione del Parlamento europeo, 17 dicembre 1998, in <http://www.europarl.europa.eu>.

⁽¹²⁾ [Http://www.coe.int/t/f/affaires_juridiques/coop%20E9ration_juridique/em-prisonnement_et_alternatives/Regole%20Penitenziarie%20Europee%20ITALIANO.pdf](http://www.coe.int/t/f/affaires_juridiques/coop%20E9ration_juridique/em-prisonnement_et_alternatives/Regole%20Penitenziarie%20Europee%20ITALIANO.pdf)

accettabile di contatti, che consenta di mantenere e curare i rapporti familiari nel modo più normale possibile.

Nonostante l'affermazione di tali principi in ambito europeo, nel nostro ordinamento, sebbene l'importanza per il detenuto di mantenere rapporti affettivi con i propri familiari sia riconosciuta anche dalla l. n. 354/1975 (ord. pen.), non è prevista alcuna norma che esplicitamente permetta al detenuto di soddisfare i propri bisogni attinenti alla sfera sessuale.

Infatti, al di là delle ipotesi in cui il soggetto può soddisfare tale bisogno fuori dal carcere, quando ad esso vengano concessi benefici penitenziari o permessi, l'unica norma che disciplina le relazioni affettive del detenuto all'interno dell'istituto di detenzione è l'art. 18 ord. pen., norma che prevede che "i colloqui si svolgono in appositi locali sotto il controllo a vista e non auditivo del personale di custodia", e che non sembra essere suscettibile di un'interpretazione tale da potervi farvi rientrare incontri intimi.

Ancor più limitato nei rapporti con i propri familiari è il detenuto *ex art. 41 bis*, per il quale è prevista una disciplina più rigida anche in materia di colloqui per garantire particolari esigenze di sicurezza ⁽¹³⁾.

Appare così evidente come, nonostante l'affermazione di principio secondo la quale il diritto a procreare dovrebbe essere garantito anche al soggetto *in vinculis* e non dovrebbe essere vanificato dalla circostanza che una persona si trovi a scontare una pena detentiva in carcere, difficilmente può essere riscontrato un riconoscimento pieno di tale diritto.

2. Stato di detenzione e modelli procreativi

Sebbene l'attuale normativa non sia tale da garantire al detenuto un pieno diritto a procreare, nella sua accezione di "diritto a procreare naturalmente", la giurisprudenza sta manifestando una maggior apertura nel riconoscere a tale soggetto il cd. "diritto a procreare artificialmente".

⁽¹³⁾ Art. 41-bis, comma 2, l. n. 354/1975 prevede che "quando ricorrano gravi motivi di ordine e di sicurezza pubblica, anche a richiesta del Ministro dell'interno, il Ministro di grazia e giustizia ha facoltà di sospendere, in tutto o in parte, nei confronti dei detenuti o internati per taluno dei delitti di cui al primo periodo comma 1 dell'art. 4 bis, in relazione ai quali vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con un'associazione criminale, terroristica o eversiva, l'applicazione delle regole di trattamento e degli istituti previsti dalla presente legge che possano porsi in concreto contrasto con le esigenze di ordine e di sicurezza. La sospensione comporta le restrizioni necessarie per il soddisfacimento delle predette esigenze e per impedire i collegamenti con l'associazione di cui al periodo precedente".

Il concetto di “diritto a procreare artificialmente” è strettamente collegato allo sviluppo delle tecnologie mediche che, a partire dagli anni ottanta del secolo precedente, hanno reso più complessa e delicata la problematica attinente al diritto a procreare, ampliando notevolmente gli orizzonti del fenomeno procreativo.

Infatti, se fino a quel momento il fenomeno procreativo presentava una prospettiva meramente negativa, intesa come la possibilità di controllare la procreazione attraverso le metodologie contraccettive e abortive e definita come “sessualità senza riproduzione”, l’entrata in scena della fecondazione artificiale ha portato con sé la dimensione positiva della riproduzione, il fenomeno della “procreazione senza sessualità”⁽¹⁴⁾. La possibilità di procreare, prescindendo dal rapporto sessuale, attraverso le nuove tecniche messe a disposizione dalla scienza ed il conseguente superamento del paradigma della “naturalità”, ha posto l’esigenza di stabilire se, parimenti a quanto avviene nell’ambito della riproduzione naturale, possa essere riconosciuto all’individuo il “diritto a procreare artificialmente”.

Infatti, riconoscere in maniera assoluta tale diritto, permettendo l’accesso alle tecniche di fecondazione assistita a chiunque sia mosso dal desiderio di avere un figlio, e legittimare tutto ciò che è scientificamente possibile - come la clonazione umana o la possibilità di modificare il genotipo dei figli in base alle richieste dei genitori - porterebbe a conseguenze assai gravi. Proprio per evitare situazioni che, rivoluzionando la procreazione naturale, comporterebbero notevoli complicazioni affettive, etiche e giuridiche ed andrebbero ad aggravare ulteriormente la salute mentale della nostra società⁽¹⁵⁾, si è fin da sempre sentita la necessità di disciplinare tale fenomeno.

⁽¹⁴⁾ Cfr. GUASTAPANE, *La procreazione con metodi artificiali nella prospettiva costituzionale*, in *Dir. soc.*, 1996, 204 s. afferma che “la sessualità e la funzione riproduttiva sono, comunque, l’oggetto di due diverse situazioni soggettive: ossia da una parte la libertà di avere relazioni affettive erotiche, tutelata quale aspetto intrinseco della personalità umana dall’art. 2 Cost.; e dall’altra parte la libertà di avere figli prevista dagli artt. 2, 29, 30, 91 Cost., cosicché alla donna può essere consentito soddisfare la sua esigenza di maternità, a prescindere dal piacere sessuale, purché siano rispettati i limiti propri del rapporto di filiazione, tra i quali primeggia il dovere di mantenere, istruire ed educare i figli in condizioni idonee”.

⁽¹⁵⁾ Così GALUPPI, *La procreazione artificiale: motivazioni psicologiche e problemi sociali*, in *Dir. fam. pers.*, 2001, 311, il quale afferma: “se tutte le possibilità della procreazione artificiale fossero rese praticabili ed estese a chiunque ne faccia richiesta, dovremmo adattarci a vedere moltiplicarsi gli individui con due madri, di cui una magari anziana come una nonna, oppure particolarmente dotata, ma semplice donatrice di ovuli a quella legittima, affinché questa possa compiacersi della prole più che se fosse propria del tutto. Analogamente potrebbe essere per molti individui

Pertanto, se è oramai indiscutibile la rilevanza costituzionale acquisita dal “diritto a procreare naturalmente”, non è possibile riconoscere un’ analoga importanza al “diritto a procreare artificialmente”. In questo caso spetta al legislatore ordinario riconoscere l’ampiezza di tale situazione giuridica soggettiva, ed esso si è trovato a dover operare un bilanciamento tra il diritto a procreare dell’individuo e quei diritti che da questo potrebbero essere lesi, uno tra tutti il diritto alla bigenitorialità del minore⁽¹⁶⁾. Operato tale bilanciamento il legislatore ha ritenuto opportuno attribuire alla volontà di divenire genitore per mezzo delle tecniche di fecondazione artificiale il rango di diritto soggettivo subordinandolo alla presenza dei rigidi requisiti previsti agli artt. 4 e 5 l. n. 40/2004.

Da tali disposizioni normative è possibile ricavare un riconoscimento del “diritto a procreare artificialmente” solo alle, coppie di maggiorenni eterosessuali, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile ed entrambi viventi, che siano affetti da sterilità o infertilità.

Sebbene i limiti individuati siano piuttosto rigidi, entro tali limiti il diritto a ricorrere alle tecniche di fecondazione assistita acquista una rilevanza tale per cui, come accennato precedentemente, la giurisprudenza tende a riconoscerlo anche in capo al soggetto *in vinculis* e sono stati diversi i casi in cui questo ha avuto un “figlio in provetta”.

3. La procreazione medicalmente assistita: presupposti e utilizzabilità nell’evoluzione del diritto penitenziario

Come affermato precedentemente, in questi ultimi anni, la giurisprudenza italiana ha dimostrato una certa apertura nel riconoscere al

il cui padre effettivo figurerebbe soltanto tra i donatori di una banca del seme. Bisognerebbe, inoltre, rassegnarsi alla moltiplicazione degli orfani di padre o di una madre già dalla nascita, oppure di individui con tre genitori: due dello stesso sesso di cui uno effettivo ed uno putativo, ed un terzo indeterminabile, del sesso opposto”.

⁽¹⁶⁾ Cfr. F. MANTOVANI, *La fecondazione assistita tra il “diritto alla prole” e il “diritto ai due genitori”*, cit., 417, il quale ritiene che “gli interessi primari che vengono in gioco e talora in conflitto sono il diritto alla procreazione e il diritto ad avere due genitori” e che “concentrare l’attenzione su altri interessi, pur non trascurabili ma di successiva considerazione (certezza del rapporto, anonimato del donatore, riservatezza degli operatori, ecc.) costituisce una fuorviante inversione di piani, che certo non giova ad una corretta impostazione e soluzione del problema.”; in giurisprudenza cfr. Trib. Bologna, 26 giugno 2000, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 367 ss., per il quale “il diritto alla procreazione trova comunque un limite nel diritto del nascituro ad avere e godere della doppia figura genitoriale, quale principio discendente non solo dagli artt. 30 e 31 Cost., ma altresì espresso nella disciplina relativa all’adozione e rinvenibile nei numerosi disegni di legge richiamati nel provvedimento qui opposto”.

detenuto l'accesso alle tecniche di fecondazione artificiale di fronte ad un'impossibilità di esso di procreare naturalmente. Nell'ipotesi in cui il soggetto che richiede l'ausilio delle tecniche di fecondazione artificiale si trovi in carcere, l'impedimento al rapporto è in primo luogo dovuto allo stato di detenzione, e quindi alla difficoltà che il soggetto incontra nel soddisfare i propri bisogni sessuali, e solo in secondo luogo all'ipotesi in cui esso, sia sterile.

Tuttavia la Corte di cassazione ha manifestato chiaramente la necessità di accogliere anche in questa ipotesi l'orientamento dottrinale e giurisprudenziale per cui le tecniche di fecondazione artificiale non devono essere considerate quale forma alternativa di procreazione alla quale i soggetti possono ricorrere liberamente ma come "un intervento eccezionale e residuale cui si può ricorrere soltanto in particolari situazioni e determinate condizioni" ⁽¹⁷⁾.

Sul punto la Consulta si è pronunciata in merito ad un ricorso proposto da un detenuto, il quale chiedeva di essere ammesso alla procedura di accesso alla procreazione medicalmente assistita, adducendo l'impossibilità di procreare dovuta al suo stato di detenzione e lamentando la violazione di un suo diritto personalissimo ⁽¹⁸⁾.

La Corte ha ritenuto il ricorso infondato affermando che, nel caso in esame, non era stato violato alcun diritto soggettivo, dal momento che il detenuto non aveva né prodotto documentazione medica da cui emergesse la sua sterilità o infertilità né allegato siffatta circostanza. Nella stessa pronuncia inoltre, in conformità alla lettera dell'art. 4 l. n. 40/2004, la Corte ha affermato il principio per cui "l'impedimento al rapporto non è equiparabile a sterilità o infertilità, esattamente come lo stato di lontananza del coniuge non integra il presupposto richiesto dalla legge per accedere alla procedura di inseminazione artificiale" ⁽¹⁹⁾.

Solo un anno più tardi la Corte di cassazione ha ammesso alle tecniche un detenuto in regime di 41 *bis* ord. pen., la cui moglie era affetta da una patologia che le impediva il concepimento naturale. La richiesta di ammissione alla fecondazione artificiale era stata rigettata dal Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, che aveva addotto come motivazione: l'impossibilità di garantire la tutela del minore, attesa la situazione di detenzione del genitore; l'impossibilità di autorizzare le prestazioni legate alla procreazione assistita *ex art.* 11 ord. pen. e le finalità preventive connesse alla custodia di soggetti inseriti nel circuito speciale di cui art. 41 *bis* ord. pen. ⁽²⁰⁾.

⁽¹⁷⁾ Trib. Bologna, 9 maggio 2000, in *Fam. dir.*, 2000, 487.

⁽¹⁸⁾ Cfr. Cass., 25 maggio 2007, n. 20673, in *Cass. pen.*, 2008, 3, 1179.

⁽¹⁹⁾ Cass., 25 maggio 2007, n. 20673, cit.

⁽²⁰⁾ Decisione del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria del 31 gen-

Avverso tale provvedimento il detenuto aveva proposto reclamo *ex art. 35 ord. pen.* ma il Tribunale di Sorveglianza dell'Aquila si era dichiarato incompetente in quanto la questione non risultava compresa tra le materie sulla quali dovesse pronunciarsi. Pertanto l'interessato era ricorso in Cassazione, ottenendo una sentenza che ha ritenuto fondate le doglianze del ricorrente ed ha riconosciuto la competenza del Magistrato di Sorveglianza a pronunciarsi in merito al diritto del detenuto di ricorrere alle tecniche di fecondazione assistita ⁽²¹⁾.

La Corte, richiamando la sentenza n. 26/1999 ⁽²²⁾, ha affermato che i detenuti devono poter trovare piena tutela giuridica in caso di presunte violazioni di un proprio diritto e pertanto ha considerato illegittimo il “*non liquet*” della magistratura di sorveglianza. Inoltre, preso atto della complessità della condizione del detenuto, ha ribadito la necessità di compiere un bilanciamento tra l'interesse personale e lo scopo della detenzione e tra le esigenze di sicurezza sociale e penitenziaria e l'interesse della singola persona, nel rispetto del principio di proporzionalità. Infatti “il sacrificio imposto al singolo non deve eccedere quello minimo necessario” e “devono assumersi come tutelabili tutte le situazioni giuridiche soggettive espressamente riconosciute dalle norme penitenziarie, nonché tutte quelle riconoscibili ad un soggetto libero, in relazione alle quali occorre sempre applicare il principio di proporzionalità” ⁽²³⁾.

La Corte di cassazione, affermati tali principi e considerando la presenza, nel caso in esame, dei requisiti previsti dall'art. 4 l. n. 40/2004, poiché la moglie era affetta da patologia medica giustificativa del trattamento, ha annullato l'ordinanza del Tribunale di Sorveglianza e l'ha rinviata allo stesso giudice, affinché la domanda del detenuto venisse riesaminata alla luce dei principi da essa affermati.

Importante rilevare come la Corte, in tale pronuncia, oltre ad aver affermato la necessità di operare il bilanciamento di interessi in nome del principio di proporzionalità e di non discriminazione, nel sottolineare che nei confronti della moglie del ricorrente era stata accertata la patologia giustificativa del trattamento richiesto, ha voluto evidenziare come sia sempre necessaria la presenza del requisito di infertilità e sterilità, così come letteralmente indicato dalla norma, per consentire

naio 2007, tratta dal testo della sentenza della Cass., 30 gennaio 2008, n. 7791, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2008, 5, 583.

⁽²¹⁾ Cass., 30 gennaio 2008, n. 7791, cit.

⁽²²⁾ Corte cost., 11 febbraio 1999, n. 26, cit., 1781, dichiara l'incostituzionalità degli artt. 35 e 69 ord. pen., “nella parte in cui non prevedono la tutela giurisdizionale nei confronti degli atti dell'amministrazione penitenziaria lesivi dei diritti di coloro che sono sottoposti a restrizione della libertà personale”.

⁽²³⁾ Cass., 30 gennaio 2008, n. 7791, cit.

l'accesso alle tecniche, in conformità a quanto aveva affermato precedentemente⁽²⁴⁾.

Altra rilevante sentenza in materia è quella con la quale la Cassazione ha accolto il ricorso di un detenuto contro l'ordinanza del Magistrato di Sorveglianza che aveva rigettato il reclamo avverso il provvedimento dell'Amministrazione Penitenziaria che negava al richiedente, affetto da epatopatia Hcv correlata, l'accesso alle tecniche di fecondazione artificiale⁽²⁵⁾.

Prima di affrontare l'analisi di tale sentenza ritengo opportuno spendere qualche riga in merito alla problematica attinente alla definizione di "sterilità ed infertilità".

Il legislatore, nel prevedere tali presupposti all'art. 4 l. n.40/2004, ha individuato dei limiti assai rigidi e per questa ragione si è fin da subito sentita l'esigenza di accogliere una nozione quanto più elastica possibile dei concetti di sterilità ed infertilità in modo da farvi rientrare anche situazioni diverse⁽²⁶⁾.

In merito a tale aspetto è stato di indubbia rilevanza l'intervento delle Linee Guida del 2008 le quali, in primo luogo hanno riconosciuto i due termini quali sinonimi ed hanno affermato che: "viene definita sterilità (infertilità) l'assenza di concepimento, oltre ai casi di patologia

⁽²⁴⁾ Cass., 25 maggio 2007, n. 20673, cit.

⁽²⁵⁾ Cass., 13 marzo 2009, n. 11259, in *Guida dir.*, 2009, 20, 91 s.

⁽²⁶⁾ Cfr. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita*, cit., 30 ss., il quale ritiene che la procreazione assistita non avrebbe dovuto porsi quale unico fine quello di ovviare alla sterilità ed infertilità, ma si sarebbe dovuta estendere ai casi in cui le coppie fertili, pur potendo procreare nelle forme naturali, non volessero farlo per evitare di trasmettere ai figli le proprie patologie; CASONATO, *Legge 40 e principio di non contraddizione: una valutazione d'impatto normativo*, in *La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*, a cura di CAMASSA - CASONATO, Trento, 2005, 18 ss., afferma che escludere dalla fecondazione artificiale coppie fertili ma portatrici di malattie geneticamente trasmissibili avrebbe potuto portare un aumento della trasmissione "naturale" di malattie genetiche e di conseguenza, ad un aumento delle occasioni di interruzione volontaria di gravidanza. Infatti l'aborto sarebbe l'unico strumento per prevenire la nascita di un soggetto portatore di malattie ereditarie gravi; NADDEO, *Accesso alle tecniche*, cit., 38 ss. Un'ulteriore problematica si pone in relazione alla possibilità di consentire la procreazione medicalmente assistita ad un soggetto che si trovi in uno stato di coma vegetativo permanente e che, mediante direttive anticipate o contestualmente tramite il proprio legale rappresentante, abbia manifestato la volontà di divenire genitore ricorrendo alla fecondazione artificiale. Gli interrogativi che sorgono in tale fattispecie riguardano in primo luogo la possibilità di configurare lo stato di coma vegetativo permanente quale ipotesi di sterilità, in secondo luogo l'idoneità del consenso manifestato. Sul punto cfr. SASSI, *L'atto eutanasi al vaglio della cassazione civile: nessuna decisione nel merito*, in *Dir. fam. pers.*, 2007, 67 ss.; in giurisprudenza v. Trib. Vigevano, decr. 3 giugno 2009, in *Dir. fam. pers.*, 2009, 1847 ss.

riconosciuta, dopo 12/24 mesi di regolari rapporti sessuali non protetti. Tutte le coppie che non ottengono gravidanza nei termini sopra definiti costituiscono la popolazione delle coppie infertili.”

In secondo luogo le Linee Guida hanno ampliato tale nozione, riconducendo allo stato di infertilità o sterilità il caso dell'uomo “portatore di malattie virali sessualmente trasmissibili, e in particolare del virus dell'HIV e di quelli delle epatiti B e C,” precisando che “l'elevato rischio di infezione per la madre o per il feto costituisce di fatto, in termini obiettivi, una condizione ostativa alla procreazione, imponendo l'adozione di precauzioni che si traducono in una condizione di infecondità, da farsi rientrare tra i casi di infertilità maschile di cui all'art. 4, comma 1, della legge 40/2004”.

Tale previsione è stata giustificata con la considerazione che, essendo tali malattie sessualmente trasmissibili, consentire l'accesso alle tecniche di fecondazione assistita alle coppie in cui l'uomo è portatore di tali *virus* eviterebbe il contagio della donna e del nascituro.

Sebbene l'intento delle Linee Guida di ampliare la possibilità di ricorrere all'ausilio delle tecniche scientifiche sia indubbiamente degno di lode e fortemente apprezzabile, parte della dottrina ha rilevato come in questo caso si possa prospettare un vizio di eccesso di potere del provvedimento. Infatti l'atto di natura regolamentare, gerarchicamente subordinato alla legge ordinaria, nel prevedere che i malati di AIDS o Epatiti B e C, non sempre sterili, possano accedere alle tecniche di fecondazione assistita, ha derogato il precetto posto da una fonte superiore che vieta l'accesso a chi non sia sterile o infertile ⁽²⁷⁾.

Questa problematica è stata affrontata recentemente in giurisprudenza quando la Corte di Cassazione si è trovata di fronte al caso in cui la richiesta d'accesso alle tecniche di fecondazione assistita, promossa da un detenuto affetto da epatopatia Hcv correlata, era stata negata, prima dall'Amministrazione Penitenziaria e successivamente dal Magistrato di Sorveglianza.

Detto Magistrato, premessa l'ammissibilità del reclamo in quanto vertente su provvedimento incidente su di un diritto soggettivo (trattamento sanitario), aveva rilevato come il detenuto istante non deducesse per sé o per la moglie alcuna patologia intrinsecamente impeditiva del concepimento o della gestazione.

In tal senso, infatti, secondo la motivazione dell'ordinanza impugnata

⁽²⁷⁾ Così VILLANI, *Le nuove linee guida 2008 in materia di procreazione assistita, ovvero quando il rimedio è (in parte e forse) peggiore del male (Prima parte)*, in *Studium iuris*, 2009, 749, il quale ritiene ingiustificata la previsione per cui la coppia può accedere alle tecniche solo quando è l'uomo ad essere affetto dalla patologia.

ta, “non potevano essere applicate le invocate Linee Guida, di valenza regolamentare, che includevano la patologia di cui soffre il ricorrente (epatopatia HCV correlata) quale condizione che, per l’elevato rischio di trasmissione al *partner* ed al feto, induce oggettivamente situazione di infecondità e quindi di infertilità. Ciò in quanto il chiaro testo dell’art. 4 l. n. 40/2004, fonte primaria, indicava solo le infertilità inspiegate e quelle derivanti da causa accertata certificate da atto medico. Tale limitazione legislativa, per quanto opinabile, escludeva pertanto le patologie virali trasmissibili, atteso che la malattia infettiva di per sé non è impeditiva della procreazione. La fonte regolamentare, pertanto, doveva essere nella fattispecie disapplicata per avere ampliato, *extra legem*, i contenuti della fonte primaria”⁽²⁸⁾.

Di ben altro avviso si è mostrata la Corte di cassazione, la quale ha riconosciuto la natura integrativa delle Linee Guida *ex art.* 7 l. n. 40/2004 sulla base del fatto che esse esplicitano, sulla scorta del parere scientifico del più autorevole organo di consulenza tecnica in materia medica, una serie di condizioni patologiche che producono la condizione finale di infertilità o sterilità⁽²⁹⁾.

La Corte ha affermato che “è del tutto pacifico, invero, che l’indicazione contenuta nella legge di sterilità o infertilità (inspiegate o da cause accertate) proponga una condizione generale legittimante l’intervento,

⁽²⁸⁾ Mag. sorv., ord. 7 luglio 2008, tratto dal testo della sentenza della Cassazione, 13 marzo 2009, n. 11259, cit., la quale ritiene di dovere nel concreto disapplicare le anzidette Linee guida sui seguenti rilievi: a) trattasi di fonte regolamentare, subordinata alla legge, fonte primaria; b) la legge n. 40/2004 autorizza le procedure medicalmente assistite solo per le patologie, debitamente certificate, di sterilità e di infertilità; c) la persona affetta da malattia virale trasmissibile per via sessuale non è di per sé portatore di sterilità o infertilità; d) dunque l’introduzione, nelle Linee Guida, delle patologie sessualmente trasmissibili, quale situazione legittimante il ricorso alle tecniche medicalmente assistite, di cui alla citata legge, risulta *extra legem*, dunque ne è dovuta la disapplicazione. Tale orientamento è sostenuto anche da parte della dottrina la quale ritiene che, data la natura regolamentare delle Linee Guida del 2008, queste non possano modificare né disporre un’interpretazione autentica di una disposizione di legge e pertanto non sono idonee ad essere poste alla base di un’interpretazione estensiva del requisito previsto dalla legge. Cfr. DOGLIOTTI, *Procreazione assistita: le Linee Guida del 2008*, in *Fam. dir.*, 2008, 749 ss.; VILLANI, *Le nuove linee guida 2008 in materia di procreazione assistita, ovvero quando il rimedio è (in parte e forse) peggiore del male (seconda parte)*, in *Studium iuris*, 2009, 941 ss.

⁽²⁹⁾ Cfr. BOUGLEUX, *Protezione di un diritto soggettivo raggiunta con argomenti poco convincenti*, in *Guida dir.*, 2009, 20, 93 s., il quale non condivide le argomentazioni della Corte ritenendo che le Linee Guida, in quanto aventi natura regolamentare, non possano intervenire sull’oggetto della procreazione assistita, che deve rimanere di competenza legislativa.

ed anzi, nella sostanza, descriva più l'effetto di plurime patologie che di quella condizione finale siano produttive, che le patologie stesse. [...] In tal senso deve ritenersi che l'art. 7 della legge n. 40/2004, laddove richiama il parere del Consiglio Superiore della Sanità, quale supporto tecnico delle Linee Guida che sono «vincolanti per tutte le strutture autorizzate», pur con riferimento all'indicazione delle procedure (che però non possono essere svincolate dalle concrete patologie a monte), in definitiva demanda proprio alle anzidette Linee Guida la più compiuta e particolareggiata indicazione delle patologie rientranti nel più generale quadro normativo. Tali Linee Guida, infatti, nel concreto (così come in consimili casi dell'arte medica), in effetti esplicitano una serie di condizioni patologiche, a vario livello incidenti nella funzione riproduttiva, che quella condizione finale di infertilità o sterilità producono”.

Per questo “non è corretto disapplicare le Linee Guida degradate a fonte regolamentare, proprio in quanto esse svolgono invece funzione concretamente integrativa della previsione generale della legge 40 (la cui applicazione altrimenti sarebbe lasciata, in materia di particolare sensibilità umana e sociale, oltre che deontologica, alle disomogenee iniziative dei singoli medici)”.

Pertanto la Corte ha ritenuto non lecito “che il giudice si possa spingere fino al punto di delimitare, al di là di quello che è stato il parere scientifico del massimo organo di consulenza tecnica in materia medica, ciò che rientri o non rientri nell'ambito delle patologie che la comunità scientifica ritenga invece autorevolmente produttiva di infertilità o sterilità”⁽³⁰⁾.

4. Accesso del detenuto alle pratiche della procreazione medicalmente assistita

Dall'analisi delle sentenze in materia di accesso alle tecniche di procreazione assistita da parte di soggetti *in vinculis*, sembra evidente che, a partire dal riconoscimento della tutelabilità giurisdizionale del diritto soggettivo alla salute del detenuto⁽³¹⁾, le decisioni adottate non sono influenzate dallo stato di detenzione in cui il soggetto si trova.

Anche in questo caso è possibile riscontrare quell'evoluzione giurisprudenziale, che ha portato ad un'apertura rispetto alle condizioni di ammissibilità alle tecniche di fecondazione assistita e ad una maggiore elasticità nell'interpretazione dei requisiti di sterilità ed infertilità.

Tuttavia, è inevitabile che, nel momento in cui la richiesta di accedere

⁽³⁰⁾ Cass., 13 marzo 2009, n. 11259, in *Guida dir.*, 2009, 20, 91 s.

⁽³¹⁾ Corte cost., 11 febbraio, 1999, n. 26, cit.

a tali tecniche è promossa dal detenuto, accanto ai molteplici interessi normalmente coinvolti dal fenomeno della fecondazione assistita, quali la tutela del diritto del minore alla bigenitorialità e il diritto alla salute del soggetto richiedente, si affianchi un ulteriore interesse ossia quello relativo alla garanzia della pubblica sicurezza. Pertanto, sebbene si possa riconoscere al detenuto la possibilità di procreare artificialmente, non si possono non affrontare le ulteriori complesse problematiche che sorgono in tale situazione.

Una prima problematica si realizza dal punto di vista procedimentale dal momento in cui dovrà essere l'Amministrazione Penitenziaria a compiere gli accertamenti necessari per verificare la presenza dei presupposti richiesti dalla legge n. 40/2004.

Il primo requisito che la legge all'art. 4 individua per l'accesso alle tecniche è la sussistenza di una causa di sterilità o infertilità inspiegata o accertata risultante da certificato medico e l'impossibilità di rimuovere in modo diverso la causa che impedisce di procreare. L'accertamento di questi presupposti prevede una serie di colloqui e di esami obiettivi della coppia e può richiedere tempi abbastanza lunghi e l'intervento di diversi specialisti. L'art. 10, comma 1, l. n. 40/2004 prevede che "gli interventi di procreazione medicalmente assistita sono realizzati nelle strutture pubbliche e private autorizzate dalle regioni e iscritte al registro di cui l'art. 11". Pertanto è necessario che l'Amministrazione Penitenziaria autorizzi il detenuto a recarsi presso la struttura *ex art. 10* ogni volta che il responsabile del Centro lo ritenga necessario.

Il problema che a questo punto si presenta ha ad oggetto la possibilità di ricorrere agli strumenti previsti dagli artt. 11 e 30 *ter ord pen.*, per permettere l'uscita dal carcere al fine di recarsi presso la struttura autorizzata, non solo per svolgere i primi controlli ma anche successivamente, qualora sia stata accolta la richiesta del detenuto ed esso debba portare avanti il programma di procreazione medicalmente assistita.

Se per quanto riguarda la possibilità di concedere il permesso premio di cui l'art. 30 *ter ord. pen.* al detenuto, per permettergli di recarsi presso le strutture autorizzate *ex art. 10 l. n. 40/2004*, non si rinvergono ostacoli, dal momento in cui tale finalità ben può essere fatta rientrare nelle ipotesi previste dalla norma volte a "consentire di coltivare interessi affettivi, culturali o di lavoro", in relazione all'art. 11 *ord. pen.* sorgono maggiori problematiche sulle quali la dottrina non è unanime.

L'art. 11 *ord. pen.* stabilisce che "ove siano necessarie cure o accertamenti diagnostici che non possono essere apprestati dai servizi sanitari degli istituti, i condannati e gli internati sono trasferiti, con provvedimento del magistrato di sorveglianza, in ospedali civili o in altri luoghi esterni di cura".

La possibilità di applicare tale disposizione nelle ipotesi in cui il

detenuto chieda di ricorrere alle tecniche di fecondazione artificiale trova una differente risposta a seconda che si attribuisca o meno una natura terapeutica a tali tecniche ed in relazione a questa problematica la dottrina non è uniforme.

Alcuni autori ritengono che non sia possibile riconoscere ad esse una natura terapeutica, poiché queste sono semplicemente sostitutive dell'atto generativo e non risolvono l'impossibilità di procreare, limitandosi a superare gli ostacoli che impediscono il processo riproduttivo naturale della persona senza rimuoverli ⁽³²⁾.

Contrariamente, altra dottrina ⁽³³⁾, sostiene la natura terapeutica delle tecniche di fecondazione artificiale, basandosi su una nozione di salute intesa come "stato di completo benessere fisico, mentale e sociale e non solamente nell'assenza di malattia o infermità" ⁽³⁴⁾ e constatando che tali tecniche contribuiscono al benessere complessivo della persona incidendo sulla salute riproduttiva della coppia, poiché, pur non curando le cause della patologia consentono di soddisfare il bisogno di avere un figlio da parte di persone che, per le vie naturali, ne sarebbero escluse ⁽³⁵⁾.

Coloro che sono così orientati portano a sostegno della propria tesi anche il fatto che l'art. 6, comma 4, l. n. 40/2004 prevede la possibilità per il medico di rifiutarsi di praticare la fecondazione assistita per ragioni medico sanitarie ed inoltre che questa può essere eseguita solo da personale sanitario all'interno di apposite strutture pubbliche o private autorizzate dalla competente autorità ed iscritte in un apposito registro istituito presso l'Istituto superiore di sanità (artt. 10 e 11 l. n. 40/2004).

Per quanto riguarda la presenza dei presupposti soggettivi di cui l'art.

⁽³²⁾ Così GAZZONI, *Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione medicalmente assistita*, in *Dir. fam. pers.*, 2005, 175; e in giurisprudenza Cass., 10 maggio 2007, n. 20673, in *Cass. pen.*, 2008, 3, 1179, la quale afferma che "non è applicabile il disposto dell'art. 11 ord. pen., il quale riguarda solo la profilassi e la cura della salute dei detenuti, mentre la procreazione medicalmente assistita non rientra né sotto l'una né sotto l'altra delle due voci".

⁽³³⁾ Cfr. CASALONE, *La provetta della discordia*, in *Agg. soc.*, 2004, 5, 332 s., che ritiene che la l. n. 40/2004 debba essere collocata nella prospettiva dell'attività medica dal momento che è volta a tutelare la salute umana prevedendo non solo accertamenti medici sulla sterilità ed infertilità ma anche l'esecuzione di terapie in senso lato e la valutazione costi/benefici; MASTROPIETRO, *Procreazione assistita: considerazioni critiche su una legge controversa*, in *Dir. fam. pers.*, 2005, 4, 1390, il quale afferma che le tecniche di fecondazione assistita hanno natura terapeutica in senso lato perché consentono di superare sterilità ed infertilità mediante il ricorso ad altri mezzi procreativi.

⁽³⁴⁾ Questa è la definizione fornita dall'Organizzazione Mondiale della Sanità.

⁽³⁵⁾ Trib. Bologna, 9 maggio 2000, cit.

5 l. n. 40/2004, se nessuna difficoltà si presenta in ordine all'accertamento dei requisiti della maggiore età, esistenza in vita, diversità di sesso, *status* di coniuge ed età potenzialmente fertile, sorge un problema nel momento in cui si deve definire e verificare lo *status* di convivente⁽³⁶⁾.

La presenza di tale requisito in capo al detenuto richiedente può essere accertato sulla base dei criteri indicati nella circolare del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria⁽³⁷⁾, la quale stabilisce che "per conviventi, dal punto di vista giuridico, non possono che intendersi le persone che coabitavano col detenuto prima della carcerazione, senza attribuire alcuna rilevanza all'identità del sesso o alla tipologia dei rapporti concretamente intrattenuti con il detenuto medesimo (*more uxorio*, di amicizia, di collaborazione domestica, di lavoro alla pari, etc ...)". Inoltre la circolare precisa che, per accertare lo *status* di convivente, il direttore del carcere non solo deve acquisire l'autocertificazione ma anche svolgere controlli sull'effettiva esistenza del rapporto di convivenza, richiedendo comunque al detenuto il certificato integrale o storico delle persone anagraficamente conviventi.

Pertanto, dal momento in cui i presupposti richiesti dall'art. 5 l. n. 40/2004 sono oggetto di semplice autocertificazione della coppia, l'accertamento della sussistenza di essi ben può essere effettuato direttamente dall'Amministrazione Penitenziaria.

5. *Stato detentivo e diritto alla genitorialità*

Indubbiamente, quando è il soggetto in *vinculis* a chiedere l'accesso alla fecondazione artificiale, il diritto del figlio alla doppia figura genitoriale si trova in una situazione tale per cui rischia fortemente di essere compromesso a seguito delle evidenti difficoltà che un detenuto incontra nel costruire un rapporto con il figlio ed nell'adempiere gli obblighi connessi al rapporto di filiazione.

In un ordinamento, quale quello italiano, sempre maggiormente orientato verso un c.d. "diritto *paidocentrico*"⁽³⁸⁾, la disciplina in materia

⁽³⁶⁾ Nell'ordinamento penitenziario è prevista una disciplina tendenzialmente uniforme per il coniuge ed il convivente della persona detenuto, riconoscendo loro stessi diritti e poteri. Per portare qualche esempio l'art. 14-*quater* sancisce che le restrizioni, connesse al regime di sorveglianza particolare (art. 14-*ter*) non possono riguardare i colloqui con il coniuge ed il convivente; l'art. 41-*bis* esclude familiari e conviventi dal divieto di colloquio imposto al detenuto sottoposto a particolari restrizioni.

⁽³⁷⁾ Circolare DAP, 8 luglio 1998, n. 3478, in <http://www.sinappe.it/public/circolari/2123.htm>.

⁽³⁸⁾ Per un approfondimento sul tema cfr. A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., 521 ss.

di procreazione medicalmente assistita non può non essere influenzata dalla necessità di attribuire preminenza all'interesse del minore rispetto al diritto a procreare dell'individuo.

Nonostante lo *status* di detenuto mal si concili con la capacità del soggetto di prendersi cura del figlio e di adempiere gli obblighi derivanti dal rapporto di filiazione, in questo caso la giurisprudenza ha negato ad esso, neppure nell'ipotesi più grave in cui esso sia sottoposto al regime di carcere duro *ex art. 41 ord. pen.* ⁽³⁹⁾, la possibilità di accedere alle tecniche di fecondazione artificiale, in nome del diritto del minore alla bigenitorialità.

Tuttavia si è sentita comunque la necessità di garantire, per quanto possibile, il rispetto dell'interesse del minore, prevedendo che l'Amministrazione Penitenziaria, nel valutare la possibilità di permettere al detenuto il ricorso alle tecniche, dovrà anche stabilire se il regime carcerario a cui egli è sottoposto gli consentirebbe di prendersi cura del figlio fin dal suo concepimento, assicurandogli un'assistenza ed un'educazione adeguata.

Tra l'altro, la necessità di considerare la specificità della posizione giuridica e del programma trattamentale della persona carcerata è stata riconosciuta anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo la quale ha affermato che "stabilire che il detenuto, a prescindere dalla durata della pena, dalla natura e dalla gravità del reato, nonché dalla situazione personale, non può procedere all'inseminazione artificiale e che, pertanto, lo stato di detenzione comporta una restrizione globale e automatica della possibilità di divenire genitori, è misura che oltrepassa ogni margine di apprezzamento accettabile" ⁽⁴⁰⁾.

Pertanto l'Amministrazione Penitenziaria non potrà prescindere dal verificare caso per caso le peculiarità del programma trattamentale e la condizione personale e familiare dell'istante in *vinculis*.

Infatti il regime carcerario non è uniforme per tutti i detenuti poiché sono previsti diversi circuiti all'interno dei quali essi vengono inseriti, a seconda della tipologia di reato e gravità del reato commesso ⁽⁴¹⁾. Inoltre differenti sono anche le offerte trattamentali, le quali variano in

⁽³⁹⁾ Cass., 30 gennaio 2008, n. 7791, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2008, 5, 583.

⁽⁴⁰⁾ Cedu, *Dickson v. United Kingdom* [GC], no. 44362/04, in *Guida al dir.*, 2008, 1, 86.

⁽⁴¹⁾ La materia dei circuiti penitenziari, allo stato regolata da diverse circolari, risponde alla necessità di dare attuazione ai contenuti della legge di ordinamento penitenziario n. 354 del 1975, ed obbedisce pertanto a principi di diretta derivazione costituzionale, essendo in grado di incidere sulle modalità di esecuzione e sulle finalità della pena detentiva. L'Amministrazione Penitenziaria, nell'esercizio del potere discrezionale inerente la gestione dei detenuti e degli internati, in linea con i criteri individuati dagli artt. 13 e 14 dell'o.p., opera garantendo che la popolazione

relazione ai bisogni particolari, alle esigenze affettive, alle condizioni personali, familiari ed economiche.

Sono anche previste diverse attività e particolari limitazioni per ciascun condannato e quindi un allargamento o restringimento delle maglie dei colloqui e della possibilità di accedere a quei “benefici penitenziari”⁽⁴²⁾, che rappresentano il mezzo migliore per permettere al detenuto di mantenere i contatti con l’esterno e soprattutto di coltivare rapporti con il *partner* e i figli.

Tale necessità, espressione del più ampio principio costituzionale sancito dall’art. 27, comma 3, Cost. per il quale “la pena deve tendere alla rieducazione del condannato”⁽⁴³⁾, è richiamata anche dall’art. 28 ord. pen. il quale afferma: “particolare cura è dedicata a mantenere, migliorare o ristabilire le relazioni dei detenuti e degli internati con le famiglie”.

Tra l’altro, occorre rilevare come, proprio in relazione al bisogno di sviluppare i rapporti con i figli, sia possibile riscontrare un regime trattamentale diverso tra uomo e donna. Quest’ultima infatti appare trovarsi in una condizione privilegiata rispetto all’uomo nel momento in cui solo essa può accedere al differimento obbligatorio o facoltativo della pena *ex art.* 146 e 147 c.p.⁽⁴⁴⁾ o alla detenzione domiciliare *ex art.*

carceraria sia suddivisa per categorie omogenee. Ciò sia al fine di assicurare al meglio l’osservazione scientifica della personalità ed il trattamento individualizzato, indefettibili presupposti del buon esito di un programma risocializzante; sia allo scopo di evitare “influenze nocive reciproche”, e dunque per impedire che la comune permanenza, all’interno delle strutture penitenziarie, si ponga a presupposto per l’ulteriore commissione di reati. Attualmente, a partire dalla circolare D.A.P n. 3619/6069, del 21 aprile 2009, che ha abolito il circuito ad elevato indice di vigilanza, introducendo un nuovo circuito ad alta sicurezza, i detenuti sono suddivisi in tre circuiti: Media Sicurezza, in cui è contenuta la stragrande maggioranza della popolazione carceraria; Custodia Attenuata, destinata ai detenuti tossicodipendenti; Alta Sicurezza, a sua volta distinta in tre sottocircuiti ed all’interno dei quali sono inseriti i detenuti appartenenti alla criminalità organizzata o comunque ad elevata pericolosità.

⁽⁴²⁾ La l. n. 354/1975 ha previsto una serie di misure alternative alla detenzione volte a garantire il rispetto di quella che è la funzione rieducativa della pena di cui l’art. 27, comma 3, Cost. Tra queste l’affidamento in prova ai servizi sociali (art. 47), la detenzione domiciliare (art. 47-*ter*), la detenzione domiciliare speciale (art. 47-*quinquies*), la semilibertà (art. 50). Inoltre ha previsto anche la possibilità che, a determinate condizioni, vengano concessi al detenuto dei permessi premio, per consentirgli di coltivare interessi affettivi, culturali o di lavoro (art. 30-*ter*) o permessi di necessità in caso di “imminente pericolo di vita di un familiare o di un convivente” (art. 30).

⁽⁴³⁾ Sulla finalità rieducativa della pena v. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2009, 11 ss.

⁽⁴⁴⁾ L’art. 146 c. prevede il differimento obbligatorio della pena quando questa deve aver luogo nei confronti di donna incinta ovvero “di madre di infante di età

47 *ter*, comma 1 *ter*, ord. pen. Inoltre l'ordinamento penitenziario prevede alcuni benefici che possono essere concessi *in primis* alla madre e solo in subordine al padre: quali l'assistenza all'esterno dei figli minori *ex art. 21 bis* ord. pen., la detenzione domiciliare *ex art. 47 ter*, comma 1, o *ex art. 47 quinquies* ord. pen. ⁽⁴⁵⁾.

Regime carcerario, benefici penitenziari, programma trattamentale e condizione personale del soggetto in *vinculis* sono quindi quegli elementi che l'Amministrazione Penitenziaria dovrà prendere in considerazione, caso per caso, per decidere se accogliere o meno la richiesta di accesso alle tecniche di fecondazione assistita da parte del detenuto.

Nelle ipotesi in cui l'Amministrazione Penitenziaria, operata la valutazione delle condizioni del detenuto, ritenga opportuno non accogliere la richiesta di accesso alle fecondazione artificiale, l'istante potrà sempre proporre reclamo *ex art. 35* ord. pen. contro il provvedimento di rigetto, che ha inciso sulla sua libertà di procreare quale diritto inviolabile dell'uomo. Avverso la decisione del magistrato di sorveglianza sarà poi possibile ricorrere in Cassazione.

Da quanto rilevato in queste pagine è possibile osservare come, sebbene il legislatore, in nome della necessità di tutelare l'interesse del minore, preveda dei limiti assai rigidi nel riconoscere all'individuo il cd. "diritto a procreare artificialmente", nel momento in cui sono presenti tutti i presupposti richiesti dagli artt. 4 e 5 l. n. 40/2004, il riconoscimento di tale diritto non incontra più alcun limite.

Infatti, nel silenzio della legge, la giurisprudenza tende a riconoscere il diritto in parola anche al soggetto detenuto e quindi in un'ipotesi in cui l'interesse del minore alla bigenitorialità rischia di essere compromesso dalla difficoltà che il soggetto privato della libertà personale incontra nel costruire con il figlio un rapporto affettivo.

In siffatta ipotesi l'ordinamento sembra in qualche modo far cadere dal piedistallo il tanto acclamato interesse del minore, ritenendo sufficiente un controllo discrezionale da parte dell'Amministrazione Penitenziaria, pur di non sacrificare il diritto ad accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita riconosciuto dal legislatore ordinario.

GIULIA BRUNELLI

inferiore ad anni uno. L'art. 147 c. invece prevede che la pena può essere differita [...] "se una pena restrittiva della libertà personale deve essere eseguita nei confronti di madre di prole di età inferiore a tre anni".

⁽⁴⁵⁾ In tali ipotesi la possibilità di "espiare la pena nella propria abitazione, o in altro luogo di privata dimora, ovvero in luogo di cura, assistenza o accoglienza, al fine di provvedere alla cura e alla assistenza del figlio" viene riconosciuta al padre detenuto "se la madre è deceduta o impossibilitata e non vi è modo di affidare la prole ad altri che al padre".

LA REVISIONE DELLA LEGISLAZIONE FRANCESE RELATIVA ALLA BIOETICA *

SOMMARIO: 1. *La nuova legge francese sulla bioetica.* 2. *Esame delle caratteristiche genetiche e obbligo di comunicazione ai familiari.* 3. *Disposizioni riguardanti le donazioni in vita degli organi.* 4. *Utilizzo delle cellule staminali ematopoietiche.* 5. *Tecniche di procreazione assistita.* 6. *Ricerca e utilizzo terapeutico sulla cellule embrionali.* 7. *Diritto alla conoscenza delle origini genetiche.* 8. *La «particolarità» della legislazione francese sulla bioetica.*

1. *La nuova legge francese sulla bioetica*

La Francia è stata uno dei primi Paesi europei a dotarsi di una disciplina generale in materia bioetica, fin dal 1994.

In quell'anno vennero infatti adottate tre leggi sul tema: la legge n. 94-548 del 1 luglio relativa al «*traitement des données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé*»; la legge n. 94-653 del 29 luglio sul «*respect du corps humain*» e la legge n. 94-654, sempre del 29 luglio, dedicata al «*don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*».

L'anno successivo venne approvato il nuovo codice deontologico medico che si adattava alle nuove leggi (décret n. 95-1000 du 6 septembre 1995).

Dopo dieci anni la normativa fu sottoposta ad una prima revisione per opera della legge 6 agosto 2004 n. 2004-800 *relative à la bioéthique*.

(*) Scritto realizzato nell'ambito delle attività della Cattedra Jean Monnet dell'Università degli Studi di Perugia (progetto: *The European Knowledge Legal Area*).

La disciplina del 2004 prevedeva un successivo processo di revisione, che si è concluso con l'approvazione della recente legge n. 2011-814 del 7 luglio 2011.

Dette leggi non contengono una definizione di bioetica (come si è detto «*définir la bioéthique est un entreprise périlleuse*») ⁽¹⁾. Più pragmaticamente esse individuano alcune materie che riguardano le «*questions éthiques et sociétales liées aux innovations médicales que impliquent la manipulation du vivant*» (AN 2000-2001, n. 3166, *exposé des motifs*, p. 4): l'assistenza medica alla procreazione; il dono dei «*produits*» del corpo, quali soprattutto gli organi e i gameti; la ricerca sull'embrione e sulle cellule staminali; i test genetici; i brevetti sugli elementi del corpo.

Le disposizioni delle leggi sulla bioetica vengono accolte nel *Code de la santé publique* (di seguito indicato anche come «CSP») e in altre normative, come quelle che riguardano l'attività medica o quella di ricerca ⁽²⁾.

Inoltre le leggi sulla bioetica hanno modificato il *code civil*, introducendo, nel titolo I del libro I, il capitolo II intitolato «*Du respect du corps humain*» (artt. da 16 a 16-9) ed il capitolo III (artt. da 16-10 a 16-13) «*De l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne et de l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques*».

Nel *code civil* sono così stabiliti principi quali la *primauté* della persona ed il rispetto della vita umana fin da suo inizio (art. 16); il rispetto, la inviolabilità e la non patrimonialità del corpo e dei suoi prodotti, (art. 16-1), non quando la persona è in vita ma anche dopo la sua morte (art. 16-1-1); la indisponibilità del corpo (art. 16-3, *alinéa* 1) e il principio del consenso per tutti gli interventi su di esso (art. 16-3, *alinéa* 2); la nullità dei contratti che hanno ad oggetto il corpo umano ed i suoi prodotti (art. 16-5), ed in particolare le convenzioni che hanno per oggetto la procreazione o la gestione per altri (art. 16-7); la gratuità nel caso sia ammesso (per esempio per finalità scientifiche o terapeutiche) il prelevamento di elementi del suo corpo o la raccolta di prodotti (art. 16-6); l'anonimato dei doni di elementi del corpo (art. 16-8); il divieto di attentare alla integrità genetica della specie umana, nonché la proibizione di tutte le pratiche eugenetiche che mirano alla selezione delle persone e della clonazione riproduttiva (art. 16-4).

Le disposizioni riguardanti le caratteristiche genetiche delle persone mirano a stabilire i casi in cui tali caratteristiche possono essere

⁽¹⁾ HOTTOIS, PARINZEAU (ed.), voce *Bioéthique*, in *Les mots de la bioéthique. Un vocabulaire encyclopédique*, Bruxelles, 1993.

⁽²⁾ Cfr. THOUVENIN, *Le réexamen de la loi relative à la bioéthique: origine, méthodes et objectifs*, in *Regards sur l'actualité, La documentation française*, n. 356, 2009, 8 ss., che parla delle categorie di leggi e di interessi che sono stati considerati dalla disciplina bioetica.

individuare (artt. 16-10, 16-11, 16-12), prevedendo, inoltre, il divieto di discriminazione sulla base delle informazioni derivanti dagli esami genetici (art. 16-13; v. anche art. 225-1 ss. *code pénal*).

Nei prossimi paragrafi si prenderanno in considerazione le principali modifiche apportate alla legislazione francese sulla bioetica dalla nuova legge 2011-814.

2. *Esame delle caratteristiche genetiche e obbligo di comunicazione ai familiari*

Il Titolo I della legge 2011-814 è intitolato a «*Examen des caractéristiques génétiques à des fins médicales*» e modifica il titolo III del libro primo della prima parte del *Code de la santé publique*.

Il tema principale che viene preso in considerazione è a quali condizioni si possono svolgere esami che individuino le caratteristiche genetiche di una persona.

La questione è particolarmente delicata anche perché le tecnologie per effettuare test genetici sono oggi praticamente alla portata di tutti, con tutti i problemi in tema di affidabilità, sicurezza e di capacità di interpretazione da parte degli utilizzatori.

A tale proposito il *Conseil d'Etat*, in occasione della presentazione delle sue osservazioni sulla revisione della legislazione bioetica, ha ricordato la necessità di rafforzare la legislazione europea (in particolare con riguardo all'autorizzazione alla vendita sul mercato dei test) e di migliorare l'informazione dei consumatori ⁽³⁾.

La legge francese comunque contiene una specifica disciplina a riguardo. L'art. 16-10 *code civil* stabilisce che i test genetici possono realizzarsi soltanto per finalità diagnostiche o scientifiche. L'art. 16-11 si occupa inoltre degli esami genetici per la identificazione di persone, che è stato di recente modificato (per effetto della legge n. 2011-267 del 14 marzo 2011 - art. 6).

A parte il caso della raccolta giudiziaria dei dati genetici, è prescritto il consenso scritto sempre revocabile da parte della persona interessata e l'obbligo di informazione sui risultati, in particolare sulla presenza di eventuali anomalie (v. anche art. L. 1131-1 CSP). Questo sempre che la persona non abbia esercitato il diritto a non essere informato di cui all'art. L. 1111-2 CSP.

Le informazioni genetiche vanno conservate nel rispetto della di-

⁽³⁾ V. CONSEIL D'ÉTAT, *La révision des lois de bioéthique*, Paris, 2009, cap. IV. *Examen des caractéristiques génétiques : respecter la volonté des personnes et renforcer leur information*.

sciplina a protezione dei dati personali (v. legge del 6 gennaio 1978 relativa all' *Informatique, aux fichiers et aux libertés*), che prevede tra l'altro il diritto delle persone ad essere informate prima del trattamento sulla natura e finalità dello stesso, così come quello di opporsi a detto trattamento (artt. 56 e 57).

La nuova legge precisa le modalità con cui si possono svolgere le indagini ed i soggetti che possono effettuarle.

Viene così introdotto l'art. L. 1121-2 CSP secondo il quale il Ministero della Sanità con proprio provvedimento, proposto dall'*Agence de la biomédecine e dalla Haute Autorité de santé*, stabilisce le buone pratiche applicabili agli esami delle caratteristiche genetiche di una persona e della sua identificazione attraverso le impronte genetiche per finalità mediche.

Queste indagini possono essere realizzate dai laboratori autorizzati ai sensi del nuovo art. L. 1131-2-1 o comunque in base alla legislazione di un altro Paese dell'Unione Europea o dello Spazio Economico Europeo.

Per rafforzare l'efficacia di questa disciplina viene prevista una specifica fattispecie di reato, introducendo l'art. 226-28-1 del codice penale che punisce con un'ammenda di 3750 euro: «*Le fait, pour une personne, de solliciter l'examen de ses caractéristiques génétiques ou de celles d'un tiers ou l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques en dehors des conditions prévues par la loi*».

Nella disciplina vigente fino all'entrata in vigore della nuova legge, l'art. L. 1131-1, *alinéa* 5, CSP non si prevedeva una responsabilità per la persona che non comunicava direttamente ai propri familiari l'esito di una indagine genetica, qualora tale esame avesse evidenziato l'esistenza di un'anomalia suscettibile di cura o di prevenzione. O meglio, se la persona non avesse voluto effettuare la comunicazione, avrebbe dovuto procedere alla cosiddetta informazione medica a carattere familiare⁽⁴⁾.

In base a detta procedura doveva fornire, attraverso il proprio medico, i dati dei parenti all'*Agence nationale*, che poi avrebbe contattato i familiari, senza rilevare la fonte dell'informazione. Il regolamento, che avrebbe dovuto disciplinare questa procedura, non è stato mai approvato e ciò ha comportato, anche in questo caso, la non sanzionabilità della persona che non informava i familiari dell'esistenza di una anomalia genetica.

Un tale regime di irresponsabilità appariva contrastare con i principi costituzionali. Nella lettura che ne dà infatti il *Conseil Constitutionnel*

⁽⁴⁾ V. sul punto BINET, *Le nouveau droit de la bioéthique*, in *Lexis Nexis*, Paris, 2005, 30 ss.

infatti «*le droit français ne comporte, en aucune matière, de régime soustrayant à toute réparation les dommages résultant de fautes civiles imputables à des personnes physiques ou morales de droit privé, quelle que soit la gravité de ces fautes*»⁽⁵⁾.

Inoltre la disciplina francese sembrava vanificare l'obbligo di informazione dei familiari, che è previsto dall'art. 18 del Protocollo addizionale della Convenzione europea sui Diritti dell'Uomo e la biomedicina relativa ai test genetici per scopi medici.

Il *Conseil d'État* nel suo documento sulla revisione della legge sulla bioetica aveva proposto di rendere esplicita la responsabilità di comunicare ai familiari l'anomalia genetica, pur nel rispetto del segreto medico⁽⁶⁾.

L'articolo 1 della nuova legge aggiunge al *Code de la santé publique* l'art. L.1131-1-1. Detta disposizione stabilisce innanzitutto il dovere del medico, che prescrive un esame sulle caratteristiche genetiche, di rendere edotta la persona del rischio che correrebbero i suoi familiari, nel caso in cui si diagnosticasse un'anomalia grave e qualora non venissero adeguatamente informati (*alinéa 1*).

Viene quindi affermato il dovere di prevenire le conseguenze delle anomalie genetiche. Il terzo *alinéa* della disposizione citata prevede infatti «*La personne est tenue d'informer les membres de sa famille potentiellement concernés dont elle possède ou peut obtenir les coordonnées, dès lors que des mesures de prévention ou de soins peuvent leur être proposées*».

La persona può anche decidere di non essere informata sui risultati della diagnosi.

In questo caso, come nell'ipotesi in cui non si senta in grado di effettuare direttamente la comunicazione, la persona per iscritto domanda al medico di informare i parenti (*alinéa 4* della disposizione citata). Il medico informerà i familiari, derogando nella misura minima possibile al dovere di segretezza. Si dovrà contemperare l'interesse all'anonimato della persona e il diritto degli appartenenti alla famiglia di sapere. In ogni modo il medico non potrà svelare il nome della persona, né l'ano-

⁽⁵⁾ V. la decisione del *Conseil constitutionnel* n. 82-144 DC del 22 ottobre 1982.

⁽⁶⁾ Secondo il *Conseil* il modello seguito dalla Svizzera in questo campo ha diverse controindicazioni, in particolare quello di compromettere il rapporto di fiducia medico-paziente. La legge federale sulle analisi genetiche dell' 8 ottobre 2004, infatti, prevede che se la persona rifiuti di informare i suoi parenti, il medico può chiedere all'autorità cantonale competente di sollevarlo dall'obbligo del segreto medico quando «*la protection d'intérêts prépondérants des membres de la famille, du conjoint ou du partenaire nécessite que ceux-ci soient informés*» (article 19). L'autorità cantonale può domandare il parere della *Commission d'experts pour l'analyse génétique humaine*.

malia genetica, né il rischio ad essa associato. In pratica si dovranno invitare i familiari a richiedere un esame genetico, prospettando l'esistenza di un rischio potenziale.

Il sanitario comunque può concordare con il paziente le modalità di comunicazione, anche quando provvede direttamente la persona interessata (*alinéa 1*).

3. Disposizioni riguardanti le donazioni in vita degli organi

In Francia vige il regime della volontà presunta nelle donazioni *post mortem* di organi così come previsto dall'art. L. 1232-1 CSP: « *ce prélèvement peut être pratiqué dès lors que la personne n'a pas fait connaître, de son vivant, son refus d'un tel prélèvement. Ce refus peut être exprimé par tout moyen, notamment par l'inscription sur un registre national automatisé prévu à cet effet. Il est révocable à tout moment.* »⁽⁷⁾.

Durante la discussione per l'approvazione della nuova legge sulla bioetica ci si è posto il problema se modificare l'approccio e richiedere il consenso esplicito. La relazione della Commissione Leonetti ha però messo in luce la potenziale riduzione delle donazioni che il cambiamento di regola avrebbe comportato, citando i dati di Germania, Regno Unito e Belgio dove appunto è necessario esplicitare in vita il consenso alla donazione.

Il Governo e il Parlamento, confortati anche dalla opinione del *Conseil d'État*, hanno deciso quindi di non modificare il sistema della donazione *post mortem* e di favorire la donazione in vita, che ad oggi rappresenta in Francia circa il 5% delle donazioni (soprattutto reni e fegato).

La legge francese (art. L 1231-1 CSP) prevede che la donazione degli organi da parte di persone viventi sia possibile solo all'interno della cerchia familiare, nozione che comprende il padre, la madre del ricevente, i fratelli e le sorelle, figli, ascendenti, zii, cugini germani. I donatori possono essere anche le persone che dimostrino una vita in comune di almeno due anni con il ricevente (« *Peuvent être autorisés à se prêter à un prélèvement d'organe dans l'intérêt thérapeutique direct d'un receveur son conjoint, ses frères ou soeurs, ses fils ou filles, ses grands-parents, ses oncles ou tantes, ses cousins germains et cousines germaines ainsi que le conjoint de son père ou de sa mère. Le donneur peut également être toute personne apportant la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans avec le receveur.* »)⁽⁸⁾. Si ammette anche una sorta di autorizzazione

⁽⁷⁾ Riguardo alla disciplina sovranazionale e italiana in materia di trapianti si v. il recente STEFANELLI, *Autodeterminazione e disposizioni sul corpo*, Roma-Perugia, 2011, 217 ss.

⁽⁸⁾ V. il protocollo aggiuntivo alla convenzione su diritti umani e biomedicina relativo al trapianto di organi e di tessuti di origine umana, del Consiglio d'Europa

presunta: gli organi prelevati nel corso di una operazione chirurgica possono essere utilizzati per scopi terapeutici o scientifici (art. 1235-2 CSP). La stessa regola riguarda i tessuti, cellule o prodotti del corpo umano (art. 1245-2 CSP)

A seguito del consenso al trapianto, l'autorizzazione è concessa da un comitato di esperti. Se si tratta di cellule ematopoietiche dal midollo osseo, il dono è possibile senza l'intervento di questo comitato (art. L. 1241-2 CSP).

Il dono di organi è vietato per minori o i maggiori sotto tutela (art. L. 1231-2 CSP). Lo stesso divieto riguarda il dono di tessuti e i prodotti del corpo umano da parte dei minori o dei maggiorenni sottoposti a tutela (art. L. 1241-2 CSP) ⁽⁹⁾.

La revisione della legge sulla bioetica è intervenuta, in primo luogo, per estendere ulteriormente il numero dei donatori. Infatti l'art. 1231-1 CSP oltre a comprendere coloro che danno la prova di una vita in comune con il ricevente, include anche le persone che possono provare un legame affettivo di almeno due anni con il ricevente (v. art. 7).

Inoltre viene previsto il cosiddetto dono incrociato tra viventi, pratica prima vietata in Francia e Portogallo, ma ammessa in altri paesi europei (Germania, Spagna, Italia ⁽¹⁰⁾, Regno Unito ⁽¹¹⁾, Paesi Bassi ⁽¹²⁾) oltre che in altri paesi come Stati Uniti, Corea del Sud e Giappone.

del 4 dicembre 2001 stabilisce che, nel caso di prelievo di organi e tessuti da persone viventi (Capitolo III). L'art. 10 stabilisce che «Il prelievo di organi da persona vivente può essere effettuato per il beneficio di un ricevente con cui il donatore ha stretti rapporti personali, quali vengono definiti dalla legge, o, in assenza di tali rapporti, unicamente alle condizioni definite dalla legge, e a seguito di approvazione da parte di un appropriato organismo indipendente».

⁽⁹⁾ È ammessa, previa autorizzazione, la donazione di cellule emopoietiche per i minori o maggiori sotto tutela (artt. L. 1241-3 e L. 1241-4 del code de la santé publique), qualora non ci siano altre soluzioni terapeutiche, in favore dei fratelli o di altri soggetti in casi eccezionali (art. L.1241-3). Essa è concessa, a seconda dei casi, dal comitato (nel caso di minori o di maggiorenni sotto curatela e che abbiano la facoltà di acconsentire al prelievo) o dal giudice tutelare (*juge des tuteles*) dopo il parere del comitato (negli altri casi di maggiorenni soggetti ad una misura di protection légale).

⁽¹⁰⁾ In Italia è stato istituito dal novembre 2006 un registro nazionale delle donazioni incrociate; una commissione nazionale verifica che le condizioni previste siano soddisfatte e associa le coppie in base ad un algoritmo che tiene soprattutto conto dell'età.

⁽¹¹⁾ Nel Regno Unito il « *Human Tissue Act* » del 2004 ha esteso la cerchia de donatori fuori della sfera delle persone geneticamente apparentate o legate da una relazione affettiva, introducendo altre possibilità, quali il dono « altruista » e il dono incrociato, tra coppie o gruppi di donatori.

⁽¹²⁾ Nei Paesi Bassi vi è un sistema che permette uno scambio anche con Stati Uniti e Regno Unito, dal 2008.

Il dono incrociato consente ad un potenziale ricevente, che non può ricevere per ragioni mediche la donazione di una delle persone stabilite dalla legge, di ricevere un organo da un altro donatore che si trovi nella stessa situazione di incompatibilità. Affinché si possa realizzare l'incrocio, il ricevente del secondo potenziale donatore dovrà ricevere un organo dal primo (cfr. il nuovo terzo comma dell'art. 1231-1 CSP). Le due donazioni dovranno effettuarsi simultaneamente e sotto il controllo *de la Biomédecine*.

4. Utilizzo delle cellule staminali ematopoietiche

Altro tema trattato nella legge è quello dell'utilizzo e stoccaggio delle cellule staminali ematopoietiche, divenute particolarmente importanti nella cura delle malattie del sangue.

Tali cellule hanno una loro specificità in quanto hanno capacità autogenerative notevoli e possono essere utilizzate per produrre globuli bianchi, rossi e piastrine. Esse permettono, inoltre, di curare patologie maligne del sangue (come la leucemia, linfomi o mielomi) o benigne (come i deficit immunitari o malattie ereditarie, soprattutto la drépanocytose).

Esse possono essere prelevate dal sangue periferico, dal midollo osseo e dal cordone ombelicale e dalla placenta. Prima dell'approvazione della legge 2011-814 si applicavano regole diverse a seconda dell'origine del prelievo: il donatore doveva esprimere il consenso davanti al *Tribunal de grande instance* per le cellule del midollo osseo, come per il prelievo degli organi (art. L. 1241-1 CSP); si richiedeva il solo consenso scritto per le cellule tratte dal sangue periferico, come per qualsiasi forma di prelievo del sangue (art. L. 1221-6 CSP); se si trattava del prelievo del sangue placentario, invece, non era richiesto il consenso dato che la placenta era considerata un residuo operatorio (art. L. 1245-2 CSP).

Queste differenze non sono state ritenute giustificate sul piano medico e della sicurezza sanitaria. Con la nuova legge si è stabilita quindi un'armonizzazione verso l'alto delle tre ipotesi di prelievo, applicando in ogni caso la disciplina del titolo IV libro II CSP relativa al trapianto degli organi e che, come si è visto, veniva applicata soltanto al prelievo dal midollo (v. nuova formulazione dell'art. L. 1241-1 nel Titolo IV del CSP). La disciplina del prelievo del sangue e delle sue componenti è così ora tenuta distinta da quella delle cellule ematopoietiche (v. il nuovo art. L. 1220-1 CSP).

Per quanto riguarda in particolare il prelievo delle cellule ematopoietiche dal cordone e dalla placenta, un quarto *alinéa* aggiunto all'art. 1241-1 stabilisce che l'intenzione del dono deve essere espresso per iscritto durante la gravidanza ed è sempre revocabile.

Durante l'elaborazione della nuova legge sulla bioetica ci si è chiesti se consentire la creazione di banche dati private di cellule per scopi autologhi.

Tali banche dati private, che prestino servizi a titolo oneroso, non sono infatti autorizzate dall'*Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé* (l'autorizzazione è prevista dall'art. L. 1243-2 CSP), in quanto non ritiene provata la loro possibilità di utilizzo per finalità auto-terapeutiche⁽¹³⁾. Dello stesso avviso l'*Académie nationale de médecine*, nel suo rapporto del 19 novembre 2002, e il *Comité consultatif national d'éthique* nel suo parere n. 74 del 12 dicembre 2002.

In un documento del Senato si era affermato che « *l'absence de banques privées de sang placentaire apparaîtra bientôt comme une exception française* »⁽¹⁴⁾.

In effetti in altri Paesi tali banche private esistono o perché non vi è una disciplina specifica (in Germania, Danimarca, Paesi Bassi, Polonia, Regno Unito, Canada e Stati Uniti). In altri Paesi (soprattutto Belgio, Spagna, Italia) le banche per scopi autologhi possono essere pubbliche o private, ma queste ultime devono essere senza scopo di lucro e con l'obbligo di fornire in caso di bisogno i tessuti alle strutture pubbliche⁽¹⁵⁾.

Alla fine si è scelto di confermare i principi che regolano la materia bioetica e che sono accolti nell'art. 16 e seguenti del *code civil*.

Le cellule prelevate dal cordone ombelicale o dalla placenta devono essere donate in modo anonimo e per scopi allogenici, solo per una necessità terapeutica o scientifica esistente al momento del dono (v. il nuovo quarto *alinéa* dell'art. L. 1241-1 è completato con un quarto *alinéa*). Tuttavia si ammette la possibilità di utilizzo in favore del bimbo che nasce o dei suoi fratelli nei casi debitamente giustificati.

⁽¹³⁾ Sulla moda (di dubbia utilità) del deposito del cordone ombelicale per scopi autologhi a San Marino o in Svizzera, Cfr. GABAGLIO, *I furbetti delle staminali*, in *www.espresso.repubblica.it*, 23 agosto 2011; PAPPAGALLO, *Il viaggio delle staminali dopo il parto. Aumentano le coppie italiane che vanno all'estero per mettere in banca il sangue del cordone ombelicale*, in *Corriere della Sera*, 17 aprile 2010.

⁽¹⁴⁾ SERVICE DE LÉGISLATION COMPARÉE DU SÉNAT, « *La conservation du sang placentaire* », settembre 2008.

⁽¹⁵⁾ In Italia l'utilizzo del cordone per finalità autologhe è vietato. Infatti, ai sensi dell'art. 2, comma 1, del dm 18 novembre 2009 «È consentita la conservazione di sangue da cordone ombelicale donato per uso allogenico a fini solidaristici». Deroghe al principio solidaristico sono ammesse soltanto «per uso dedicato al neonato con patologia in atto al momento della nascita o evidenziata in epoca prenatale, o per uso dedicato a consanguineo con patologia in atto al momento della raccolta o pregressa, per la quale risulti scientificamente fondato e clinicamente appropriato l'utilizzo di cellule staminali da sangue cordonale» (comma 2); oppure nel caso «di famiglie a rischio di avere figli affetti da malattie geneticamente determinate» (comma 3).

5. *Tecniche di procreazione assistita*

Il titolo VI della legge 2011-814 contiene disposizioni riguardanti l'assistenza medica alla procreazione ⁽¹⁶⁾.

In base alla normativa introdotta dalla seconda legge del 29 luglio 1994, l'assistenza medica alla procreazione non può che avere due finalità (art. L. 2141-2) : «*remédier à l'infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué*», oppure «*éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité*». I beneficiari devono essere coppie formate da un uomo e una donna, sposata o che si provi che siano conviventi da almeno due anni, «*en âge de procréer*». Devono essere viventi: l'inseminazione e il trasferto dell'embrione dopo la morte dell'uomo sono vietate.

L'inseminazione e il trasferimento dell'embrione sono vietate dopo una richiesta di separazione o di divorzio o di cessazione della vita in comune.

Nel diritto francese è ammessa la procreazione con gameti provenienti da donatori al di fuori della coppia, anche se è vietato il «doppio dono» e cioè la contemporanea donazione sia dei gameti maschili, sia di quelli femminili.

La donazione deve essere gratuita ed anonima. In generale sono vietati, in applicazione di quanto stabilito dall'art. 16 del *code civil*, tutti gli accordi che hanno ad oggetto la procreazione, in particolare la maternità surrogata, come accade nella maggior parte dei Paesi europei ⁽¹⁷⁾ e come affermato dalla Risoluzione del Parlamento Europeo del 16 marzo 1989.

Tra le opinioni espresse durante il processo di revisione, il *Conseil d'État* aveva proposto di non modificare la disciplina in materia procreativa ⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁶⁾ Sulle questioni legali riguardanti la procreazione v. ampiamente PALAZZO, *La filiazione*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da CICU – MESSINEO - MENGONI e continuato da Schlesinger, Milano, 2007; v. soprattutto la Parte I, *La procreazione*, 3 ss.

⁽¹⁷⁾ V. Austria ai sensi dell'art. 3 della legge 1° luglio 1992, n. 293 sulla riproduzione assistita; Germania § 1, comma 7, legge federale 13 dicembre 1990, *Embryonenschutzgesetz*; Italia, ai sensi dell'art. 12, comma 6, l. 40/2004; Spagna, art. 10 della ley n. 35 del 22 novembre del 1988, *Técnicas de Reproducción Asistida*; Svezia, art. 2 della l. n. 711 del 14 giugno 1988 sulla «Fecondazione all'esterno del corpo umano»; Norvegia, in base all'art. 11 della legge 12 luglio 1987. In Europa la maternità surrogata è invece ammessa in Belgio, in Grecia, nel Regno Unito e nei Paesi Bassi, sebbene con l'osservanza di alcuni limiti. Nel Regno Unito il Surrogacy Act del 1985 stabilisce che l'accordo di maternità surrogata sia valido solo se concluso tra i genitori committenti e che sia a titolo gratuito (art. 1). Sono quindi vietate tutte le attività di intermediazione (art. 2) e pubblicità. In Grecia è vietato l'accordo di surrogazione quando la gestante fornisce anche i propri ovociti. L'accordo deve essere autorizzato dal Tribunale.

⁽¹⁸⁾ CONSEIL D'ÉTAT, *La révision des lois de bioéthique*, cit., cap. III *Le droit de l'assistance médicale à la procréation : vers une meilleure prise en compte de l'intérêt de l'enfant*.

La nuova legge sulla bioetica ha in pratica adottato questo approccio, tranne per quanto riguarda il tempo minimo di due anni della convivenza per l'accesso alla procreazione assistita, che viene eliminato (viene così modificato l'art. L. 2141-2 CSP).

Nell'iter parlamentare si era proposto anche di cancellare il divieto della fecondazione *post mortem*, ma alla fine si è ritenuto opportuno soprassedere.

Un'occasione mancata della legge è stata la regolamentazione dello status dei figli nati dalla maternità surrogata legittimamente realizzata in Paesi dove questa pratica è ammessa.

La questione era stata sollevata da diverse sentenze⁽¹⁹⁾ e dal *Conseil d'État*⁽²⁰⁾, e se ne era discusso nel dibattito parlamentare⁽²¹⁾.

Il legislatore non ha ritenuto di intervenire, anche se le soluzioni ad oggi applicate non sembrano completamente soddisfacenti. Nella giurisprudenza della *Cour de Cassation*, per esempio, si stabilisce la nullità della trascrizione della «*mère d'intention*» nel caso di un figlio nato negli Stati Uniti (in particolare nello Stato della California) con la maternità surrogata. Nello stesso tempo si afferma che il divieto di trascrizione non priva il figlio del rapporto di filiazione con la madre, così come stabilito dal diritto californiano; inoltre nulla impedisce che il figlio possa risiedere in Francia. Si tratta tuttavia una soluzione di compromesso non completamente chiara nei suoi risvolti teorici e pratici⁽²²⁾.

⁽¹⁹⁾ V. di recente *Cour de cassation*, 6 aprile 2011, in *Dalloz actualité*, con nota di SIFFREIN-BLANC.

⁽²⁰⁾ CONSEIL D'ÉTAT, *La révision des lois de bioéthique*, cit., cap. III *Le droit de l'assistance médicale à la procréation*, cit.

⁽²¹⁾ V. DESGARDIN-BOURDEAULE, *Loi de bioéthique: un pas en avant, trois pas en arrière...*, in *Dalloz actualité*, 13 aprile 2011.

⁽²²⁾ Come precedente italiano si segnala la recente sentenza della Corte di Appello di Bari del 25 febbraio 2009 (Tra i commenti alla sentenza v. BARUFFI, *Maternità surrogata e questioni di status nella giurisprudenza italiana ed europea*, in *Int'l Lis*, 2010, 1, 20; DE TOMMASI, *Riconoscibilità dei c.d. "parental order" relativi ad un contratto di maternità surrogata concluso all'estero prima dell'entrata in vigore della legge n. 40/2004*, in *Fam. dir.*, 2010, 3, 251). La Corte ha riconosciuto la legittimità di un provvedimento delle autorità inglesi (*parental order* della *Family Proceedings Court*) con il quale si riconosceva come madre di due bambini la committente di maternità surrogata in base allo *Human Fertilisation and Embriology Act* del 1990. La Corte di Appello, pur ribadendo l'illegittimità per l'ordinamento italiano dell'accordo di maternità surrogata (ai sensi della l. 40/2004), ricorda che i bambini erano cittadini britannici e quindi che il loro status doveva essere stabilito dalla legge inglese (v. art. 33 l. 218/95). Secondo la Corte, trattandosi di cittadini inglesi, l'eventuale contrarietà all'ordine pubblico va visto tenuto conto dell'«ordine

Il titolo VI della legge in commento introduce inoltre una definizione delle tecniche procreative e un loro controllo da parte dell'*Agence nationale de bioéthique*.

Sebbene alla ricerca in questo settore si applichi la normativa generale contenuta nel *Code de la santé publique* e nel *Code de la recherche* ⁽²³⁾, non si era ritenuto necessario introdurre un meccanismo di valutazione delle tecniche procreative. Nel 2004 l'*Assemblée nationale* aveva votato un disegno di legge sul tema, ma il Senato ed il Governo vi si opposero, nel timore che la legittimazione di nuove tecniche di procreazione avrebbe, alla lunga, favorito il ridimensionamento del divieto di concepimento di embrioni per finalità di ricerca (article L. 2151-5 CSP) e del divieto di impiantare embrioni che hanno fatto l'oggetto di ricerca (article L. 2151-2).

Il *Conseil d'État* proponeva però un intervento del legislatore sulla questione, proprio per introdurre un meccanismo di controllo dei mutamenti nella tecnica.

Nella nuova legge, l'art. 31 stabilisce la modifica dell'art. L. 2141-1 CSP, per il quale «*L'assistance médicale à la procréation s'entend des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception in vitro, la conservation des gamètes, des tissus germinaux et des embryons, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle*».

La stessa disposizione novellata stabilisce che la lista delle procedure utilizzabili per la procreazione medicalmente assistita è stabilita con decreto del Ministero della Sanità, previo parere dell'*Agence de la biomédecine*. Un decreto *en Conseil d'État* precisa le modalità ed i criteri di iscrizione delle procedure in detta lista.

Tali criteri debbono assicurare il rispetto dei principi fondamentali della bioetica previsti, in particolare, dagli artt. 16 ss. *code civil*. Inoltre bisognerà tenere conto della sicurezza dei metodi, sia per la madre, sia per il figlio che deve nascere. Tra le direttive di cui tenere conto nell'autorizzare l'iscrizione nella lista, vi è anche la necessità di limitare il numero di embrioni prodotti e conservati.

Nella legge si ammette esplicitamente che «*la technique de congélation ultra-rapide des ovocytes est autorisée*», laddove in precedenza il congelamento degli ovociti era vietata. L'introduzione di questa pratica

pubblico internazionale» e non di quello nazionale. Questa ricostruzione, ricorda opportunamente la Corte, tiene conto dell'interesse dei figli.

⁽²³⁾ V. la legge 29 dicembre 1988 che trasposta negli articoli L. 1121-1 e seguenti CSP. Le ricerche effettuate su tessuti e cellule già prelevati (e senza la creazione di embrioni), rientrano nel quadro della disciplina della ricerca scientifica (cfr. gli articoli L. 222-1 del *code de la recherche*).

consentirebbe di preservare la fertilità delle donne in caso di gravi patologie, facilitare il dono e lottare contro il traffico di cellule ⁽²⁴⁾.

L'Agence de la biomédecine nel suo rapporto annuale tiene conto delle tecniche procreative utilizzate e dei risultati ottenuti.

6. Ricerca e utilizzo terapeutico sulla cellule embrionali

Il titolo VII (artt. da 40 a 44) della legge è intitolato alla «Ricerca sull'embrione e sulle cellule staminali embrionali».

La questione della ricerca sugli embrioni è una di quelle sulla quale si osservano le maggiori differenze nei Paesi europei ⁽²⁵⁾.

Vi sono Paesi che autorizzano la ricerca sugli embrioni e la creazione di embrioni per finalità di ricerca, quali il Regno Unito, il Belgio, la Spagna e la Svezia ⁽²⁶⁾.

Nel Regno Unito, in modo specifico, la Camera dei Comuni ha approvato la ricerca su cellule staminali tratte da embrioni umani, recependo il *Rapporto della Commissione Donaldson. L'Human Fertilization and Embryology Act* del 1990 e le successive modificazioni autorizzano la ricerca su embrioni umani entro il quattordicesimo giorno per cinque scopi specifici (ricerche sull'infertilità, sulle malattie congenite, sugli aborti spontanei, sull'elaborazione di tecniche di contraccezione e per scoprire anomalie genetiche o cromosomiche, la ricerca su malattie non congenite). La clonazione umana resta, in ogni caso, illegale.

In altri Paesi è autorizzata la ricerca, ma non la creazione di embrioni per finalità di ricerca (per esempio Paesi Bassi, Danimarca, Svizzera, Slovenia, Grecia, Croazia, Cipro, Portogallo, Estonia, Islanda).

Più restrittiva la posizione della legge italiana, tedesca e ungherese.

In particolare in Italia la legge 40/2004 (v. il paragrafo successivo)

⁽²⁴⁾ V. DESGARDIN-BOURDEAULE, *Révision des lois de bioéthique: adoption par l'Assemblée nationale du projet de loi*, in *Dalloz actualité*, 18 febbraio 2011.

⁽²⁵⁾ Cfr. EUROPEAN COMMISSION RESEARCH DIRECTORATE-GENERAL, *Stem Cell Research at European Level*, September 2001, Brussels Meeting Report, redatto da JOLIFF-BOTREL e MATTHIESSEN, Directorate « E » and « F » for Life Sciences, November 2001, in <http://www.europa.eu.int>; *Rapporto sulla ricerca sulle cellule staminali di embrioni umani*, cit., 6.

⁽²⁶⁾ Al di fuori dell'Europa, negli Stati Uniti, la ricerca sugli embrioni con fondi privati è stata sempre possibile. Dal 2001 al 2008 è stata vietata la ricerca sostenuta da fondi federali. Il divieto è stato in seguito abrogato dal Presidente Obama con un proprio decreto del 9 marzo 2009, che dà la possibilità di effettuare ricerche sulle cellule embrionali nel quadro delle regole poste dal National Health Institute. Sulla ricerca sulle cellule staminali embrionali negli Stati Uniti, v. BENKIMOUN, *Peut-on se passer des cellules souches embryonnaires* e CYPEL, *Barak Obama veut concilier scientifiques et spécialistes de l'éthique*, in *Le Monde*, 15 ottobre 2010.

vieta, nell'art. 13 «qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano» (comma 1), ammettendo soltanto la «ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione umano (...) a condizione che si perseguano finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative» (comma 2). Questi divieti sono accompagnati dalla multa da 50.000 a 150.000 euro (comma 4).

A livello della legislazione dell'Unione europea il tema è stato affrontato in occasione dell'approvazione della base giuridica del Settimo Programma Quadro di Ricerca e Sviluppo Tecnologico (il principale strumento per finanziare la ricerca in Europa nel periodo 2007-2013, di seguito «7°PQ»).

Dopo alcuni contrasti, nella Decisione n. 1982/2006/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 dicembre 2006 (che istituisce 7° PQ per il periodo 2007-2013), l'art. 6 (Principi etici) stabilisce al secondo comma il divieto di finanziare «le attività di ricerca volte a creare embrioni umani esclusivamente a fini di ricerca o per l'approvvigionamento di cellule staminali, anche mediante il trasferimento di nuclei di cellule somatiche».

In ogni modo, come stabilisce il successivo terzo comma, sono permesse e finanziate ricerche su cellule staminali adulte o embrionali «in funzione sia dei contenuti della proposta scientifica che del contesto giuridico esistente nello Stato membro o negli Stati membri interessati». La ricerca sulle staminali embrionali, laddove permessa in uno Stato, per essere finanziata deve comunque rispettare tutte le autorizzazioni ed i controlli previste in detto Stato.

In base alle regole generali del 7°PQ, comunque la ricerca in materia di staminali (in particolare quelle embrionali) deve sottostare al controllo preventivo e successivo della Commissione (attraverso un proprio Comitato etico)⁽²⁷⁾ e rispettare i principi etici fondamentali (art. 6, co. 1, Decisione 1982/2006), previsti dalla Carta dei diritti fondamentali.

Per quanto riguarda la Francia la legge 2004-800 ha stabilito il principio del divieto della ricerca sugli embrioni, ma ha previsto una deroga per un periodo di cinque anni a partire dal 7 febbraio 2006. La ricerca poteva essere autorizzata dall'*Agence de la biomédecine*, quando erano suscettibili di permettere «*progrès thérapeutiques majeurs*» e a condizione che tali progressi non possono essere realizzati attraverso metodi alternativi di efficacia comparabile allo stato delle conoscenze.

Nell'ambito del dibattito sulla revisione della legge sulla bioetica

⁽²⁷⁾ V. il documento della Commissione «*Research on human embryos/foetus*» all'indirizzo http://cordis.europa.eu/fp7/ethics_en.html#ethics_cl.

si è proposto di rendere permanente la deroga, sempre nel rispetto dei principi quali quello previsto del rispetto della vita umana fin dal suo inizio (art. 16 code civil)⁽²⁸⁾.

Nel testo poi divenuto legge si è stabilito il divieto della ricerca sugli embrioni e le cellule staminali di origine embrionaria (art. 41, che modifica l'art. L. 2151-5 del code de la santé publique, di seguito CSP) e della « *La création d'embryons transgéniques ou chimériques* » (art. 40, che aggiunge un *alinéa* all'art. L. 2151-2 CSP).

Il divieto di sperimentazione tuttavia può essere derogato, ora in modo permanente, dietro autorizzazione dell'*Agence de la biomédecine* quando ricorrano le seguenti condizioni (art. L. 2151-5, II, modificato dall'art. 41): 1) che sia verificata la pertinenza scientifica del progetto di ricerca; 2) che la ricerca consenta progressi medici importanti (non solo quindi progressi terapeutici, come era richiesto in precedenza); 3) che è impossibile svolgere la ricerca senza utilizzare gli embrioni o le cellule staminali embrionarie; 4) che il progetto di ricerca rispetti i principi etici in materia.

Si conferma che gli embrioni utilizzati nella ricerca non possono essere che quelli concepiti nell'ambito dell'assistenza medica alla procreazione e che non facciano più oggetto di un progetto genitoriale, previo consenso scritto della coppia (art. L. 2151-5, III). Gli embrioni utilizzati per la ricerca non potranno essere più utilizzati per la gestazione (art. L. 2151-5, V).

7. Diritto alla conoscenza delle origini genetiche

In Francia vi è un obbligo assoluto di anonimato sulle informazioni identificanti e non identificanti.

Nella maggior parte dei Paesi il principio dell'anonimato è relativo, con regole che possono variare: il figlio può accedere solo ai dati non identificanti (Brasile); egli può accedere a dati identificanti e, eccezionalmente, all'identità del donatore (Spagna, Grecia, Portogallo). Altri Paesi hanno un regime ibrido: in Belgio la regola dell'anonimato vale

⁽²⁸⁾ CONSEIL D'ÉTAT, *La révision des lois de bioéthique*, cit., capitolo I, «*Soumettre la recherche sur l'embryon humain à un régime permanent et strict d'autorisations*». Lo stesso Conseil propone di sostituire alla condizione d'assenza di metodi alternativi comparabili la «*impossibilité, en l'état des connaissances scientifiques, de mener une recherche identique à l'aide d'autres cellules que des cellules souches embryonnaires humaines*». Sulla posizione del Conseil cfr., per esempio, PRIEUR, *Lois bioéthiques: le pragmatisme du Conseil d'État. La haute juridiction se prononce pour l'autorisation des recherches sur les cellules souches embryonnaires*, in *Le Monde*, 7 maggio 2009.

per la donazione degli embrioni e dello sperma, ma non degli ovociti. In Ungheria l'anonimato è previsto nel caso di dono di sperma, ma non è previsto per ovociti.

Nell'ordinamento francese tuttavia si osserva la tendenza a ridurre la portata dell'anonimato. Si pensi alla legge 22 gennaio 2002 che ha istituito il *Conseil national d'accès aux origines personnelles* nel caso di parto anonimo («*Accouchement sous X*») ⁽²⁹⁾. Questo organismo consente di accedere ai dati non identificanti della madre biologica, dietro richiesta del figlio.

Nella sentenza del 13 febbraio 2003 nella causa *Odièvre c/ Francia*, n. 42326/98 la Corte EDU ha affermato che tale ultima disciplina è compatibile con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in particolare con l'art. 8, che proteggendo la vita privata, riconosce anche il diritto a conoscere le proprie origini biologiche ⁽³⁰⁾. La Corte afferma comunque che gli Stati parti della Convenzione hanno un apprezzabile margine di discrezionalità per conciliare questo diritto con l'interesse per giustificare l'anonimato, quali la salvaguardia della salute della madre, il rispetto della vita familiare degli adottanti, la vita stessa del figlio, dato che la disciplina sul parto anonimo permette di evitare aborti o addirittura infanticidi. Questo approccio è stato poi confermato dalla sentenza 10 gennaio 2008, nella causa *Kearns contro Francia*, n. 35991/04.

Il *Conseil d'État* aveva pertanto proposto di prevedere nella nuova legge sulla bioetica anche la possibilità di accedere alle informazioni genetiche relative ai donatori di gameti, solo per quel che riguarda le informazioni non identificanti. Per quanto riguarda le informazioni identificanti, si era proposto di rimuovere l'anonimato solo se richiesto dalla persona nata dalla fecondazione assistita e solo previo consenso del donatore ⁽³¹⁾.

Nella prima bozza del disegno di legge era stato previsto un titolo V (articoli da 14 a 18) che riguardava appunto l'accesso ai dati non identificanti e all'identità dei donatori. La disciplina proposta ricalcava in sostanza quella proposta dal *Conseil*. Il disegno di legge prevedeva di formulare gli articoli da L. 2143-6 a L. 2143-10 CSP in modo da istituire presso il Ministero della sanità una commissione di accesso ai dati non

⁽²⁹⁾ Cfr. STEFANELLI, *Parto anonimo e diritto a conoscere le proprie origini*, in *Dir. fam.*, 2010, 426 ss.

⁽³⁰⁾ Riguardo alla configurazione di un diritto alla conoscenza delle origini biologiche, si rinvia a PALAZZO, *La filiazione*, cit., 145 ss.

⁽³¹⁾ CONSEIL D'ÉTAT, *La révision des lois de bioéthique*, cit., il capitolo *Faut-il adapter les principes d'anonymat et de gratuité en matière de don de gamètes ?* Sulla proposta di modifica della legge sul punto v. CHEMIN, *Don de sperme: que pourrait changer la levée de l'anonymat?*, in *Le Monde*, 6 ottobre 2010.

identificanti e all'identità dei donatori. Sarebbe stato necessario la modifica dell'art. 16-8 *code civil* per derogare al principio dell'anonimato.

Durante la discussione parlamentare, tuttavia, è diventata prevalente l'opinione contraria alla eliminazione dell'anonimato.

In particolare nel Rapporto della Commissione Leonetti si ricorda che l'abbandono della regola dell'anonimato avrebbe avuto conseguenza sulla disponibilità alla donazione di gameti e avrebbe reso problematico il rapporto dei figli con i genitori che hanno utilizzato i gameti di terzi. Si è sottolineato che gli aspetti genetici della procreazione non dovrebbero turbare i legami affettivi e sociali considerati quelli fondamentali nella filiazione.

Per quanto riguarda l'eventualità che sia necessario l'accesso alle origine biologiche, per ragioni di natura medica, nel Rapporto si fa presente che i CECOS (*Centres d'Etudes et de Conservation des Oeufs et du Sperme*, centri autorizzati quindi alla raccolta dei gameti) possono ora conservare informazioni, anche di natura genetica, che sono utili per le necessità terapeutiche, senza la necessità di svelare l'identità del donatore (v. anche L. 1211-5 CSP).

Si è proposto invece un rafforzamento della tutela dell'anonimato, prevedendo nel testo definitivo della legge che le modalità di trattamento delle informazioni dei donatori dei gameti siano stabilite con decreto ministeriale (art. 28 della nuova legge), che preveda il controllo della *Commission nationale de l'informatique et des libertés*, nel rispetto della citata legge n. 78-17 del 6 gennaio 1978 (v. i nuovi commi aggiunti all'art. 1244-6 CSP).

8. La «particolarità» della legislazione francese sulla bioetica

La legislazione francese in materia bioetica e anche la più recente revisione, al di là dei contenuti, è interessante soprattutto per l'approccio seguito nella sua elaborazione. Tale approccio evidenzia quello che, con enfasi, viene chiamata nei lavori preparatori la «*particularité française*»⁽³²⁾.

Questa particolarità si manifesta innanzitutto nella organicità con cui vengono trattate materie diverse, che in altri Paesi sono spesso regolate in modo frammentario. Nel diritto francese si è voluto evitare il più possibile, inoltre, che i temi bioetici fossero disciplinati soprattutto da fonti non legislative come la prassi amministrativa o la giurisprudenza.

⁽³²⁾ V. Introduzione al Rapporto della *Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi relatif à la bioéthique* (n. 2911) presieduta da Jean Leonetti.

Al contrario in Italia, per esempio, le questioni bioetiche sono disciplinate in normative diverse, approvate in momenti differenti: la legge 40/2004 che concerne la procreazione medicalmente assistita; la legge n. 91/1999, recante «Disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti»; la legge n. 219/2005, contenente la «Nuova disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale degli emoderivati», e così via. Alcuni temi, inoltre, sono regolati per via non legislativa, come accade per il decreto ministeriale che regola il deposito delle cellule ombelicali o come succede per i test genetici ed in particolare la comunicazione ai familiari dei risultati (v. il riferimento ad un documento del Comitato Nazionale per la Biosicurezza e le Biotecnologie: «Linee guida per test genetici, Rapporto del Gruppo di lavoro 19 maggio 1998»).

La sistematicità dell'approccio, pur salvaguardando la specificità dei temi, permette una riflessione complessiva e di vedere le reciproche interferenze delle questioni.

L'organicità dell'approccio alla disciplina bioetica ha favorito un altro aspetto caratteristico della legislazione francese, il coinvolgimento sistematico di attori istituzionali e sociali diversi nel processo di formazione e di revisione. Un particolare contributo è stato offerto dai documenti realizzati da organismi specializzati come il *Comité consultatif national d'éthique*, l'*Agence de la Biomédecine* e il *Conseil d'État*. Inoltre l'iter legislativo ha coinvolto l'intera società civile, attraverso la convocazione degli «*États généraux de la bioéthique*» nel 2009⁽³³⁾, l'organizzazione di tre forum tematici e altre iniziative come l'apertura di un sito web dedicato. Le opinioni espresse, soprattutto quelle tecnico-giuridiche del *Conseil d'État*, tengono opportunamente conto della necessità che la legislazione francese sia in sintonia con il più ampio dibattito etico a livello continentale in seno al Consiglio d'Europa o nell'ambito del diritto dell'Unione Europea.

L'approccio descritto appare particolarmente utile in una materia così delicata. Così come la scelta, fin dalle leggi del 1994, di prevedere un processo di revisione periodica della legislazione. Anche nella nuova legge l'art. 47 prescrive un nuovo esame da parte del Parlamento entro sette anni. Il meccanismo della revisione, sebbene possa essere visto come una strategia politica per rinviare o rendere meno forti le decisioni su temi sensibili, ha rappresentato un buon meccanismo per far precedere la riflessione alla normazione⁽³⁴⁾.

Anche in questo caso, in Italia si osserva una prospettiva molto differente, caratterizzata da uno spiccato unilateralismo e da logiche

⁽³³⁾ DARGENTLE, *Lancement des États généraux de la bioéthique*, in *Dalloz actualité*, 11 febbraio 2009.

⁽³⁴⁾ Cfr. BINET, *Le nouveau droit de la bioéthique*, in *Lexis Nexis*, 2005, 2 ss.

di «supremazia e prevalenza»⁽³⁵⁾, poco adatte a materie tanto delicate e complesse. Da una tale prospettiva derivano duraturi contrasti politici e sociali. Si corre anche inoltre il rischio di adottare normative non ponderate e addirittura in contrasto i principi fondativi dell'ordinamento. Da questo punto di vista la vicenda della legge 40/2004 può considerarsi emblematica⁽³⁶⁾.

Una terza particolarità del diritto francese nella materia in discorso è la individuazione di regole di principio, che costituiscono la base di partenza e la guida nell'applicazione e nello stesso processo di revisione della legislazione sulla bioetica.

Una importante innovazione delle leggi del 1994 e di quella del 2004 è stata quella di enunciare una vera e propria «costituzione bioetica», che non ha praticamente riscontri nelle altre legislazioni europee, se si fa eccezione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e delle fonti del Consiglio d'Europa, quali la Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina, firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997 (e curiosamente ratificata dalla Francia solo con la legge in commento)⁽³⁷⁾.

Ma a differenza della Carta, i principi della bioetica nella legislazione francese sono stati fissati, come si è detto, nel *code civil*.

Il fatto che tali norme di principio abbiano un rilievo che va al di là della loro forma subcostituzionale viene marcato dalla precisazione che si tratta di norme di ordine pubblico (art. 16-9), che conferiscono al giudice ampi poteri di intervento (art. 16-2).

La scelta di introdurre tali principi nel codice civile ha una grande importanza giuridica e culturale.

⁽³⁵⁾ Cfr. RODOTÀ, *Legiferare in bioetica*, in *Le scienze – Quaderni*, n. 88, *Bioetica*, Milano, 1996, 86.

⁽³⁶⁾ Tra gli altri v. PALAZZO, *La filiazione*, cit., 8 ss., che parla delle numerose incongruenze della legge 40. La giurisprudenza ordinaria, amministrativa e costituzionale hanno via via demolito alcune disposizioni della legge sulla procreazione medicalmente assistita. Si pensi alla sentenza della Corte costituzionale n. 151 dell'8 maggio 2009 che ha abrogato l'ultimo periodo dell'art. 14, comma 2, limitatamente all'espressione «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre», nonché del comma 3 dell'art. 14 nella parte in cui non tiene conto, nell'imporre il trasferimento degli embrioni appena possibile, della salute della donna. Oppure si consideri la sentenza del TAR del Lazio del 21 gennaio 2008, n. 398 (in *Guida dir.*, 2008, fasc. 6, 60 ss., con nota di CARUSO) che ha annullato, in quanto illegittima per eccesso di potere, la previsione delle Linee guida del Ministero del 2004 che escludevano la diagnosi preimpianto.

⁽³⁷⁾ Al di fuori dell'Unione Europea la Costituzione federale della Confederazione svizzera contiene disposizioni riguardanti i temi bioetici: l'art. 118 b (Ricerca sull'essere umano); l'art. 119 (Medicina riproduttiva e ingegneria genetica in ambito umano); art. 119 a (Medicina dei trapianti); art. 120 (Ingegneria genetica in ambito non umano).

Come è noto i codici civili europei ⁽³⁸⁾ e il *common law* regolano soprattutto rapporti giuridici di carattere patrimoniale ⁽³⁹⁾.

Certamente le cose stanno profondamente cambiando, e si sta affermando un diritto privato «depatrimonializzato» ⁽⁴⁰⁾. Questo non solo per effetto delle Costituzioni o meglio della tendenza ad una loro applicazione diretta nei rapporti giuridici ⁽⁴¹⁾, ma, in Europa, soprattutto per opera del diritto dell'Unione europea, che ha messo in risalto temi non solo patrimoniali come l'etica ⁽⁴²⁾, la solidarietà, la conoscenza (come relazione tra ricerca, innovazione e istruzione), i diritti fondamentali ⁽⁴³⁾.

Senza dubbio però la legge francese rappresenta una novità, che rompe con la tradizione del diritto civile.

Gli articoli da 16 a 16-13 segnano infatti l'ingresso nei codici civili europei dei concetti prima quasi sconosciuti dal linguaggio giuridico. Il diritto scopre così, alla fine del secondo millennio ⁽⁴⁴⁾, il corpo ed i suoi elementi (le sue cellule, i gameti, i geni), che erano stati tenuti fuori dalle codificazioni del diciannovesimo secolo, le quali rappresentavano il soggetto privo dei suoi connotati corporali, attraverso l'astrazione di

⁽³⁸⁾ CAPRIOLI, *Il Codice civile. Struttura e vicende*, Milano, 2008; HALPERIN, *L'impossibile Code Civil*, Paris, 1992.

⁽³⁹⁾ Cfr. per tutti la sistematica dei rapporti civili realizzata da SAVIGNY, *Il sistema del diritto romano attuale*, trad. ital. di V. SCIALOJA, I, Torino, 1886, 337 ss.

⁽⁴⁰⁾ PERLINGERI, *Depatrimonializzazione e diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, 1 ss.

⁽⁴¹⁾ Cfr. PERLINGERI, *Il diritto civile nella sua legalità costituzionale*, Napoli, 1991, spec. capitoli 9 e ss.; RODOTÀ, *Tecnologie e tecniche della riforma del diritto civile*, Napoli, 2007.

⁽⁴²⁾ Per principi etici fondamentali si intendono tra gli altri (v. l'Allegato I della Decisione 1982/2006 e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), la tutela della dignità umana e dei diritti fondamentali, del patrimonio genetico, dell'ambiente e del benessere degli animali. Riguardo agli aspetti più generali di bioetica nel diritto comunitario, v., tra gli altri, BOMBIANI - LORETI BEGHÈ - MARINI, *Bioetica e diritti dell'uomo nella prospettiva del diritto internazionale e comunitario*, Torino, 2001. Sulla bioetica come questione della filosofia del diritto, v. SCARPELLI, *Bioetica: alla ricerca dei principi*, in *Le scienze - Quaderni*, cit., 2 ss. Più in generale, sui rapporti tra bioetica e diritto, v. PALAZZO - FERRANTI, *Etica del Diritto privato*, voll. I e II, Padova, 2002.

⁽⁴³⁾ Per un commento ai diritti previsti dalla Carta v., tra gli altri, RODOTÀ, *La persona*, in CASTRONOVO - MAZZAMUTO (a cura di) *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007, I, 193 ss. Sull'importanza della Carta per il diritto contrattuale v. ALPA, *Il diritto contrattuale di fonte comunitaria*, in CASTRONOVO, MAZZAMUTO (a cura di) *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007, II, 249 ss.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. Cfr. BAUD, *L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps*, Paris, 1993, trad. it. COLOMBO, *Il caso della mano rubata. Una storia giuridica del corpo*, Milano, 2003, 50.

concetti come capacità giuridica. Del corpo della persona si rintracciavano nei codici solo i minimi riferimenti alle vicende essenziali, quali la nascita e la morte. Oppure si considerava il corpo per affermarne la sua non commerciabilità, quale deroga al sistema di rapporti economico-patrimoniali (cfr. art. 5 codice civile italiano)⁽⁴⁵⁾. In generale il corpo apparteneva alla natura, piuttosto che al diritto⁽⁴⁶⁾.

È di grande valore simbolico, oltre che giuridico, che proprio il codice che ha fornito il modello alle codificazioni successive, il *code Napoléon*, oggi rinnovato proponga il nuovo modello di diritto civile.

ROBERTO CIPPITANI

⁽⁴⁵⁾ Sul nuovo rilievo del corpo v. STEFANELLI, *Autodeterminazione e disposizioni sul corpo*, cit., 15 ss. e l'ampia bibliografia ivi richiamata.

⁽⁴⁶⁾ RODOTÀ, *La vita e le regole: tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, 73 ss.

L'INADEGUATA TUTELA GIURIDICA DELLA PROLE NATA FUORI DEL MATRIMONIO NEL NOSTRO ORDINAMENTO

SOMMARIO: 1. *La disparità di trattamento della prole naturale rispetto alla prole legittima nella legislazione ordinaria.* 2. *La diversa tutela dei due status di figlio legittimo e di figlio naturale nello stesso momento genetico della filiazione.* 3. *Le minori garanzie processuali nei confronti dei figli nati da unioni di fatto.* 4. *Necessità di una riforma ispirata alla piena equiparazione dei due status ed i principali progetti non approvati dal Parlamento.*

1. La disparità di trattamento della prole naturale rispetto alla prole legittima nella legislazione ordinaria

Sebbene la Costituzione repubblicana del 1948, con straordinaria sensibilità precorritrice avesse già introdotto tra i suoi principi fondamentali gli articoli 3 e 30, norme cruciali a protezione dei figli naturali, tale tutela, ad oggi, risulta tuttora parziale ed incompleta nei loro confronti a causa delle minori garanzie sostanziali e processuali persistenti in loro danno nelle leggi civili ordinarie.

Le norme in parola appaiono tanto più significative e veramente anticipatrici di quel grande movimento d'idee da cui scaturirà nel 1975 la riforma del diritto di famiglia, diritto fortemente influenzato dai mutamenti della collettività, una realtà sociale e giuridica in continua trasformazione.

Recita, dunque, l'articolo 3, 1° comma, della nostra legge primaria:

“Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali”.

Recita, a sua volta, l'art. 30 3° comma:

“La legge assicura ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima”.

Ora, a distanza di sessantatre anni, le norme programmatiche citate sono ancora in attesa di una piena, integrale attuazione, con riguardo ad alcuni aspetti di forte rilevanza per quanto attiene ai figli nati da unioni di fatto o more uxorio, cioè da unioni non matrimoniali ⁽¹⁾.

Tali aspetti, essenzialmente possono ridursi a tre punti particolari che evidenziano l'ingiusta ed ingiustificata differenziazione dei due *status* di figli legittimi e naturali in netto contrasto con le due disposizioni cardine predette.

2. *La diversa tutela dei due status di figlio legittimo e di figlio naturale nello stesso momento genetico della filiazione*

Le disparità di trattamento – anzitutto – hanno luogo nello stesso momento genetico della filiazione e si manifestano, da un lato, attraverso il diverso regime dell'accertamento dello *status* di figlio legittimo e di figlio naturale e, dall'altro, attraverso il regime, pure diverso, dell'attribuzione del cognome al figlio nato in costanza di matrimonio ed al figlio nato fuori del matrimonio.

Status di figlio legittimo — L'esigenza di certezza della discendenza spiega e giustifica la presunzione di paternità del figlio legittimo espressa nella norma dell'art. 231 c.c. recante paternità del marito: “ Il marito è padre del figlio concepito (art. 232 c.c.) durante il matrimonio (artt. 235 e 253 c.c.)”.

Tale regola di derivazione romanistica rispecchia la regola del Digesto (D. 2, 4 e 5) : “Pater vero is est quem nuptiae demonstrant”.

La presunzione di paternità può venir meno ed essere posta nel nulla dall'azione di disconoscimento della paternità esperibile da uno dei coniugi o dal figlio e consentita nei casi previsti dall'art. 235 c.c. nonché proposta nei termini stabiliti dall'art. 244 c.c.

La filiazione legittima si prova con l'atto di nascita iscritto nel registro dello stato civile (art. 236 c.c.).

In mancanza di questo titolo, basta il possesso continuo dello stato di figlio legittimo.

Il possesso di stato risulta da una serie di fatti idonei nel loro complesso a dimostrare il nesso di derivazione dal padre al figlio, fatti costituiti dalle circostanze enunciate dall'art. 237 c.c.

Il figlio naturale, a sua volta, acquisisce lo stato di figlio legittimo per susseguente matrimonio dei genitori ovvero per provvedimento del

⁽¹⁾ Cfr. M.G. RUO, *Problematiche di discriminazione nei confronti di figli naturali*, in *Iustitia*, 2009, 425 ss.

giudice, se il provvedimento corrisponde all'interesse del minore e se concorrono le circostanze enunciate dall'art. 284 c.c.

Status di figlio naturale – Tale status può derivare da un atto volontario dei genitori non coniugati ovvero da un provvedimento del giudice.

Lo stato di figlio naturale – anzitutto – può acquistarsi attraverso l'atto volontario di riconoscimento ad opera del padre e della madre non coniugati, anche se uniti in matrimonio con altra persona all'epoca del concepimento.

Il riconoscimento può avvenire tanto congiuntamente quanto separatamente.

Tale stato – poi – può derivare a seguito di accertamento giudiziale della genitura naturale con apposita declaratoria pronunciata con sentenza del Tribunale Ordinario se il figlio è maggiorenne e del Tribunale per i minorenni se il figlio è un minore.

Un'ipotesi particolare di trattamento discriminatorio nei confronti della prole naturale era quella prevista dall'art. 274 c.c. sull'ammissibilità dell'azione per la dichiarazione giudiziale della genitura naturale con la fase deliberativa dell'azione predetta, norma, però, di recente, dichiarata incostituzionale con sentenza 6 febbraio 2006 n. 50.

Attribuzione del cognome – Diversa è la cognomizzazione del figlio legittimo e del figlio naturale.

Ariguardo giova osservare che ad una regolamentazione dettagliata dell'attribuzione del cognome al figlio naturale si contrappone il difetto di una specifica disciplina relativa al cognome del figlio legittimo.

Nel nostro ordinamento, infatti, manca una norma ordinaria di attribuzione del cognome del figlio nella famiglia legittima.

In questa, infatti, è operante:

- o una regola consuetudinaria, cioè la norma dell'attribuzione automatica del patronimico al figlio nato in costanza di matrimonio (secondo l'indirizzo accolto dalla Cassazione nell'ordinanza interlocutoria 22 settembre 2008 n. 23934 ed in base al rilievo che il nome costituisce strumento identificatorio della persona, cioè strumento per l'attuazione del diritto all'identità personale);

- ovvero una norma di sistema (alla luce degli artt. 237, comma 2, 262, comma 1, 299, comma 3, c.c. e secondo la Cassazione nella sentenza 14 luglio 2006 n. 16093), cioè una norma implicita di diritto positivo attributiva del cognome paterno al figlio legittimo.

Tanto la norma consuetudinaria quanto la norma di sistema costituiscono retaggio di una concezione patriarcale della famiglia di derivazione romanistica ⁽²⁾.

⁽²⁾ Cfr. Corte cost., 16 febbraio 2006, n. 61 che ritiene ingiustificato l'attuale

Esiste, invece, una precisa disciplina codicistica di attribuzione del cognome al figlio naturale.

L'articolo 262 c.c. prospetta tre ipotesi di riconoscimento.

Quella ad opera del genitore che per primo ha proceduto al riconoscimento: in questo caso il figlio naturale assume il cognome del genitore predetto.

Una seconda ipotesi di riconoscimento contemporaneo di entrambi i genitori: in questo caso il figlio assume il cognome paterno, in analogia a quanto è previsto per i genitori coniugati.

Una terza ipotesi di riconoscimento fatto o accertato dopo l'anteriore riconoscimento da parte della madre: in questo caso il figlio naturale maggiorenne può assumere il cognome del padre aggiungendolo ovvero sostituendolo a quello della madre.

Per il figlio minore di età decide il giudice circa l'assunzione del cognome.

In momenti diversi, sul legame tra nome ed identità personale, la Consulta si è espressa più volte con tre declaratorie di illegittimità costituzionale delle norme sottoposte al suo riscontro.

Con la prima sentenza del 3 febbraio 1994 n.13, il giudice delle leggi ha ritenuto fondata la questione di Costituzionalità dell'art. 165 dell'Ordinamento dello stato civile (r.d. 1238/1939) in relazione all'art. 2 Costituzione nella parte in cui non prevede che "a seguito della rettifica degli atti dello stato civile per ragioni indipendenti dall'interessato, il soggetto possa mantenere il cognome fino a quel momento attribuito e che è entrato a far parte del proprio diritto costituzionalmente garantito all'identità personale".

Con la seconda sentenza del 23 luglio 1996 n. 297, la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 262 c.c. nella parte in cui non prevede che il figlio naturale, nell'assumere il cognome del genitore che lo ha riconosciuto, possa ottenere dal giudice il riconoscimento del diritto a mantenere il cognome precedentemente attribuitogli.

Con la terza sentenza del 11 maggio 2001 n. 120, la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 299, comma 2, c.c. nella parte in cui non prevede che l'adottato, figlio naturale non riconosciuto dai propri genitori, possa aggiungere al cognome dell'adottante anche quello originariamente attribuitogli.

sistema di attribuzione del cognome ma non ne dichiara l'illegittimità, spettando al legislatore intervenire con la scelta tra diverse opzioni possibili. Secondo la Cassazione (Cass., 22 settembre 2008, ord., n. 23944 in *Dir. fam. pers.*, 2009, 1074 ss., con nota di ARCURI) l'attribuzione automatica del patronimico sarebbe in contrasto con gli articoli 2, 3 e 29 della Costituzione nonché con gli articoli 8 e 14 della C.E.D.U.

Secondo il rilievo principale svolto dalla Consulta nelle tre decisioni citate, il nome, inteso come segno distintivo dell'identità personale, costituisce uno dei diritti inviolabili protetti dall'art. 2 della legge primaria.

Anche in dottrina ⁽³⁾, l'acquisto automatico del patronimico è stato ripetutamente criticato per il suo contrasto sia con l'articolo 29, comma 2, della Carta fondamentale, in violazione cioè del principio di parità morale e giuridica dei coniugi, sia con il principio di uguaglianza sancito dall'art. 3.

E ciò indipendentemente dal rilievo che l'attribuzione automatica del cognome paterno non sarebbe necessaria per garantire l'unità familiare, mentre l'opzione per il doppio cognome renderebbe palese l'unità del nucleo familiare, visto come un rapporto basato sulla parità e sull'uguaglianza.

In conclusione, da quanto sopra esposto emerge una tendenza comune a tutta la giurisprudenza sia italiana ⁽⁴⁾ (giudici ordinari e specializzati nonché giudici amministrativi, Tar e Consiglio di Stato) sia comunitaria, Corte di Giustizia ⁽⁵⁾ che valorizza sempre più il nome nel suo profilo privatistico, quale aspetto del diritto all'identità personale.

3. Le minori garanzie processuali nei confronti dei figli nati da unioni di fatto.

Deve registrarsi – inoltre – l'assenza di un procedimento a tutela dei diritti dei figli minori naturali nel momento della crisi genitoriale, a differenza di quanto accade per i figli legittimi che, durante la crisi matrimoniale, ricevono adeguata protezione nei procedimenti di separazione e di divorzio.

Altra disparità di trattamento che, sul piano sostanziale, è dato riscontrare tra i due status in parola, è quella che attiene al rapporto di

⁽³⁾ V. soprattutto PROSPERI, *L'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, 841 ss. ed in epoca precedente, DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1982, 463-464. Inoltre, sulla conomizzazione paterna dei figli legittimi sono importanti ed incisive le osservazioni di DONATI, *La conomizzazione dei figli legittimi da parte della madre*, in *Dir. fam. pers.*, 2009, 355 ss., ed i rilievi di CIAN-TRABUCCHI, in *Comm. breve al codice civile*, Padova, 2004, 78.

⁽⁴⁾ Cfr. Trib. Bologna, 9 giugno 2004, in *Fam. dir.*, 2004, 441; Trib. Napoli, decr. 19 marzo 2008, in *Foro. it.*, I, 2322; Cons. St., sez. IV, 4 ottobre 1999, n. 1519, in *Foro. it.*, 2000, III, 127; Cons. St., sez. IV, 26 giugno 2002, n. 3553 in *Foro amm.*, 2002, 1423; Cons. St., sez. IV, 27 aprile 2004, n. 2572, in *Giur. it.*, 2004, 2177; Cons. St., sez. IV, 14 settembre 2005, n. 4766, in *Foro amm.*, 2005, 9, 2530.

⁽⁵⁾ Corte Giust., 2 ottobre 2003, n. 148/2002, in *Fam. dir.*, 2004, 437.

parentela tra figli e parenti dei genitori, rapporto riconosciuto solo nella famiglia legittima ed inesistente nelle unioni non matrimoniali dove non è previsto il vincolo parentale del minore coi nonni e cugini.

Sicuramente minore ampiezza, ancora, sul piano processuale, presentano le garanzie riconosciute nei giudizi civili minorili ai figli naturali rispetto ai figli legittimi.

A tale riguardo basterà ricordare alcuni significativi aspetti rivelatori.

In primo luogo, deve farsi menzione della prevalente applicazione del rito camerale con i suoi limiti concernenti:

- il patrocinio *ex* articolo 82, comma 2 e 3 c.p.c., dei genitori e dei figli naturali;
- il termine assai breve di dieci giorni per impugnare;
- la non ricorribilità in Cassazione dei provvedimenti di natura personale emessi dal giudice minorile;
- l'impossibilità di ordinare al genitore obbligato di prestare garanzia reale o personale, di ordinare ai terzi il pagamento diretto e di disporre il sequestro (vedansi articoli 156 c.c. e 8 della legge sul divorzio).

In secondo luogo, deve pure ricordarsi l'assenza di una norma che espressamente riconosca alle statuizioni patrimoniali contenute nel decreto del giudice minorile la qualità di titolo esecutivo, a differenza delle analoghe statuizioni che in materia di famiglia legittima, godono sempre di espressa tutela ed efficacia esecutiva quali: il provvedimento monitorio *ex* art. 148 c.c. emesso con decreto dal Presidente del Tribunale ordinario; la sentenza *ex* art. 4 comma 14 della legge sul divorzio relativamente ai provvedimenti di natura economica, regola estesa per effetto dell'art. 23 della legge 74/1987 ai procedimenti di separazione giudiziale; i provvedimenti temporanei ed urgenti adottati ai sensi dell'art. 708 c.p.c. che ai sensi dell'art. 189 comma 2 d.a.c.p.c. costituiscono titolo esecutivo e mantengono tale caratteristica anche in caso di estinzione del giudizio di separazione.

In terzo luogo, non può sottacersi il nodo problematico del riparto della competenza funzionale (*o razione materiae*) tra i due organi giurisdizionali, nodo che ha dato luogo alla c.d. divaricazione o frammentazione di competenza tra il Tribunale ordinario ed il Tribunale minorile.

In tema di rapporti personali e patrimoniali fra genitori e figli nella famiglia di fatto cioè nelle unioni non matrimoniali o *more uxorio* è stata per lungo tempo incerta ad assai confusa la linea di confine della competenza funzionale tra i due giudici.

Sino al 1995 i Tribunali per i Minorenni emettevano provvedimenti relativi all'affidamento della prole naturale ed alla regolamentazione del diritto di visita del genitore non affidatario nonché al mantenimento di essa.

Solo a partire dagli anni 1996 e 1997 a seguito di due storiche pronunce del giudice delle leggi ⁽⁶⁾ è stata risolta con chiarezza la questione del riparto della competenza tra i due organi giurisdizionali.

La Consulta, infatti, con le sentenze 5 febbraio 1996 n. 23 e 30 dicembre 1997 n. 451 attribuì, da un lato, al Tribunale per i Minorenni la cognizione della materia relativa ai rapporti personali tra genitori e figli naturali ed alla pronuncia dei provvedimenti *de potestate* (decadenza dalla potestà parentale, limitazione-sospensione della stessa e reintegrazione: artt. 330, 333, 334 e 336 c.c.) e, dall'altro, demandò al Tribunale Ordinario la regolamentazione dei rapporti patrimoniali concernenti il contributo di mantenimento e l'assegnazione della casa familiare.

In caso di separazione personale dei coniugi, la Corte di Cassazione – in sintonia con l'indirizzo ermeneutico del giudice delle leggi – ha affermato la competenza *ratione materiae* del Tribunale ordinario in ordine alla pronuncia dei provvedimenti di natura personale e patrimoniale nei confronti dei figli legittimi, riservando alla cognizione del Tribunale per i Minorenni la pronuncia dei provvedimenti *de potestate* in tema di controllo sull'esercizio della potestà genitoriale (artt. 330, 333, 334 e 336 c.c.) che il Tribunale ordinario è tenuto a rispettare.

Nella crisi delle unioni di fatto, del tutto prive di un vincolo giuridico personale e fondate solo sulla libertà dei conviventi di sciogliere in qualunque momento il loro rapporto, due sono gli indirizzi interpretativi che si fronteggiano riguardo alla tutela affidataria ed alla tutela economica della prole naturale.

Il primo indirizzo ermeneutico è quello antecedente all'entrata in vigore della legge 54/2006 ⁽⁷⁾ con la divaricazione delle competenze e la

⁽⁶⁾ V. Corte cost., 5 febbraio 1996, n. 23, pubblicata in *G.U. Serie Speciale*, 14 febbraio 1996, n. 7, 31 ss.; in *Dir. fam. pers.*, 1996, 1327 ss., con nota di BORDONARO; Corte Cost., 30 dicembre 1997, n. 451, pubblicata su *G.U. Serie Speciale*, 7 gennaio 1998, n. 1, con nota di MORANI, *La questione di costituzionalità degli art. 317 bis c.c. e 38 disp. att. c.c.: il secondo intervento della Consulta ne riafferma con la sentenza 451/1997 l'infondatezza*, in *Dir. fam. pers.*, 1998, 484. V. inoltre i due saggi di MORANI, *La giurisdizione civile per i minorenni: la competenza ratione materiae del T.p.M. in tema di rapporti giuridici patrimoniali fra genitori e figli*, in *Dir. fam. pers.*, 1999, 761 ss., e *La giurisdizione civile per i minorenni: la competenza ratione materiae del T.p.M. in tema di rapporti giuridici personali fra genitori e prole*, in *Dir. fam. pers.*, 1999, 1311 ss.; e ancora MORANI, *È ancora configurabile dopo le sentenze n. 23/1996 e n. 451/1997 della Consulta, la competenza funzionale dell'organo giurisdizionale specializzato in materia di contributo di mantenimento a favore della prole naturale minorene?*, in *Dir. fam. pers.*, 2000, 623 ss.

⁽⁷⁾ La normativa introdotta con la legge 8 febbraio 2006, n. 54 in materia di separazione dei genitori e di affidamento condiviso dei figli presenta alcune peculiari note distintive quali: - il diritto alla bigenitorialità da cui discendono il diritto di

scissione delle stesse tra due giudici diversi ⁽⁸⁾ a seconda dell'oggetto della domanda attrice nel senso che spetta alla cognizione del giudice ordinario la domanda relativa al contributo di mantenimento ed al rimborso delle relative spese e spetta invece all'organo giurisdizionale specializzato la cognizione delle ipotesi tassativamente previste dall'art. 38 d.a.c.c., il cui secondo comma attribuisce al giudice ordinario la competenza ad emettere tutti gli altri provvedimenti riguardanti i minori.

Trattasi, secondo la Suprema Corte, di competenza funzionale e, quindi, inderogabile per ragione di connessione.

L'altro indirizzo ermeneutico successivo alla legge citata è quello seguito dalla Cassazione con l'ordinanza 3 aprile 2007 n. 8362 di regolamento della competenza con la quale è stato formulato il principio di concentrazione di entrambe le tutele in capo al giudice minorile nella sola ipotesi di contestualità e di cumulo delle domande di affidamento, diritto di visita e di collocamento abitativo prevalente nonché di mantenimento e di assegnazione della casa familiare con un'unica decisione, in ossequio alle nuove regole del giusto processo *ex art.* 111 Costituzione ed al preminente profilo della sua ragionevole durata con evidente riduzione dei costi maggiori prodotti dalla divaricazione delle competenze.

Nella decisione predetta, il Supremo Collegio – con riguardo all'esigenza della medesima tutela e della piena equiparazione dei figli naturali e legittimi – ha stabilito un'attrazione in capo all'organo giurisdizionale specializzato della competenza a provvedere sia sull'affidamento sia sul mantenimento dei figli naturali, se le relative domande sono proposte congiuntamente.

Un particolare problema di competenza è sorto nell'ipotesi in cui, nel procedimento relativo alla speciale azione monitoria *ex art.* 148 comma 2 c.c. davanti al giudice ordinario (Presidente del Tribunale),

conservare un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, di ricevere cura educazione ed istruzione da entrambi; - l'esercizio della potestà parentale è svolto da entrambi i genitori che assumono le decisioni di maggiore interesse per i figli di comune accordo con specifico riguardo alle capacità, all'inclinazione naturale ed alle aspirazioni dei figli; - il potere del giudice di disporre anche d'ufficio l'affidamento condiviso che costituisce la regola mentre è eccezionale e residuale l'ipotesi dell'affidamento monogenitoriale; - il principio del mantenimento diretto del figlio da parte di ciascun genitore e la previsione in via subordinata della corresponsione di un assegno di mantenimento in favore del figlio; - l'audizione obbligatoria del minore che abbia compiuto i dodici anni d'età.

⁽⁸⁾ Cfr. *ex multis*: Cass. civ., 12 aprile 1979, n. 2162, in *Foro. it.*, 1979, I, 1125; Cass. civ., sez. un., 2 marzo 1983, n. 1551, in *Dir. fam. pers.*, 1983, 38; Cass. civ., 10 aprile 1991, n. 4273, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, 634 e Cass. civ., 11 aprile 1997, n. 3159, in *Fam. dir.*, 1997, 431; Cass. civ., 27 marzo 1998, n. 3222, in *Rep. Foro. it.*, 1998, voce *Separazione dei coniugi*, n. 97.

il genitore obbligato inadempiente nel contribuire al mantenimento, chieda in riconvenzione l'affidamento ovvero l'esercizio della potestà sul figlio naturale.

Tale problema è stato risolto univocamente dal Tribunale ordinario di Padova con decisione presidenziale 25 febbraio 2009 e dal Tribunale ordinario di Macerata con ordinanza presidenziale 17 aprile 2009 nel senso della declaratoria d'incompetenza funzionale del giudice adito a favore dell'organo giurisdizionale specializzato ritenuto competente in ordine all'avanzata domanda riconvenzionale.

La soluzione accolta è persuasiva e condivisibile, giacché in un procedimento sommario posto a tutela ed a garanzia di diritti primari di un soggetto in età evolutiva appare del tutto arbitrario ed in contrasto con la tutela preminente del soggetto citato la pretesa del convenuto inadempiente alla cui mera discrezionalità sarebbe rimessa la stessa sorte del procedimento monitorio, mentre il convenuto ben potrebbe proporre davanti al Tribunale per i Minorenni l'azione *ex art. 317 bis c.c.* (v. *Dir. fam. pers.*, 3/2010, 1827).

La suindicata giurisprudenza della Cassazione in sede di regolamento di competenza è divenuta ormai diritto vivente ⁽⁹⁾ in base al quale, in difetto di cumulo delle due pretese di natura personale e di natura patrimoniale, se la domanda riguarda unicamente le questioni economiche, essa deve proporsi davanti al Tribunale ordinario e non già davanti al Tribunale minorile nonostante la vigenza della legge n. 54 del 2006 ⁽¹⁰⁾.

⁽⁹⁾ La Cassazione ha posto fine al dibattito sulla competenza in tema di procedimenti in caso di crisi della coppia di fatto e di affidamento dei figli naturali con decisioni successive, conformi all'indirizzo di cui al provvedimento 8362/2007, quali le ordinanze 20 settembre 2007, n. 19406, 25 settembre 2007, n. 19909, 7 febbraio 2008, n. 2966 e 5 agosto 2008, n. 21126. Pure conformi sono le altre ordinanze regolatrici 21754, 21755 e 21756 del 2008 secondo cui è competente il Tribunale per i Minorenni quando la domanda concerne sia l'affidamento sia il mantenimento, quando, invece, la domanda ha contenuto unicamente economico competente è il Tribunale ordinario.

⁽¹⁰⁾ In ordine alla competenza funzionale del Tribunale per i Minorenni, la Consulta è intervenuta di recente con due interessanti pronunce: a) Il giudice delle leggi con ordinanza 6 novembre 2009, n. 286 ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale degli artt. 4 comma 2 della legge 54/2006, 317 *bis* c.c. e 38 d.a.c.c., questione sollevata dalla Corte di Appello di Lecce – Sezione distaccata di Taranto – Sezione per i Minori con riguardo agli artt. 3, 24 e 111 Cost. nella parte in cui estendono ai procedimenti relativi ai figli naturali la disciplina dettata dalla citata legge 54/2006 in materia di separazione dei genitori ed affidamento condiviso dei figli, con attribuzione al Tribunale per i Minorenni anziché al Tribunale ordinario della competenza ad adottare provvedimenti di contenuto patrimoniale o non direttamente concernenti il minore. La Corte ha posto a base di

4. *Necessità di una riforma ispirata alla piena equiparazione dei due status ed i principali progetti non approvati dal Parlamento*

Un'ultima considerazione a chiusura del cerchio sul tema in esame.

Non poche ed abbastanza gravi risultano ancora le carenze e le contraddizioni dell'attuale sistema di giustizia minorile.

Tra esse basterà ricordare sommariamente:

- l'incertezza normativa circa il giudice competente in ordine alle controversie personali e patrimoniali concernenti i soggetti in età evolutiva;

- la mancata previsione di efficacia di titolo esecutivo per i provvedimenti dell'organo giurisdizionale specializzato in tema di mantenimento;

- l'inesistenza di una procedura specifica per i provvedimenti provvisori ed urgenti;

- la scissione delle competenze sull'affidamento dei figli di genitori coniugati in caso di separazione e di divorzio dalle competenze relative all'affidamento dei figli naturali;

- l'assenza di rappresentanza e difesa del minore (naturale e legittimo) in gran parte dei procedimenti che lo riguardano ove è frequente il conflitto di interessi coi genitori (procedimenti *de potestate* e quelli di adottabilità).

detta ordinanza: da un lato, la mancanza di una specifica ed univoca formulazione del *petitum*, non risultando in modo chiaro il contenuto della richiesta del giudice *a quo*; e dall'altro, il mancato svolgimento da parte di quest'ultimo del doveroso tentativo di esplorazione della possibilità di una interpretazione adeguatrice delle disposizioni impugnate; b) Lo stesso giudice delle leggi con sentenza 5 marzo 2010, n. 82 ha dichiarato infondata con riguardo all'art. 3 Cost. la questione di costituzionalità dell'art. 4 comma 2, l. 54/2006, questione sollevata dal Tribunale ordinario di Roma con ord. 21 gennaio 2009, nella parte in cui non prevede la generalizzata competenza funzionale del Tribunale per i Minorenni in ordine alle decisioni sul contributo di mantenimento dei figli minori di genitori non coniugati (competenza che invece, nell'interpretazione fornita dalla Corte di Cassazione costituente diritto vivente) è limitata alla sola ipotesi in cui il contributo sia richiesto contestualmente a misure relative all'esercizio della potestà ed all'affidamento del figlio.

Sul punto di cui all'art.3 Cost., la Consulta ha ritenuto non fondata la questione in base al rilievo che "il legislatore, cui va riconosciuta la più ampia discrezionalità nella regolazione generale degli istituti processuali, è in particolare arbitro di dettare regole di ripartizione della competenza fra i vari organi giurisdizionali, sempreché le medesime non risultino manifestamente irragionevoli" (sentenza n. 451 del 1997). Il giudice delle leggi ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione sollevata con riferimento agli artt. 25 e 111 Cost. in quanto priva di motivazione.

Alla luce ed in base ai rilievi svolti appare certamente non più dilazionabile una riforma complessiva della disciplina ordinaria circa la prole naturale.

Sul piano processuale e pure sul piano sostanziale non è più rinviabile – dopo la lunghissima attesa di tanti decenni – un intervento del legislatore da molti auspicato e da sempre rinviato, intervento diretto a far confluire le diverse competenze in capo ad un unico organo giurisdizionale autonomo e multidisciplinare piuttosto che ad istituire sezioni specializzate all'interno dei tribunali ordinari.

È pur vero che dottrina e giurisprudenza hanno fatto osservazioni e proposte importanti al fine della piena attuazione delle norme costituzionali citate e per la migliore protezione dei diritti della prole naturale: basti pensare ai rilievi ed alle prospettazioni di Andrea Proto Pisani ⁽¹¹⁾, nonché alle riflessioni delle Sezioni Unite nella famosa sentenza 19 giugno 1996 n. 5629 sul rito camerale inteso come “contenitore neutro”, allo scopo di adeguare, attraverso la duttile discrezionalità del giudice specializzato, il rito detto ai principi del diritto di difesa e del contraddittorio, senza sottacere l'altrettanto famoso “decalogo abbreviato” suggerito dalla Consulta al giudice minorile per un più congruo uso dello schema camerale, attraverso un ventaglio minimo di regole più garantiste (vedansi: ordinanza 748/1988; sentenze 103/1985, 543 e 573/1989, 202/1975, 111/1972).

È altrettanto vero ed incontestabile, tuttavia, che le sollecitazioni e gli accorgimenti formulati dagli studiosi e dalle nostre supreme magistrature non sono vincolanti per il giudice e, pertanto, non risolvono le problematiche delineate, onde appare manifestamente più necessario l'intervento del *conditor legis*, allo scopo di rimuovere le molte e serie disparità di trattamento persistenti nei confronti dei figli naturali.

Una prima strada di revisione del sistema in atto è stata individuata nell'introduzione di un rito *ad hoc* per la prole di genitori non coniugati, un rito che presenti le stesse garanzie sostanziali e processuali previste nelle separazioni e nei divorzi a favore dei figli di genitori coniugati.

Quale intervento rilevante ed incisivo per la detta revisione, comunque, è stata indicata la creazione di un unico organo giurisdizionale specializzato per la famiglia e per i minori cui attribuire la cognizione di tutti i procedimenti riguardanti la prole nata dal matrimonio e fuori del matrimonio.

⁽¹¹⁾ Cfr. PROTO PISANI, *Procedura camerale e tutela degli interessi dei minori*, in *Foro it.*, I, 1996, 65 ss; ID., *Per un nuovo modello di processo minorile*, ivi 1998, 124 ss.; cfr. inoltre MORANI, *La giurisdizione civile per i minorenni: il rito camerale nei procedimenti davanti all'organo giurisdizionale specializzato*, in *Dir. fam. pers.*, 2000, 1218 ss.

Non sono mancati nelle ultime legislature i progetti di riforma del sistema di giustizia minorile volti ad eliminare il c.d. arcipelago delle competenze, la diaspora, la frammentazione di queste ultime.

Tuttavia i vari tentativi esperiti sono rimasti senza esito.

Sono da ricordare a riguardo nella XV e XVI legislatura i progetti Castelli, Volontè ed Alberti-Casellati.

Il primo progetto – in netto contrasto con le precedenti proposte di riforma – è stato bocciato nel 2003 per una pregiudiziale di costituzionalità.

Esso prevedeva l'istituzione di sezioni specializzate presso i Tribunali ordinari e le Corti di Appello, l'eliminazione della componente onoraria del Tribunale per i Minorenni senza esclusività di funzioni per i magistrati ad esso destinati, pure privi di alcun particolare requisito di formazione.

Il progetto Volontè contemplava, invece, la composizione mista del Collegio giudicante dove i magistrati togati erano affiancati da due esperti privi di potestà decisoria con funzioni consultive e di assistenza tecnica.

Il progetto Alberti-Casellati prevedeva nuove sezioni specializzate formate unicamente da magistrati con una particolare conoscenza ed esperienza in materia di controversie familiari e minorili; il giudice tutelare, designato tra i membri della sezione, pur conservando le proprie competenze, aveva la specifica funzione di giudice dell'esecuzione cioè dell'attuazione coattiva dei provvedimenti della sezione stessa.

Sempre in prospettiva di riforma, nell'attuale legislatura sono da segnalare:

- il disegno di legge 17 novembre 2008 n. 1211 che, secondo i parlamentari promotori, attribuisce tutte le competenze in materia di figli naturali al Tribunale ordinario al fine di ovviare alla disparità di trattamento rispetto ai figli legittimi;

- e il disegno di legge 26 febbraio 2009 n. 1412 che sottrae al Tribunale minorile tutte le competenze in materia di figli naturali con riguardo ai provvedimenti sull'affidamento, mantenimento ed assegnazione della casa familiare, devoluti al Tribunale ordinario.

Il disegno di legge in parola, come il precedente 17 novembre 2008 n. 1211, priva l'organo giurisdizionale specializzato della quasi totalità delle competenze, e, così, gli sottrae le controversie relative allo *status* del minore (vedansi artt. 250, 262 e 269 c.c.), attribuendogli solo le questioni *de potestate* ex art. 330-336 c.c. e le adozioni di cui alla legge 184/1983.

LA FORMA DEL NEGOZIO DI PROCURA E ATTIVITÀ NOTARILE

SOMMARIO: 1. *Premessa*. 2. *La procura, la procura estera e le sue forme di legalizzazione*. 3. *La legalizzazione e la procura per atto consolare*. 4. *L'apostille ex Convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961*. 4. *La Convenzione di Bruxelles del 25 maggio 1987*. 5. *La ratio dell'articolo 1392 c.c. e la sua derogabilità (forzata) ex art. 60 della Convenzione di Bruxelles*.

1. *Premessa*

Talvolta, la facoltà di disposizione può appartenere ad un soggetto giuridico diverso dal soggetto titolare del diritto o, più in generale, della situazione giuridica sulla quale i riflessi dell'atto compiuto si producono. Alla regola generale secondo cui *certissimum est alterius contractu neminem obligari* l'ordinamento pone alcune eccezioni, giustificate dalla necessità di consentire a certi soggetti di operare efficacemente modificazioni della realtà giuridica che li riguarda⁽¹⁾ o agevolare il compimento dell'atto stesso in attuazione di una funzione "propulsiva" che normalmente caratterizza il diritto.

Il dato che costantemente ricorre, in questi casi, è identificabile nella dissociazione tra il soggetto che compie l'atto e colui nel cui patrimonio l'atto è destinato a produrre le conseguenze.

Ben descrive gli effetti di questa dissociazione tra l'agente ed il "de-

⁽¹⁾ Come agevolmente può intendersi, il riferimento è non solo a quei soggetti che soffrono una limitazione della propria capacità di agire in ragione dell'esigenza di tutela che informa la disciplina degli istituti protettivi a tali situazione correlati; ma anche a quei casi nei quali la scissione tra colui il quale compie l'atto e il referente soggettivo dei relativi effetti sia giustificata dalle peculiarità del soggetto (come nel caso delle persone giuridiche) o dalla intenzione del legislatore di rispondere alla crescente esigenza dei mercanti di operare su piazze diverse ed ulteriori rispetto a quelle sulle quali essi esercitavano, fisicamente, la *mercatura*.

stinatario” degli effetti dell’atto l’articolo 1388 c.c., il quale equipara il contratto (quindi, più in generale, il negozio ⁽²⁾) concluso dal rappresentante, “*in nome e nell’interesse del rappresentato*” ⁽³⁾, al contratto che, per i medesimi fini, sarebbe stato concluso dal rappresentante.

La migliore dottrina ha per anni dibattuto su quale sia la fonte della rappresentanza e in cosa consista la procura dal punto di vista degli effetti, considerando il rapporto di “*gestione*” posto in essere dalle parti a monte del contratto da stipulare come decisivo (da una parte della dottrina) per la determinazione dei limiti del potere conferito; e meramente interno (da un’altra parte della dottrina), nel senso che varrebbe a regolare i rapporti solo tra i due soggetti chiamati rappresentante e rappresentato senza andare ad interessare la sfera del cosiddetto terzo, per i quali “*verrebbero in considerazione momenti e circostanze diverse*” ⁽⁴⁾. Notiamo quindi come la migliore dottrina abbia sempre disaminato il significato di rappresentanza ed abbia sempre cercato di delimitarne l’ambito di applicazione (anche cercando di darne una netta distinzione dal mandato). Non potendo aggiungere più di quanto già è stato detto in materia di rappresentanza, ci limitiamo ad una trattazione breve dell’istituto dal punto di vista e dottrinale e del suo rapporto con la legge notarile specie in relazione alla “*deroga coatta*” dell’art 1392 c.c. nel

⁽²⁾ Almeno nei limiti entro cui la particolare natura dell’atto non implichi una limitazione alla possibilità di delegarne il compimento: si tratta dei cd. atti “purissimi”.

Ciò che peraltro non consente di mettere in discussione la generale regola secondo cui, in mancanza di contrarie disposizioni, il compimento dell’atto mediante rappresentante è pur sempre ammesso dall’ordinamento.

⁽³⁾ Art 1388 c.c. “*Il contratto concluso dal rappresentante in nome e nell’interesse del rappresentato, nei limiti delle facoltà conferitegli, produce direttamente effetto nei confronti del rappresentato*”.

Si noti che l’articolo 272 del secondo *Progetto Ministeriale del libro delle Obligazioni* così disponeva: “*Il potere di rappresentanza è conferito dalla legge o, mediante procura, dalla volontà dell’interessato*”. Fu BETTI a suggerire la formulazione attuale, rilevando essere inopportuna la menzione della procura perché “*fa credere che un conferimento di poteri da parte dell’interessato non ci possa essere che con apposito atto di procura, mentre la vita pratica insegna che esso può esserci anche attraverso un mandato*” (*Osservazioni e proposte sul progetto del libro quarto. Delle Obligazioni*, Roma, 1949, 27). Studi importanti, in merito alla rappresentanza, li ritroviamo nel Codice Europeo dei Contratti. Tali studi, portati avanti dall’Accademia dei Giusprivatisti Europei diretta dal prof. Peter Stein e Giuseppe Gandolfi, sono confluiti nel testo del codice, da loro redatto, negli articoli 60 e ss. Per un maggior approfondimento sull’Accademia dei Giusprivatisti Europei ed al Codice Europeo dei Contratti si rinvia a <http://www.accademiagiurprivatistieuropei.it> e STEIN (a cura di), *Convegni di studio per la redazione del progetto di un codice europeo dei contratti (Pavia 1992 – 1994)*, Milano, 1996.

caso in cui ci trovassimo di fronte ad un negozio di procura proveniente dall'estero.

2. La procura, la procura estera e le sue forme di legalizzazione

Con la procura si attribuisce un potere al rappresentante che, agendo in nome e per conto del rappresentato, potrà impegnarlo nei confronti dei terzi.

La dottrina non è univoca sulla definizione di procura dal punto di vista di "fonte della rappresentanza". Per quanto la definizione classica di procura ci dice che essa sia un atto unilaterale, rivolto ai terzi, costitutivo di potere ⁽⁵⁾, possiamo *icto oculi* dividere la dottrina più significativa in tre grandi filoni:

- la rappresentanza ha fonte esclusivamente nel rapporto di gestione ⁽⁶⁾;
- la procura, in quanto fonte della rappresentanza, è un negozio tipico da tenere distinto dal contratto del rapporto di gestione ⁽⁷⁾.

⁽⁴⁾ Ulteriori approfondimenti sulle varie dottrine succedutesi nel tempo si faranno più avanti nel paragrafo 1.

⁽⁵⁾ TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2009, 108 e ss.

⁽⁶⁾ PUGLIATTI nei suoi *Studi sulla rappresentanza, Il conflitto d'interessi tra principale e rappresentante* (estratto dagli Annali dell'Istituto di scienze giuridiche, economiche, politiche e sociali della R. Università di Messina, 1928), Milano, 1965, 56 e ss, partendo da una aspra critica delle teorie dello Hupka e del Cavarretta, assume, come base di partenza, la *contemplatio domini* come elemento costitutivo della rappresentanza e definisce il potere rappresentativo come "rapporto di cooperazione" nella fase esecutiva facendo sì che la rappresentanza entri in un rapporto diretto con il negozio di gestione. Sottolinea poi come, al contrario della parte della dottrina che sostiene l'autonomia della rappresentanza, "nell'agire in nome altrui il rappresentante si presenta come cooperatore principale, e non già anche ed eventualmente, ma insieme e necessariamente." Dello stesso indirizzo sono ROSEMBERG, *Stellvertretung im Prozess*, Berlin, 1908, 582 che in maniera decisa afferma che la rappresentanza senza procura non è meno rappresentanza di quella con la procura, e COGLIOLO, *Scritti vari di diritto privato*, Torino, 1917, 336.

⁽⁷⁾ SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Tratt. dir. civ. diretto da Grasso e Santoro Passarelli*, Milano, 1980, 67, sottolinea che per quanto PUGLIATTI affermi che siano "negozi strettamente connessi ... [tale connessione] non deve essere ragione di perplessità sulla asserita indipendenza della procura", andando poi a precisare che i negozi di gestione, a differenza della procura, non danno sempre luogo a ipotesi di rappresentanza. Dello stesso avviso è SANTORO PASSARELLI nelle sue *Dottrine generali di diritto civile*, 1944, Napoli, 271 ss., che compendia l'evoluzione dottrinale sottolineando come l'interferenza della procura nel negozio gestorio ha portato ad un più faticoso approdo della dottrina ad una giusta soluzione; portandola, infine, ad "enucleare" il concetto di rappresentanza e poi di procura dal negozio di gestione ("anche quando alla stessa sia unito"). Nella stessa direzione CARIOTA FERRARA, *Negozio giuridico*, Napoli, 1948, 690 ss; BETTI, *Teoria del negozio giuridico*, Roma,

- la procura non è sola fonte della rappresentanza. Essa può essere alternativamente o il contratto di gestione o la procura ⁽⁸⁾.

Ci limiteremo in questa sede solo a dire che, per quanto a noi interessa, la procura da vita ad un negozio giuridico unilaterale e che tale negozio è ben distinto dal negozio di gestione. Da un lato dunque la procura opera investendo il rappresentante del potere di agire in nome del *dominus* producendo effetti autonomi. Ciò da solo basta per qualificarla come negozio giuridico; dall'altro lato non notando obblighi gravanti sul rappresentato ci permette agevolmente di definirla come unilaterale.

Alessandro Graziani ha scritto che l'essere riusciti ad arrivare ad una teoria dell'indipendenza del negozio costitutivo della rappresentanza dal rapporto di gestione costituisce uno dei più cospicui risultati della scienza giuridica moderna ⁽⁹⁾.

La dottrina germanica, che ha elaborato l'idea dell'autonomia del negozio costitutivo della rappresentanza e che conta fra i suoi rappresentanti Jhering ⁽¹⁰⁾, Misheis, Hustak, Rosemberg e Laband, ha chiaramente influenzato il nostro legislatore portandolo a discostarsi notevolmente dal modello napoleonico. Il rappresentante agisce sulla base della *Volmacht*, cioè il potere rappresentativo e non già in base alla volontà del rappresentato ⁽¹¹⁾.

Per il Notaio l'articolo di riferimento è l'art 51, comma 2, n.3 e n.7 l. not. ⁽¹²⁾.

1950, p 563 ss; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del Codice Civile*, Torino, 1980, 361; LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, nel *Tratt. dir. civ. e comm.* diretto da CICU - MESSINEO - MENGONI, Milano, 1984, 9 ss; BETTI, *Teoria del negozio giuridico*, Roma, 1950, 562 ss.

⁽⁸⁾ NATOLI in *La rappresentanza*, Milano, 1977, 51-64 definisce la costruzione di Pugliatti basata sulla figura del "mandato un procuration" del Codice Napoleonico del 1984. Qualsiasi sia la via scelta dalle altre dottrine il NATOLI afferma che la nascita della rappresentanza (con relativa assunzione dell'obbligazione "di gestione") non può che dipendere dalla decisione del *dominus* vista come *condicio iuris* sospensiva dell'efficacia. Da ciò discende che la procura sarebbe, come anche il contratto di gestione, affetta da una condizione sospensiva. Nella stessa direzione è andato TRABUCCHI in *La rappresentanza*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, 576 ss., in uno scritto dedicato all'opera di Salvatore Pugliatti.

⁽⁹⁾ GRAZIANI, *Negozio di gestione e procura* in *Studi di dir. civ. comm.*, 113 ss.

⁽¹⁰⁾ JHERING, *Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte* (Fahrbücher für die Dogmatik, 1957, 273 ss.).

⁽¹¹⁾ Come intelligentemente ricostruisce VISINTINI in *Comm. del Cod. Civ. Scialoja e Branca*, artt. 1372-1405, Bologna- Roma, 1993, 252 ss che va a dare una approfondita disamina dell'evoluzione dottrinale italiana, e non solo, della rappresentanza: partendo dall'oltralpe germanico passando per PUGLIATTI, fino ad arrivare alla dottrina che oggi riteniamo dominante: cfr. quanto si è osservato *infra*, in nt. 7.

⁽¹²⁾ Art 51 "L'atto notarile deve contenere: 3) il nome, il cognome, la paternità, il luogo di nascita, il domicilio o la residenza [...] delle parti, dei testimoni e dei fidefa-

Il notaio rogante indicherà in atto le generalità complete del *dominus* e del rappresentante, indicando, solo per il rappresentato, il codice fiscale. Avrà, altresì, l'obbligo di descrivere in atto la procura che allega, mediante indicazione degli estremi ⁽¹³⁾. In caso di mancata obbligatoria allegazione, l'atto rimarrà comunque valido e produttivo di tutti gli effetti ma comporterà per il notaio le sanzioni previste dall'articolo 137 comma 1 l. not. ⁽¹⁴⁾.

La procura, se speciale, dovrà essere in originale allegata al negozio da stipulare; se non in originale il notaio allegherà copia conforme all'originale (salvo le ipotesi in cui la stessa procura sia già raccolta, depositata con verbale, o allegata ad un atto del medesimo notaio).

Fino a quando si rimane nel recinto del nostro ordinamento problemi di grande rilevanza non se ne trovano. Ma se nel nostro ordinamento vengono a riversarsi atti di provenienza estera i problemi sorgono come margherite in pieno aprile.

Gli articoli che disciplinano il deposito degli atti esteri presso un Notaio o un Archivio Notarile distrettuale, al fine di poterne fare uso sul territorio italiano, sono l'art. 68 ⁽¹⁵⁾ e l'art 146 ⁽¹⁶⁾ del r.d. 1326 del 1914 (Regolamento di esecuzione della Legge Notarile). Espressamente dispongono che tali atti devono aver formato oggetto di apposita legalizzazione, intesa come attestazione ufficiale della legale qualità di chi ha apposto la propria firma sul documento nonché dell'autenticità della firma stessa. Tale deposito degli "originali e copie di atti notarili rogati in paese estero" (sempre che non siano già depositati presso notaio) assolve

cienti. Se le parti od alcune di esse intervengono all'atto per mezzo di rappresentante, le precedenti indicazioni si osserveranno, non solo rispetto ad esse, ma anche rispetto al loro rappresentante. La procura deve rimanere annessa all'atto medesimo o in originale o in copia, a meno che l'originale o la copia non si trovi negli atti del notaio rogante; 7) l'indicazione dei titoli e delle scritture che s'inseriscono nell'atto;"

⁽¹³⁾ SANTARCANGELO, *La forma degli atti notarili*, Roma, 2006, 142.

⁽¹⁴⁾ Art 137 "E' punito con l'ammenda ...".

⁽¹⁵⁾ Art 68 "Il notaio può ricevere in deposito, in originale od in copia, atti rogati in paese estero, purché siano debitamente legalizzati, redigendo, apposito verbale, che dev'essere annotato a repertorio. Tali atti, ove siano redatti in lingua straniera, debbono essere accompagnati dalla traduzione in lingua italiana, fatta e firmata dal notaio, se questi conosce la lingua nella quale e' stato rogato l'atto; o, in caso diverso, da un perito scelto dalle parti; a meno che non si tratti di atti che vengano depositati presso notari di Comuni, dove sia dalla legge ammesso l'uso della lingua in cui furono scritti".

⁽¹⁶⁾ Art 146 "Per il deposito in archivio degli originali e delle copie di atti notarili rogati in paese estero, in conformità all'art. 106, n. 4, della legge, deve redigersi apposito verbale con le norme e nelle forme prescritte per gli atti notarili; e deve osservarsi quant'altro è disposto dall'art. 68 del presente regolamento".

⁽¹⁷⁾ TONDO, *Deposito degli atti esteri*, in *Vita not.*, 1980, 1050 ss.

l'esigenza fondamentale di soddisfare l'interesse della conservazione degli atti in funzione pubblicitaria, così da garantire la certezza dei rapporti giuridici⁽¹⁷⁾. Tuttavia esso costituisce solo una regola generale che si è andata restringendo con l'introduzione della mera certificazione dell'*apostille*.

Il sopra indicato deposito consente al Notaio rogante (o al Conservatore) di espletare l'importante funzione ad esso demandata dall'art 28 l. not.⁽¹⁸⁾, esercitando sull'atto estero quel controllo di legittimità e di liceità così da evitare l'introduzione nei rapporti commerciali di negozi sostanzialmente privi di legittimità⁽¹⁹⁾.

Quando la procura è redatta all'estero e deve essere utilizzata nello Stato Italiano, per esempio per la stipula di un atto di compravendita, l'attenzione si volgerà verso la disciplina che quella procura debba seguire. Poco agevole sarà per il giurista andare ad applicare la giusta disciplina in base al paese di provenienza della procura.

L'atto redatto in altro paese, da pubblico ufficiale straniero, deve essere a sua volta⁽²⁰⁾:

1. munito di legalizzazione o
2. munito di *apostille* o
3. privo di particolari adempimenti.

3. La legalizzazione e la procura per atto consolare

All'art.1 il d.p.r. 28 dicembre 2000, n. 445 definisce la legalizzazione come "l'attestazione ufficiale della legale qualità di chi ha apposto la propria firma sopra atti, certificati, copie ed estratti, nonché dell'autenticità di firma stessa". La procura proveniente dall'estero, quindi, deve essere munita di legalizzazione *tout court*, o a doppio grado, ai sensi dell'art. 68 R.N.⁽²¹⁾: munita della certificazione di provenienza della procura e debitamente tradotta. Nello specifico sarà munita di certificazione dell'autorità consolare (o diplomatica) del nostro paese all'estero, previa autenticazione dell'autorità estera preposta alla legalizzazione. Tale obbligo lo ritroviamo traslato in maniera perfetta negli articoli 2657, ult. comma, c.c e 2837 c.c. al fine permettere la modifica

⁽¹⁸⁾ Art 28 " *Il notaio non può ricevere atti ... espressamente proibiti dalla legge ... manifestamente contrari all'ordine pubblico ed al buon costume [...]*".

⁽¹⁹⁾ TONDO, *Controllo notarile su atti a rilevanza internazionale*, in *La convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milano, 1983, 243 ss.

⁽²⁰⁾ GENGHINI, *La forma degli atti notarili*, Padova, 2009, 61. Per approfondimenti si rinvia a COMMISSIONE STUDI CIVILISTICI, *Studio n. 3511*, in *Rappresentanza e Notariato*, 16 dicembre 2002, § 10h.

dei registri immobiliari se necessaria. Questo tipo di procedimento è disciplinato dagli articoli 30 - 33 del d.p.r. 28 dicembre 2000, n. 445⁽²²⁾. Il procedimento si articola in due fasi: una prima fase di legalizzazione interna in cui l'autorità nazionale straniera legalizza *ex lege sua* la firma dell'ufficiale rogante (o autenticante); una seconda fase di legalizzazione esterna in cui l'autorità consolare (o diplomatica) italiana procede ad una ulteriore forma di legalizzazione. Il descritto *iter* porta alla formazione di un atto legalizzato in cui si ha la certezza di colui il quale ha apposto la firma, sia di colui il quale (pubblico ufficiale preposto) ha certificato la sua autenticità.

Per quanto riguarda, invece, la procura per atto consolare, essa è disciplinata nel d.p.r. 5 gennaio 1967 n. 18 e n. 200 specie negli articoli 39 e 45, ult. comma, del primo d.p.r. che ne vanno a dare una disciplina generale.

Gli uffici esteri del nostro paese sono coloro i quali sono preposti⁽²³⁾,

⁽²¹⁾ Art 68 *“Il notaio può ricevere in deposito, in originale od in copia, atti rogati in paese estero, purché siano debitamente legalizzati, redigendo, apposto verbale, che deve essere annotato a repertorio. Tali atti, ove siano redatti in lingua straniera, debbono essere accompagnati dalla traduzione in lingua italiana, fatta e firmata dal notaio, se questi conosce la lingua nella quale è stato rogato l'atto; o, in caso diverso, da un perito scelto dalle parti, a meno che non si tratti di atti che vengano depositati presso notari di Comuni, dove sia dalla legge ammesso l'uso della lingua in cui furono scritti”*.

⁽²²⁾ Articolo 30, comma 1: *“Nelle legalizzazioni devono essere indicati il nome e il cognome di colui la cui firma si legalizza. Il pubblico ufficiale legalizzante deve indicare la data e il luogo della legalizzazione, il proprio nome e cognome, la qualifica rivestita, nonché apporre la propria firma per esteso ed il timbro dell'ufficio”*.

Articolo 33: *“1) Le firme sugli atti e documenti formati nello Stato e da valere all'estero davanti ad autorità estere sono, ove da queste richiesto, legalizzate a cura dei competenti organi, centrali o periferici, del Ministero competente, o di altri organi e autorità delegati dallo stesso. 2) Le firme sugli atti e documenti formati all'estero da autorità estere e da valere nello Stato sono legalizzate dalle rappresentanze diplomatiche o consolari italiane all'estero. Le firme apposte su atti e documenti dai competenti organi delle rappresentanze diplomatiche o consolari italiane o dai funzionari da loro delegati non sono soggette a legalizzazione. Si osserva l'articolo 31. 3) Agli atti e documenti indicati nel comma precedente, redatti in lingua straniera, deve essere allegata una traduzione in lingua italiana certificata conforme al testo straniero dalla competente rappresentanza diplomatica o consolare, ovvero da un traduttore ufficiale. 4) Le firme sugli atti e documenti formati nello Stato e da valere nello Stato, rilasciati da una rappresentanza diplomatica o consolare estera residente nello Stato sono legalizzate a cura delle prefetture. 5) Sono fatte salve le esenzioni dall'obbligo della legalizzazione e della traduzione stabilite da leggi o da accordi internazionali”*.

⁽²³⁾ Tale locuzione sta ad indicare le Legazioni, le Ambasciate e gli Uffici Consolari.

in conformità a quanto il diritto internazionale stabilisce, “[al]le funzioni in materia di notariato”.

Tali atti di loro produzione non dovranno ovviamente essere legalizzati e verranno rilasciati in originale ⁽²⁴⁾.

Un punto da portare ad evidenza è sicuramente ciò che l’art. 19 del d.p.r. 200 del 1967 va a disciplinare: tale articolo pone un evidente vincolo positivo che determina regole di giurisdizione e competenza. Discendendo da ciò, l’applicazione della legge italiana - inderogabile - e la delimitazione delle competenze dell’ufficio estero ⁽²⁵⁾. Tale competenza non ha limitazioni: il console eserciterà a tutti gli effetti i poteri di un notaio rogante su qualsiasi tipo di atto gli venga chiesto di ricevere.

4. *L’apostille ex Convenzione dell’Aja del 5 ottobre 1961*

Sarà invece munita dell’*apostille* (esempio lo si trova in allegato alla stessa Convenzione) nel caso in cui la procura provenga da uno Stato che sia firmatario della Convenzione dell’Aja del 5 ottobre 1961 ⁽²⁶⁾, ratificata con legge del 20 dicembre 1966 n. 1253. *L’apostille* è la certificazione di

⁽²⁴⁾ Questo dice l’art 33 del d.p.r. 445/2000, specificando che per le procure generali sarà rilasciata copia autentica e che per essere allegata dovrà registrarla presso l’Ufficio del Registro in sede di verbale di deposito od allegazione.

⁽²⁵⁾ Le funzioni del responsabile preposto all’atto estero sono da considerarsi “derivate” poiché scaturenti dall’essere sostanziale del suo ufficio di autorità amministrativa estera italiana. Indi egli potrà esercitare i poteri conferitigli con l’articolo 45, ult. comma, del d.p.r. 200 del 1967 verso soggetti costituiti innanzi a lui di nazionalità italiana o non (tale possibilità è da sottolinearsi poiché si può avere se l’atto da redigere è da utilizzarsi in Italia o se è data da convenzioni internazionali).

⁽²⁶⁾ Paesi sottoscrittori della convenzione dell’Aja: Andorra, Anguilla, Antartico Britannico, Antigua e Barbuda, Antille Olandesi, Argentina, Armenia, Aruba, Australia, Bahamas, Barbados, Belize, Bermude, Bielorussia, Bosnia-Erzegovina, Botswana, Brunei, Bulgaria, Caimane, Cipro, Colombia, Dominica, Ecuador, El Salvador, Estonia, Falkland, Fiji, Georgia, Giappone, Gibilterra, Grenada, Guadalupe, Guernsey, Hong Kong, India, Isole Chayman, Isole Gilbert e Ellice, Isole Marshall, Isole Normanne, Isole Salomone Britanniche, Isole Turks e Caicos, Isole Vergini Britanniche, Isole Wallis e Futura, Israele, Jersey, Jugoslavia, Kazakistan, Lesotho, Lettonia, Le Nuove Ebridi, Liberia, Lituania, Macao, Malawi, Malta, Man, Mauritius, Mayotte Martinica, Messico, Miquelon, Moldova, Montserrat, Namibia, Niue, Nuova Zelanda, Panama, Polinesia Francese, Princip. Monaco, Riunione, Repubblica di Corea (già Corea del Sud), Repubblica Dominicana, Romania, Russia, Saint Christopher e Nevis, Santa Lucia, Sant’Elena, Serbia - Montenegro, Seychelles, Suriname, Svezia, Swaziland, Stati Uniti d’America, Sud Africa, Tonga, Trinidad e Tobago, Turchia, Ucraina, Vanuatu, Venezuela, Isole Vergini Britanniche. Disponibile anche su https://webrun.notariato.it/bdn/Rassegne/NRassegne/Internazionale/Settore_Internazionale/Legalizzazione.htm.

autenticità di un atto da parte di un'autorità estera di solito in lingua francese o comunque nella lingua del paese di provenienza. Si potrebbe definire come un timbro che viene apposto sul singolo documento e che in maniera sistematica prevede per ogni riga un determinato contenuto, così da rendere agevole la sua lettura. È considerata una forma semplificata di legalizzazione e non riguarda la validità o l'efficacia dell'atto nel Paese di provenienza. Ogni Paese aderente indica quali sono le autorità competenti a rilasciare l'apostille. Per quanto riguarda l'Italia è competente il Procuratore della Repubblica presso i Tribunali nella cui circoscrizione gli atti si sono formati.

4. *La Convenzione di Bruxelles del 25 maggio 1987*

Sarà invece priva di particolari adempimenti, ma ricca di problematicità dottrinali legate alla deroga del 1392 c.c., la procura che, proveniente dall'estero, sottostà al regime della Convenzione di Bruxelles del 25 maggio 1987⁽²⁷⁾, ratificata con legge del 24 aprile 1990 n. 106 o quando i paesi hanno sottoscritto tra di essi un accordo bilaterale (come con l'Austria e la Germania)⁽²⁸⁾. L'unico obbligo imposto sarà la traduzione del documento e non anche il suo previo deposito presso un notaio o un archivio notarile ai sensi dell'articolo 106 l. not. n. 4 se già allegato all'atto notarile⁽²⁹⁾.

5. *La ratio dell'articolo 1392 c.c. e la sua derogabilità (forzata) ex art. 60 della Convenzione di Bruxelles*

“La procura non ha effetto se non è conferita con le forme prescritte per il contratto che il rappresentante deve concludere”. Il nostro ordinamento, che possiamo definire di derivazione latina, come tutti gli ordinamenti

⁽²⁷⁾ Sottoscritta da Italia, Belgio, Francia, Irlanda e Danimarca.

⁽²⁸⁾ SANTARCANGELO, *La forma degli atti notarili*, Roma, 2006, 140.

⁽²⁹⁾ Art 106 n.4 *“Nell'archivio notarile distrettuale sono depositati e conservati: 4) gli originali e le copie degli atti pubblici rogati e delle scritture private autenticate in Stato estero prima di farne uso nel territorio dello Stato italiano, sempre che non siano già depositati presso un notaio esercente in Italia [...]”.*

⁽³⁰⁾ Si può vedere come negli Atti della Commissione delle Assemblee Legislative, Roma, 1940, il senatore Piola Caselli Eduardo nota che “la norma corrisponde ai principi accolti nella giurisprudenza” e nella Relazione del Ministro Guardasigilli, Roma, 1943, n. 256, “ho dichiarato nell'art. 274 che la procura non ha effetto se non è conferita mediante le forme prescritte dalla legge per il contratto che il rappresentante deve concludere: ciò vuol significare che la maggior solennità convenuta dalle parti per un negozio che la legge assoggetta a un minore formalismo, non impone di seguire anche per la procura la formalità più rigorosa”.

caratterizzati da tale provenienza, è contraddistinto dal principio di libertà delle forme, a cui eccezione fanno le norme che disciplinano una particolare forma per determinati tipi di negozi. Ciò lo si desume da un'attenta lettura degli studi del Pothier⁽³¹⁾ (in cui si distingueva in negozi formali e non formali), passando per le teorie Bettiane sull'autonomia privata. Si arriva così ad affermare che "malgrado la forma sia sempre essenziale, i soggetti sono liberi di impiegare quella che ritengono più opportuna, mentre soltanto per eccezione la legge stabilisce forme determinate⁽³²⁾".

Forme determinate che ritroviamo nella formulazione dell'articolo 1392 c.c. che disciplina la forma del negozio preparatorio per eccellenza: la procura⁽³³⁾. Dal disposto del citato articolo, infatti, letteralmente si desume che la procura debba rivestire la stessa forma prescritta per il negozio che il rappresentante deve concludere. Altresì un eventuale difetto di forma determina la nullità della procura, mentre rende soltanto inefficace il contratto stipulato dal procuratore, essendo questi privo del potere di disporre della sfera giuridica altrui. Il negozio potrà essere successivamente ratificato dall'interessato con una ratifica che obbligatoriamente rivesta la medesima forma prescritta per il negozio rappresentativo.

Nella prassi applicativa notarile si suole conferirla in scrittura privata autenticata o atto pubblico. L'atto pubblico sarà, a quanto desumibile dall'articolo in commento, sempre obbligatorio, a pena di nullità, quando il negozio richieda la forma pubblica per il principio di simmetria delle forme presente nel nostro ordinamento.

Tale impostazione positiva sembrerebbe avvalorata, ragionando da puristi del diritto, dall'analisi della nozione di ordine pubblico: l'analisi si sposta così su di un piano di diritto processuale civile.

L'ordine pubblico, come la migliore dottrina è solita definirlo, non esiste come entità⁽³⁴⁾ o come parametro autonomo del controllo causale sulla attività negoziale, bensì esistono norme (cogenti⁽³⁵⁾) di ordine pubblico: noi non siamo in grado di dare una definizione di ordine pubblico

⁽³¹⁾ POTHIER, *Traité des obligations*, Ouvres, Paris, 1861, n.15.

⁽³²⁾ GIORGIANNI, *Forma degli atti (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, 1968, XVII, 990.

⁽³³⁾ Per approfondire su "negozi preparatori" NIGRO, "Minuta" e "puntuazione" nel contesto della formazione progressiva del contratto, in *Contratti*, 2010, 841 ss.

⁽³⁴⁾ MOSCONI - CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Torino, 2007, 231.

⁽³⁵⁾ La norma imperativa è norma cogente; ma non è vero il contrario. La norma cogente può non essere imperativa ai sensi dell'articolo 1418, comma 1, c.c. Il concetto di norma imperativa comprende quello di norma cogente aggiungendo un *plus* che differenzia i due concetti.

se non in relazione alle norme di cui esso costituisce qualificazione⁽³⁶⁾. Si potrebbe dire che la norma di ordine pubblico viene identificata secondo la sua conformità ai principi generali dell'ordinamento: ed il principio di simmetria delle forme è uno di questi. Lo scopo di questo sistema di norme cogenti di ordine pubblico è quello di preservare l'armonia interna dell'ordinamento ostacolando effetti incompatibili o inaccettabili di altri ordinamenti⁽³⁷⁾.

Ad una prima analisi l'art 1392 c.c., in caso di procura proveniente dall'estero, per i paesi firmatari della Convenzione di Bruxelles, sembrerebbe contrastare con il disposto dall'art. 60 della legge 218 del 1995⁽³⁸⁾. Tale norma rende testualmente possibile una deroga dell'art 1392 c.c. che, equivale per assurdo, a dismettere principi ritenuti cardine. Uno scardinamento del sistema in chiave positiva che potrebbe portare ad una destabilizzazione dei formanti di cui il nostro sistema è composto anche se giustificata, con dovizia di attenzioni nell'utilizzo, dalla maggiore rapidità dei mercati e degli scambi commerciali.

La convenzione di Bruxelles, al suo articolo 60, detta una disciplina di conflitto per la rappresentanza diretta volontaria in cui al primo comma è previsto un criterio di collegamento principale, la sede degli affari del rappresentante, e, al secondo comma, un criterio di collegamento sussidiario, il luogo in cui il rappresentante esercita in via principale i suoi poteri destinato ad operare quando il rappresentante non agisce a titolo professionale o la sua sede non è conosciuta o conoscibile dal terzo. Con questa norma viene disciplinata in maniera autonoma e dirimpente la forma dell'atto di conferimento dei poteri di rappresentanza. In ossequio al principio del *favor validitatis* la norma fornisce due criteri alternativi: un rinvio alla *lex substantiae* e l'altro che fa invece riferimento alla *lex loci actus*, ovvero alla legge dello Stato in cui la procura viene conferita, provocando per il notaio una dovizia di attenzioni per quanto riguarda la validità della procura proveniente dall'estero che, a sua volta, presuppone la conoscenza da parte dello stesso professionista di un minimo di legislazione straniera.

⁽³⁶⁾ RUSSO, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 5.

⁽³⁷⁾ MOSCONI - CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Torino, 2007, 151 ss.

⁽³⁸⁾ Art. 60 "La rappresentanza volontaria è regolata dalla legge dello Stato in cui il rappresentante ha la propria sede d'affari sempre che egli agisca a titolo professionale e che tale sede sia conosciuta o conoscibile dal terzo. In assenza di tali condizioni si applica la legge dello Stato in cui il rappresentante esercita in via principale i suoi poteri nel caso concreto. L'atto di conferimento dei poteri di rappresentanza è valido, quanto alla forma, se considerato tale dalla legge che ne regola la sostanza oppure dalla legge dello Stato in cui è posto in essere".

Un caso emblematico di procura extra 1392 c.c. è la procura proveniente dalla Francia.

In Francia non esiste un vero e proprio principio di simmetria delle forme e pertanto non è richiesto che la procura rivesta la forma dell'atto a cui deve essere allegata. È riscontrabile *a contrariis* un principio cosiddetto di *parallélisme des formes*, con il quale si giustifica la forma pubblica di una procura solo per motivi di ordine pubblico ovvero per esigenze di protezione delle parti⁽³⁹⁾. Il *code civil* riconosce forma pubblica solo ad alcune di esse. Nel nostro caso, la procura rilasciata per vendere o comprare beni immobili, è validamente rilasciata *acte sous seign privé* munita poi, prassi vuole nel caso sia destinato ad altri stati, di una *certification des signatures* volta ad autenticare la scrittura privata⁽⁴⁰⁾. La *certification* non è assimilabile all'italico istituto della autentica di firma poiché non vi è numero di repertorio, non è richiesta certezza delle identità personale dei costituiti, né il collegio notarile di appartenenza, etc.⁽⁴¹⁾ e a tutt'oggi costituisce l'ultimo *step* della verifica del documento che andrà a varcare i confini di stato. La *certification* è disciplinata, al contrario di quanto si pensi, dalla prassi e dalle circolari interne.

Questo caso, come altri del resto, porta il notaio a dover affrontare comunque un atto pubblico munito della sola scrittura privata proveniente dall'estero potendo solo andare ad effettuare un controllo degli elementi essenziali, in relazione alla vigente normativa del paese di provenienza, ma nulla di più. La dottrina e la giurisprudenza non sono di aiuto nel

⁽³⁹⁾ 1) Le procure a donare e ad accettare donazioni. 2) Le procure per contrarre mutui ed acconsentire a iscrizioni e cancellazioni ipotecarie, tranne che si tratti di ipoteche su beni di una società, nel qual caso è sufficiente la scrittura privata. 3) le procure per la costituzione delle società di capitali quando vi è riferimento a beni immobili situati in Francia ovvero quando il mandante conferisce il potere di sottoscrivere e versare il capitale sociale per una società anonima. 4) le procure a revocare testamenti per cui è richiesta la presenza di un secondo notaio o la presenza di testimoni.

⁽⁴⁰⁾ Oltre al notaio sono competenti alla *certification* anche i Commissari di Polizia (oramai in disuso). Ai Sindaci ed ai loro delegati spetta il potere di legalizzare le scritture private dei propri amministrati (domicilio o residenza nel Comune). Tale compito particolare del Sindaco si completa con il visto di conformità del Ministro per gli Affari Esteri (salvo che convenzioni bilaterali dispongano diversamente, es. Italia).

Anche PASQUALIS, Appunti sulla circolazione degli atti notarili nello spazio giuridico europeo, in *Relazioni al XL Congresso Nazionale del Notariato*, Bari, 26-29 ottobre 2003, Milano, 2003, 329 ss.

⁽⁴¹⁾ La differenza è da ricercare nell'art 1322 del code civil che attribuisce alla scrittura privata (*act sous seign privé*) la medesima efficacia dell'atto pubblico (*act authentic*) solo nel caso in cui sia stata espressamente o tacitamente riconosciuta, escludendo una qualsivoglia efficacia probatoria.

delimitare questo fenomeno, ma, al contempo, si spera che i vari spunti critici spingano la giurisprudenza più avveduta all'emanazione di una serie di sentenze che vadano a correggere la prassi dominante che a mio modo di vedere tutto è fuorché corretta.

In sintesi una procura *ad negotia* proveniente dalla Francia in scrittura privata (nei casi in cui la legislazione d'oltralpe la preveda sufficiente) sarà, previa *certification des signatures*, utilizzabile dal nostro libero professionista esercente un *munus publicum*, ex art 60, secondo comma, della legge 218 del 1995, o ex convenzione bilaterale stipulata tra gli Stati, tramite l'allegazione della medesima al proprio atto notarile ⁽⁴²⁾.

FRANCESCO GIOVANNI SAPIA

⁽⁴²⁾ Costituendo l'allegazione parallelo del deposito agli atti del notaio, richiesto dall'art. 106, n. 4 della Legge 89/13.

OSSERVATORIO DI DIRITTO COMUNITARIO

IL DIVIETO DEI CONTRATTI ALEATORI NEL MONDO ISLAMICO ⁽¹⁾

SOMMARIO: 1. *Nozione*. – 2. *L'assicurazione islamica: il takāful*. – 3. *Le principali differenze tra il takāful ed il contratto di assicurazione*.

1. *Nozione*

Il diritto musulmano è un diritto confessionale, connotato dalla continua interferenza tra religione e diritto: per i musulmani, l'unico legislatore è Dio e, di conseguenza, lo Stato non potrebbe che applicare il diritto divino e mai contrastarlo e men che meno abrogarlo ⁽²⁾. Non vi è stato nel mondo islamico, infatti, quel processo di “secolarizzazione del diritto” e, quindi, di separazione del sistema giuridico da altri sistemi, quali quello religioso e morale ⁽³⁾.

In questo quadro, si pone il divieto di porre in essere contratti aleatori (il divieto del *gharar*) e, più in generale, di porre in essere contratti connotati da profili di aleatorietà ed incertezza.

Tale divieto rappresenta, nel diritto islamico, un principio fondamentale ed ineludibile, che connota tutta la materia delle obbligazioni e dei contratti, così come il divieto del *riba* ⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ Il presente commento è la rielaborazione della relazione tenuta nell'aprile 2011 nell'ambito del corso di Diritto musulmano al Master internazionale post-universitario su “Internazionalizzazione e Comunicazione del sistema produttivo nell'area del Mediterraneo”, dell'Università per Stranieri di Perugia.

⁽²⁾ Lo stesso termine Islam, come noto, significa “sottomissione”: la sottomissione è nei confronti dell'unico Dio e della sua Legge.

⁽³⁾ Su cui, per tutti, DAVID, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, Paris, 1950, 340; WEBER, *Economia e società*, III, *Sociologia del diritto*, Milano, 1995, 37.

⁽⁴⁾ Letteralmente, il termine *ribā* significa “eccedenza”, “accrescimento”, “aumento” e già nella società preislamica indicava l'aumento sul capitale concesso in mutuo che il creditore normalmente pretendeva dal proprio debitore quale corrispettivo

Invero, quando un contratto è caratterizzato da elementi di aleatorietà ed incertezza si determina, inevitabilmente, uno squilibrio nelle reciproche prestazioni, che determinerà, un vantaggio a favore di una parte unicamente in forza dell'accettazione dell'alea. Ma il diritto musulmano, per lo stesso principio per il quale vieta il *ribā*, connota di illiceità qualsiasi arricchimento che non sia il frutto dell'impegno dell'uomo: diversamente, il profitto, il quale, di per sé, non è vietato dall'Islam, ma anzi auspicato, non trova giustificazione⁽⁵⁾.

Il divieto del *gharar* nasce dall'esigenza di porre freno alla passione per ogni tipo di alea e di gioco d'azzardo (lotterie, scommesse, vendite d'azzardo, ecc.), che caratterizzava il contesto preislamico e che spesso portava alla dilapidazione ed allo sperpero di interi patrimoni⁽⁶⁾. Muovendo da questo contesto, l'avvento dell'Islam determinò il divieto di tutte le forme di gioco d'azzardo o di scommessa a fine di lucro⁽⁷⁾.

per il godimento del denaro, in ragione di un determinato periodo di tempo: in sostanza, indicava gli interessi dovuti dal debitore al proprio creditore sul denaro preso in prestito. Successivamente, il mondo islamico è giunto a vietare qualsiasi ingiustificato arricchimento, quale profitto non imputabile direttamente al lavoro dell'uomo, in tutte le diverse tipologie in cui esso possa manifestarsi (ad esempio, corresponsione di interessi, differenze nella qualità o quantità delle merci, ecc.). Le ricadute sono rilevanti: si pensi che un contratto di mutuo che preveda il benché minimo interesse è colpito da nullità radicale; cade così tutto il sistema bancario come da noi inteso. Da qui la necessità della creazione di Banche islamiche, ormai presenti in ogni contesto, che funzionano in modo del tutto diverso rispetto a quelle occidentali (CEPPI, *Il diritto civile nei paesi della sponda sud del mediterraneo: tra sharī'a e codificazioni moderne*, in corso di stampa).

⁽⁵⁾ COMAIR-OBEID, *Les contracts en droit musulman des affaires*, Paris, 1995, 58.

⁽⁶⁾ BUSSI, *Principi di diritto musulmano*, Bari, 2004 (ristampa anastatica dell'edizione del 1943), 136; SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafito*, II, Roma, 1938, 54-55, il quale afferma in merito: "...Gli Arabi preislamici non differivano dai Germani e dagli altri barbari; e quando la guerra e la razzia non li occupava, bevevano e giocavano senza misura; un vanto che ricorre spesso nella poesie preislamiche è di aver trascorso la notte fino all'alba a bere con i compagni ... e di aver giocato tutto, fino a rimanere povero ed indebitato. Questa del gioco era per gli Arabi una vera e propria frenesia; la scommessa, la divinazione mediante le frecce, il tiro a sorte ricorrono in tutte le circostanze della vita pubblica e privata per scrutare l'avvenire, per decidere un viaggio o una spedizione guerresca, per sapere a chi tocca pagare la composizione per il sangue, per dividere una proprietà comune, per ripartire una cammella sgozzata (maysir), perfino per concludere un contratto; basti rammentare la quantità di vendite aleatorie; onde poi zuffe sanguinose ed inespugnabili vendette, per cui la storia primitiva degli Arabi non è che una lunga battaglia".

⁽⁷⁾ Il divieto del *gharar*, tuttavia, trovava delle eccezioni: in particolare, a favore di quei giochi ritenuti necessari per addestrare i giovani alle corse di cavalli (*musābaqah*), al tiro al bersaglio ed a favore delle gare nello studio del *fiqh*. Le

Il divieto del *gharar* trova il suo fondamento normativo direttamente nel Corano, che, al versetto 29 della *S ra* II, dispone: “*Essi si interrogano sul vino ed il gioco d’azzardo, dice: nei due, c’è un grande peccato e pochi vantaggi per poche persone; ma nei due, il peccato è più grande dell’utilità*”.

Successivamente, nel mondo islamico, il divieto di *gharar* diventò un vero e proprio strumento di tutela contro ogni sfruttamento che soggetti economicamente forti potevano perpetrare in danno dei più deboli, profittando del loro stato e traendo un ingiusto profitto da una situazione di incertezza o di mancata conoscenza⁽⁸⁾.

La conseguenza di tale divieto, in materia contrattuale, è la nullità dei contratti che sono caratterizzati dall’alea e dall’incertezza⁽⁹⁾.

In primo luogo, viene colpito da nullità il contratto di assicurazione, quale tipico contratto aleatorio, dove le rispettive prestazioni sono rimesse ad eventi futuri ed imprevedibili, cosicché, al momento della stipula, le parti non possono conoscere quali profitti o quali perdite deriveranno dal contratto⁽¹⁰⁾.

Allo stesso modo, è nullo il contratto di costituzione di una rendita vitalizia: qui, l’alea attiene alla durata in vita di una persona⁽¹¹⁾.

Integrano la fattispecie vietata anche tutti quei contratti, le cui prestazioni, al momento della stipula, non siano sufficientemente determinate, come, ad esempio, nella vendita di cosa futura o per un prezzo la cui individuazione è rimessa all’opera di un terzo.

È nulla, altresì, la donazione reciproca *mortis causa* (*ruqbā*), che consiste nell’accordo tra due soggetti, entrambi proprietari di beni, con il quale si stabilisce che, alla premorienza dell’uno, l’altro diventerà proprietario di tutti i beni del defunto. Tale nullità si fonda non solo sul principio in discussione, ma anche su di un *ḥadīth*⁽¹²⁾, dove si afferma

prime trovano la loro spiegazione nel favorire lo svolgimento degli esercizi utili alla guerra, mentre le seconde nell’incentivo allo studio del diritto (BUSSI, *Principi di diritto musulmano*, cit., 137).

⁽⁸⁾ PICCINELLI, *Il sistema bancario islamico*, Roma, 1989, 14; SALEH, *Unlawful gain and legitimate profit in islamic law*, London, 1992, 62.

⁽⁹⁾ SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano*, II, cit., 56.

⁽¹⁰⁾ COMAIR-OBEID, *op. cit.*, 56.

⁽¹¹⁾ Diversamente, è valido un contratto di costituzione di rendita vitalizia per un numero determinato di anni, a condizione che, venuto meno il beneficiario della rendita, possa succedergli il suo erede fino allo scadere del termine previsto.

⁽¹²⁾ Gli *ḥadīth* sono delle fonti di cognizione del diritto musulmano e, specificatamente, della *Sunna* (la seconda fonte dopo il Corano), che si concreta nel comportamento tenuto dal Profeta nelle varie circostanze della vita e, pertanto, individua le sue norme di condotta, estrinsecatesi in parole, azioni, silenzi (quando questi potevano avere un significato di approvazione o, quanto meno, di assenza di una volontà di disapprovare), cui ciascun musulmano deve tendere, costituendo un’interpretazione autentica ed inderogabile del Corano.

che tale accordo non può produrre alcun effetto, in quanto fondato su di un'aspettativa di morte.

La stessa invalidità afferisce alla donazione in cui il donante si riserva la proprietà del bene donato per un certo periodo di anni, accollando, però, al donatario, le spese di manutenzione e conservazione del bene. La ragione dell'invalidità riposa sempre sull'aleatorietà di tale contratto: infatti, il donatario, al momento della stipula, non può conoscere in quali condizioni gli perverrà il bene donato, né quali saranno le spese necessarie per la conservazione e manutenzione del bene. Ciò può comportare una non corrispettività delle prestazioni e determinare, in capo ad una delle parti, un guadagno non calcolato in anticipo e realizzato senza alcuno sforzo⁽¹³⁾.

Anche la dazione di qualsiasi forma di caparra si pone in completa difformità con i principi sciaratici, in quanto può determinare un ingiustificato arricchimento di uno dei contraenti a danno dell'altro⁽¹⁴⁾.

2. *L'assicurazione islamica: il takāful.*

L'idea di una alternativa islamica al contratto di assicurazione deriva dalla prevalente considerazione della non conformità di tale contratto ai principi della *Sharī'a*.

La *Sharī'a*, tuttavia, non contesta in sé lo strumento assicurativo, quanto, invece, il contratto di assicurazione, quale contratto necessariamente aleatorio a titolo oneroso, a prestazioni corrispettive, dove le parti ricercano comunque un proprio profitto.

Da qui la necessità di sviluppare un sistema assicurativo diverso, non più fondato su di un contratto aleatorio, ma su di uno strumento negoziale diverso che, comunque, li garantisce dalle conseguenze economiche di eventi impreveduti; ciò avviene tramite una cooperazione tra i credenti, consistente nel mettere in comune determinate risorse, che investite in attività permesse (*ḥalāl*), possono essere poste a disposizione dei consociati al verificarsi di un determinato evento⁽¹⁵⁾.

Tale forma di cooperazione non solo è ammessa dall'Islam, ma è espressamente raccomandata dal Corano.

Tale strumento negoziale è il contratto di *takāful* (che significa "solidarietà"), che, nel mondo islamico, ha sostituito il contratto di assicurazione, ponendosi alla base di un sistema caratterizzato dalla presenza di

⁽¹³⁾ COMAIR-OBEID, *op. cit.*, 56.

⁽¹⁴⁾ SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano*, II, cit., 58.

⁽¹⁵⁾ ALLAM, *L'assurance dans les pays arabes du Moyen-Orient: entre Chari'a et droit positif*, Paris, 1992, 114; CHARBONNIER, *Islam: droit, finance et assurance*, Bruxelles, 2001, *passim*.

assicurazioni di tipo cooperativo o di mutue assicurazioni, che operano senza scopo di lucro, al fine di mitigare le conseguenze economiche di eventi particolari, secondo i principi islamici di carità e di pietà ⁽¹⁶⁾.

Il *takāful*, in particolare, è un contratto mediante il quale più persone decidono di mettere in comune dei fondi per aiutarsi reciprocamente al verificarsi di determinati eventi.

Pertanto, quando una persona ha un rischio da assicurare lo sottopone all'operatore del *takāful* (*kafil*), chiedendo di essere fatto partecipe dell'operazione di reciproca cooperazione ⁽¹⁷⁾, corrispondendo all'assicuratore una certa somma di denaro, in cambio della quale il *kafil* si impegna a risarcire l'assicurato nel caso subisca un pregiudizio durante il periodo di vigenza contrattuale ⁽¹⁸⁾.

L'assicurato, in tal modo, partecipa nell'impresa di assicurazione, dividendo con essa le perdite ed i profitti e, al contempo, acquisendo un diritto ad essere risarcito in caso di realizzazione dell'evento dannoso contrattualmente previsto ⁽¹⁹⁾.

3. Le principali differenze tra il *takāful* ed il contratto di assicurazione.

Il *takāful*, anche se nato proprio per sostituire il contratto di assicurazione, realizza, allo stesso modo, uno strumento assicurativo, in quanto, in esso, sono comunque ravvisabili, se pur sotto diverse denominazioni, elementi tipici di tale strumento.

Evidenti, però, sono le discrasie tra il contratto di assicurazione ed il contratto di *takāful*, tanto che si è affermato che, da un punto di vista strutturale, il *takāful* rappresenta tutto ciò che non è il contratto di assicurazione, proprio perché pensato e nato in alternativa all'idea

⁽¹⁶⁾ PICCINELLI, *Il sistema bancario islamico*, cit., 15.

⁽¹⁷⁾ ALLAM, *L'assurance dans les pays arabes du Moyen-Orient: entre Chari'a et droit positif*, cit., 144.

⁽¹⁸⁾ Più compiutamente si è affermato che il contratto di *takāful* consiste "in un investimento mediante i sistemi e per gli scopi consentiti dalla *šarī'a*, i cui profitti sono divisi pro quota tra i diversi partecipanti, come soci dell'investimento, allo scadere di un determinato termine o al verificarsi di un evento incerto ma altamente probabile (il compimento della maggiore età, il matrimonio, ecc.) per l'assicurato. Vi possono essere anche clausole che prevedono altri eventi secondari (ad es. un incidente, una situazione particolare di bisogno, una perdita finanziaria), per i quali, nel caso si verificano prima dell'evento principale, la persona "assicurata" riceve la quota concordata dei profitti attuali (al tempo dell'evento) dell'investimento. L'istituto "assicuratore" assume così la funzione di intermediario finanziario che gestisce i fondi dei singoli contratti in fondi comuni destinati a progetti produttivi" (PICCINELLI, *Il sistema bancario islamico*, cit., 16).

⁽¹⁹⁾ ALLAM, *L'assurance dans les pays arabes du Moyen-Orient: entre Chari'a et droit positif*, cit., 113.

di contratto di assicurazione. Il *takāful*, infatti, è stato pensato proprio per soddisfare, contemporaneamente, due esigenze: da una parte, essere adattato alle necessità economiche del mondo attuale, dall'altra, rispettare le esigenze della religione musulmana.

Il contratto di *takāful*, differentemente dal contratto di assicurazione, è fondato sull'idea di cooperazione reciproca e di solidarietà, che esclude qualsiasi idea di profitto sia per l'assicurato sia per l'assicuratore, tanto che alcune compagnie di assicurazioni islamiche riversano ai loro assicurati il capitale, nell'ipotesi in cui, alla scadenza del contratto, non si sia verificato alcun danno⁽²⁰⁾. La ritenzione del premio da parte dell'assicuratore, infatti, integrerebbe un'ipotesi di ingiustificato arricchimento e, per questa via, condurrebbe al *ribā* vietato dal Corano. Spesso, oltre ai premi versati, vengono restituiti anche i profitti realizzati dagli investimenti del capitale composto dai premi versati.

Le compagnie assicuratrici dispongono, comunque, di un compenso per i loro servizi, come fossero degli amministratori di fondi a loro affidati⁽²¹⁾.

Ulteriore distinzione attiene alla natura giuridica delle somme versate alla compagnia assicuratrice. Nel *takāful*, infatti, il "premio" versato ha valore di un contributo che l'assicurato versa per la protezione della Comunità contro eventi pregiudizievoli, che potrebbero colpire ciascuno dei suoi membri, conservando, tuttavia, la natura di controprestazione, cosicché, in caso di mancata realizzazione della prestazione, che ha giustificato la dazione del premio (e cioè il verificarsi del danno assicurato), viene meno la causa di tale prestazione, con la conseguente necessità, come visto, della restituzione delle somme apprese.

Tutto ciò fa sì che il *takāful* debba essere considerato come un contratto commutativo, avendo espunto da sé ogni traccia di aleatorietà, con ciò conformandosi, quindi, ai precetti religiosi islamici⁽²²⁾.

Altra differenza consiste nel fatto che l'assicurato, nell'ambito del contratto di assicurazione, riveste la qualità di parte. Al contrario, nel sistema islamico, l'assicurato partecipa nell'impresa di assicurazione, dividendo con essa le perdite ed i profitti.

Infine, il *takāful*, diversamente dal contratto di assicurazione, trova la sua fonte in una normativa di origine sacra e si innesta in un sistema giuridico di derivazione divina. Si è affermato, infatti, che il *takāful* è l'ultima espressione della solidarietà raccomandata da Dio, affiancandosi

⁽²⁰⁾ ALLAM, *op. cit.*, 119.

⁽²¹⁾ ALLAM, *op. cit.*, 119.

⁽²²⁾ CHECHATA, *Le concept de contract en droit musulman*, in *Archives de philosophie de droit*, XIII, Paris, 1968, 139.

così alla *zakāt*⁽²³⁾ e realizzando un sistema basato sulla fraternità, sulla solidarietà e sulla reciproca assistenza, che offre, in caso di necessità, un aiuto ed un'assistenza economica reciproca ai partecipanti ⁽²⁴⁾. In merito, si è affermato ancora che il *takāful* è la seconda più importante istituzione sociale, dopo la *zakāt*, destinata ad eliminare la povertà ⁽²⁵⁾.

FABRIZIO CEPPI

⁽²³⁾ Si tratta dell'elemosina rituale, che è uno degli obblighi fondamentali per ogni musulmano. Il termine *zakāt*, letteralmente, significa "purificazione" ed indica quella purificazione che si raggiunge privandosi di una parte delle proprie ricchezze a vantaggio dei poveri ed dei mendicanti.

⁽²⁴⁾ ALLAM, *L'assurance dans les pays arabes du Moyen-Orient: entre Chari'a et droit positif*, cit., 117.

⁽²⁵⁾ FISHER, *Awakening of a sleeping giant: Rediscovery of takaful worldwide*, in *Directory of Islamic insurance (takaful) 2000*, 1999, 61.

OSSERVATORIO CEDU

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO – GRANDE CAMERA – 5 gennaio 2000
– Beyeler c. Italia, (*Requête n. 33202/96*).

Diritto di proprietà – Aspettativa legittima.

Anche un bene che non appartiene ancora ad un soggetto/ricorrente per effetto delle previsioni delle norme interne, potrà essere considerato attuale ai fini dell'applicazione delle garanzie dell'art. 1 Prot. 1 della Convenzione CEDU attraverso il ricorso al principio dell'espérance légitime, se è il comportamento delle autorità statali ad aver indotto il ricorrente a sentirsi titolare di una situazione giuridica d'appartenenza (1).

(1) L'espérance légitime e la sua tutela ai sensi dell'art. 1 Prot. 1 C.E.D.U.

1. Ernst Beyeler, nato nel 1921 e residente a Basilea promuove ricorso innanzi alla Corte Europea. Per 600 milioni di lire il ricorrente nel 1977 acquistò un quadro del pittore Vincent van Gogh tramite un intermediario, il sig. Pierangeli antiquario romano. Il quadro acquistato dal ricorrente era denominato *Le Jardinier*, il quale con decreto del *Ministero per la pubblica istruzione*, all'epoca l'autorità statale competente in materia di beni culturali, era stato qualificato bene di un interesse storico e artistico.

Conformemente alle disposizioni vigenti in materia di beni culturali, l'allora proprietario del quadro, sig. Verusio, aveva provveduto, dopo la transazione, a comunicare l'avvenuta vendita al Ministero italiano. Nella dichiarazione trasmessa al Ministero si menzionava il nome dell'intermediario, non conteneva però il nome di chi era il vero acquirente finale, ossia Ernst Beyeler.

Il 21 novembre 1977, il sig. Pierangeli chiese all'ufficio di esportazione di Palermo l'autorizzazione a spedire il quadro a Londra. In caso di esportazione di un'opera d'arte, l'art. 39 della legge n° 1089 del 1939 prevede in capo al Ministero un diritto di prelazione. Nell'attesa della

decisione del Ministero quanto all'esercizio del diritto di prelazione, l'opera fu temporaneamente affidata alla Galleria d'arte della regione Sicilia. Il Ministero con nota del 3 dicembre 1977, comunicò la rinuncia all'acquisto dell'opera. Motivava la rinuncia affermando che il quadro non presentava l'interesse sufficiente per giustificare l'acquisto da parte dello Stato. Il 5 gennaio 1978, in ogni caso, le autorità rifiutarono al sig. Pierangeli l'autorizzazione ad esportare il quadro. Si giustificava il diniego sul presupposto che il patrimonio culturale nazionale ne avrebbe subito un grave pregiudizio.

Successivamente, precisamente nel 1983, il Ministero italiano acquisì la notizia che il sig. Beyeler era il vero acquirente del quadro. Beyeler, nel frattempo, per la somma di 8,5 milioni di dollari, il 2 maggio 1988 decise di vendere l'opera ad una società americana – la Peggy Guggenheim Collection – che intendeva destinarla alla sua collezione veneziana. E' allora il 24 novembre 1988 che il Ministero Italiano esercita il suo diritto di prelazione, eccependo l'omissione realizzata dal sig. Beyeler circa il fatto che nel 1977 il quadro era stato acquistato per suo conto. L'Italia divenne così acquirente del quadro al prezzo della vendita conclusa nel 1977. Il Ministero sosteneva che ai sensi dell'art. 61 della legge n. 1089 del 1939, il diritto di prelazione previsto dagli artt. 31 e 32 era sempre riesercitabile.

2. Il sig. Beyeler, esauriti i ricorsi interni innanzi all'autorità amministrative, il 5 settembre 1996 si rivolge alla Commissione europea dei Diritti dell'Uomo. Il caso arriva davanti alla Corte il 2 novembre 1998.

Il sig. Beyeler sostiene la violazione dell'art. 1 del Protocollo n° 1, in quanto la condotta delle autorità statali italiane integrano una forma di espropriazione del quadro di cui egli afferma essere il proprietario legittimo, con modalità contrarie alle previsioni del richiamato articolo.

Adduceva il ricorrente come, in più occasioni, le autorità italiane lo avessero considerato il legittimo proprietario. Tra l'altro il ricorrente, proprio nella sua qualità di proprietario dell'opera, è stato il solo destinatario, in diritto e in fatto, del decreto di prelazione. Da questi elementi l'interessato fa discendere che egli sia il titolare dei diritti protetti dall'art. 1 del Protocollo n. 1, indipendentemente dalle qualifiche che della sua situazione dà il diritto interno. Lo Stato italiano, inoltre, si è arricchito a suo detrimento: l'indennità che ha infatti versato al sig. Beyeler non era in rapporto di ragionevolezza con il valore del bene. Anche l'evidente sproporzione dell'indennità versata integra la violazione dei principi CEDU in tema di esproprio.

3. Il Governo italiano contesta la validità della vendita originaria,

in ragione dell'omessa comunicazione della qualità di proprietario del quadro, affermando nel contempo non solo che non si ravvisava alcuna scorrettezza nel comportamento delle Autorità italiane, ma soprattutto che in esse non vi era alcun intento di attribuire *de facto* al ricorrente la qualità di proprietario. Il Governo convenuto ne deduce – come sostenuto anche innanzi alla Commissione – che il ricorrente non poteva essere considerato titolare di alcuna «aspettativa legittima» di veder concretizzare le sue pretese sul bene ⁽¹⁾.

4. La sentenza in commento apre la tutela dell'art. 1 Prot. 1 C.E.D.U. alla c.d. «*aspettativa legittima*», ampliando notevolmente la gamma di situazioni giuridiche soggettive che, in ragione dell'attività della Corte, possono dirsi protette dalla norma ⁽²⁾. L'autonomia del concetto di proprietà riconosciuta all'art. 1 Prot. 1 C.E.D.U., ha permesso ai giudici di Strasburgo di estendere l'ambito di riferimento della norma ⁽³⁾. È così irrilevante che una certa situazione giuridica sia o meno qualificata come diritto di proprietà nei diversi ordinamenti interni. Anche un bene che non appartiene ancora per le norme interne ad un soggetto/ricorrente, potrà essere considerato *attuale* ai fini dell'applicazione delle garanzie della Convenzione attraverso il ricorso al principio dell'*espérance légitime*. Nel caso in esame è il comportamento delle autorità statali ad aver indotto il ricorrente a sentirsi titolare di una determinata situazione giuridica. Non è la buona fede ed il rispetto da parte del privato della legislazione interna il criterio dal quale emerge la posizione tutelabile mediante il ricorso all'art. 1 prot.1 C.E.D.U., ma è il comportamento dello Stato la spia che segnala il transito di una aspettativa di un bene sotto la tutela del Trattato in esame. Nel noto *Beyeler/Italia* del novembre 2000, relativo alla nullità di un atto di acquisto di un quadro secondo le leggi italiane in materia di beni artistici, la Corte ha dato rilevanza alla tolleranza mostrata dalle autorità italiane nei confronti del sig. *Beyeler*, rispetto al quale da tempo si conoscevano le irregolarità dell'atto d'acquisto.

⁽¹⁾ Sul piano del diritto interno in tema di perdita di *chance* si veda Cass., 18 aprile 2007, n. 9238, sull'errore del professionista e perdita di *chance*; Cons. St. n. 5323/2006, sulla differenza tra lesione dell'interesse pretensivo e danno da perdita di *chance*; Cass., 18 gennaio 2006, n. 852, sul danno da mancata promozione e danno da perdita di *chance*.

⁽²⁾ Si veda per un commento PADELLETTI, *Il caso Beyeler di fronte alla Corte europea de diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 2000, 781 ss.

⁽³⁾ V. BONATTI, *La protezione della proprietà nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, 833 ss.; BALLARINO, *La proprietà protetta nel Primo Protocollo*, in *Riv. intern. dir. Uomo*, 1989, 221 ss.

Viene così in rilievo, in capo al privato, un interesse patrimoniale da tutelare in ragione dell'omissione di adeguate misure di reazione da parte delle autorità dello Stato, indipendentemente dalla buona fede e dal rispetto delle norme interne ad opera del ricorrente stesso.

Primariamente la Corte intende valutare se il ricorrente si possa considerare o meno titolare di un bene suscettibile di essere protetto dall'art. 1 del Protocollo n. 1. A tal riguardo, ricorda che la nozione di «beni», prevista dall'art. 1, ha una portata autonoma che non si limita alla proprietà dei beni corporali e che è comunque indipendente rispetto alle qualificazioni formali del diritto interno. Altre tipologie di diritti e interessi possono essere considerati come dei «diritti di proprietà» e dunque dei «beni» ai fini dell'applicazione dell'art. 1 Prot. 1 CEDU⁽⁴⁾. In ragione della necessità di tenere in considerazione gli elementi di diritto interno italiano, la Corte richiama l'art. 1706 del Codice civile, per cui una vendita effettuata per rappresentanza indiretta trasferisce automaticamente la proprietà del bene mobile al mandante, che ha anche la possibilità di rivendicarla presso il mandatario. Nel caso di un bene che presenta un interesse culturale o artistico, le regole richiamate vanno integrate dal diritto delle autorità di esercitare la prelazione nel termine previsto dalla legge n° 1089 del 1939; l'art. 61 legge cit. prevede inoltre la nullità delle alienazioni effettuate in violazione dei divieti previsti e senza l'osservanza delle forme prescritte.

Il ricorrente, per i Giudici di Strasburgo, era titolare di un interesse patrimoniale riconosciuto nel diritto italiano, anche se in determinate condizioni revocabile. Ciò sin dal momento dell'acquisizione dell'opera, fino a quando il diritto di prelazione è stato esercitato ed il corrispettivo versato. Per le stesse autorità giudiziali interne, la situazione in cui si trovava il ricorrente era considerata rilevante. Il Consiglio di Stato ha affermato che l'esercizio del diritto di prelazione da parte del Ministero rientrava nella categoria degli atti di espropriazione. La Corte di Cassazione ha successivamente sostenuto che l'amministrazione non ha esercitato il suo diritto di prelazione se non quando aveva avuto la certezza che il quadro era stato acquistato dal ricorrente. Inoltre, nel 1977 è il sig. *Beyeler* a pagare il prezzo di mercato del bene. Tra l'acquisto dell'opera e l'esercizio del diritto di prelazione da parte dello Stato, il ricorrente si è trovato nella situazione di possesso del quadro che si è prolungata per molti anni. In molte occasioni, poi, le autorità italiane hanno considerato che il sig. *Beyeler* avesse *de facto* un interesse patrimoniale in questo quadro, come un proprietario.

L'interesse del ricorrente è pertanto un «bene» tutelabile ai sensi

⁽⁴⁾ Decisione *Iatridis c. Grecia*, n. 31107/96, § 55, CEDH 1999-II.

dell'art. 1 del Protocollo n. 1 ⁽⁵⁾. La Corte qualifica che la misura adottata dall'autorità italiane – l'esercizio del diritto di prelazione da parte del Ministero del Patrimonio Culturale – un'ingerenza nel diritto del ricorrente al rispetto dei suoi beni, non assicurando il «giusto equilibrio» tra le esigenze dell'interesse generale della collettività e gli imperativi della salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo.

5. Anche qualora, secondo le norme dell'ordinamento interno, un bene non può essere considerato appartenente ad un soggetto, questo può essere apprezzato come “attuale” ai sensi della Convenzione quando le autorità dello Stato, con il loro comportamento, abbiano indotto il privato a considerarsi in buona fede titolare di una determinata situazione giuridica. Perché vi sia un bene attuale tutelabile ex art. 1 Prot. 1 C.E.D.U., la Corte ritiene sufficiente che un singolo possa far valere una ragionevole aspettativa (c.d. *espérance légitime*) di veder realizzata la propria pretesa giuridica nei confronti dell'autorità statali. La Corte ha, infatti, attribuito un rilievo decisivo alla tolleranza mostrata dalle Autorità italiane nei confronti del sig. Beyeler, del quale da tempo si conoscevano le irregolarità dell'atto d'acquisto.

Il ricorso al principio dell'*espérance légitime* permette, quindi, a detta della Corte, non solo di valutare la sussistenza della ragionevole possibilità che la pretesa del singolo possa realizzarsi, ma anche di attribuire rilievo al comportamento complessivo delle autorità dello Stato convenuto ⁽⁶⁾.

La Corte realizza in questo senso il bilanciamento degli interessi, quello del controllo del mercato delle opere d'arte da parte dello Stato, la protezione del patrimonio culturale e artistico di un Paese e quello del singolo. La Corte ricorda, a tal proposito, che le autorità nazionali godono di un certo margine di discrezionalità nell'apprezzamento di quello che costituisce l'interesse generale della comunità. Quando si tratta di un'opera d'arte realizzata da un'artista straniero, la Corte rileva che la Convenzione dell'Unesco del 1970 favorisce, a certe condizioni, il ricongiungimento delle opere d'arte al loro Paese d'origine. Fattispecie che nel caso in esame però non ricorreva.

Dall'altro il ricorrente non ha certo tenuto un comportamento trasparente nei confronti delle autorità italiane quando nel 1977 non ha

⁽⁵⁾ Cfr. decisione *Gasus Dossier- und Fördertechnik GmbH c. Paesi-Bassi* del 23 febbraio 1995, serie A n. 306-B, 46, § 53.

⁽⁶⁾ Si veda anche *Ichtigiaroglou c. Grecia*, 19 giugno 2008, in *www.echr.coe.int/echr*; *Pine Valley c. Irlanda*, 29 novembre 1991, in *Racc.*, 1991, Serie A, 222; *Skarby/Svezia*, 28 giugno 1990, in *Racc.*, 1990, Serie A, 180-B.

rivelato al venditore che il quadro era stato acquistato per suo conto. Ha poi fatto trascorrere sei anni, dal 1977 fino al 1983, senza dichiarare il suo acquisto nel rispetto della normativa italiana in materia. Solo quando nel dicembre 1983 egli avrebbe dovuto vendere il quadro alla Peggy Guggenheim Collection di Venezia, effettua le dichiarazioni dovute. La Corte reputa, quindi, che l'argomento del Governo, fondato sulla mancanza di trasparenza da parte del ricorrente, rivesta un certo peso, tanto più che niente impediva a quest'ultimo di regolarizzare la sua situazione prima del 2 dicembre 1983 al fine di conformarsi alle prescrizioni legali. Contemporaneamente però, rispetto al comportamento delle Autorità, la Corte rileva che queste, dopo essere state informate nel 1983 dell'identità dell'acquirente finale sono rimaste inerti fino al 1988. Solo cinque anni dopo il Ministero esercita il proprio diritto di prelazione e mette quindi in discussione l'avvenuta vendita, ad un prezzo sensibilmente inferiore rispetto al suo valore di mercato. Le Autorità hanno dunque tratto un arricchimento ingiusto dall'incertezza che ha regnato durante il periodo di riferimento, ed alla quale le medesime Autorità hanno largamente contribuito. Indipendentemente dalla nazionalità del ricorrente, un simile arricchimento non è conforme all'esigenza del "giusto equilibrio" e comporta una violazione dell'art. 1 del Primo Protocollo Addizionale. Durante questo tempo, le Autorità hanno mantenuto un comportamento in parte ambiguo, in parte consenziente nei confronti del ricorrente, trattandolo, *de facto*, come l'avente diritto legittimo della vendita del 1977. La Corte osservò, inoltre, come anche in relazione al principio di legalità la disciplina italiana in tema di beni culturali manchi di chiarezza. Essa prevede, infatti, che, nell'ipotesi di una dichiarazione incompleta relativa alla transazione, resti aperto il termine per l'esercizio del diritto di prelazione, senza tuttavia indicare con quali mezzi un simile vizio potrà essere ulteriormente sanato. Elementi tutti, che hanno amplificato l'incertezza della situazione in pregiudizio del ricorrente.

VALENTINA COLCELLI

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO – 3 luglio 2003 – Buffalo Srl in liquidazione c. Italia, (*Requête n. 38746/97*).

Diritto di proprietà – Credito d'imposta.

Il ritardo nei rimborsi dei crediti d'imposta realizza un'ingerenza nel diritto al rispetto dei beni di un soggetto di diritto, nel caso una società, rilevante, in termini generali sia sotto il profilo del rispetto dei beni (ai sensi del primo precetto dell'art. 1 Prot. 1 CEDU) sia in termini di privazione della proprietà (come previsto dal secondo precetto dell'art. 1 Prot. 1 CEDU) (1).

(1) Art. 1 Prot. 1 C.E.D.U. e credito d'imposta. Il credito come bene

1. Il 24 giugno 1997, in forza dell'allora vigente art. 25 della Convenzione EDU la società italiana Buffalo Srl, già in liquidazione, aveva promosso ricorso innanzi alla Commissione europea dei diritti dell'uomo. Essa denunciava ritardi da parte dell'amministrazione delle finanze della Repubblica Italiana nel rimborso dei crediti d'imposta dei quali era titolare. Il periodo di riferimento era il 1985-1992, la Buffalo Srl, sosteneva il proprio ricorso affermando che i ritardi di rimborso costituivano una violazione del suo diritto al rispetto dei beni, assicurato dall'articolo 1 del Protocollo n. 1. Il ricorso è stato trasmesso alla Corte il 1° novembre 1998, data dell'entrata in vigore del protocollo n. 11 della Convenzione.

2. La società ricorrente dal 19 dicembre 1994 risultava iscritta nel registro delle società in liquidazione volontaria, in ragione della cessazione della propria attività.

Il regime fiscale italiano dell'impresa prevede che per i propri redditi le società versino allo Stato acconti sulle imposte loro dovute. Al momento della presentazione annuale della dichiarazione dei redditi, il contribuente così determinerà l'ammontare imponibile dei redditi effettivi dell'anno precedente. Può accadere che le somme prelevate dall'amministrazione a titolo di acconto siano superiori all'ammontare dell'imposta dovuta e che il contribuente divenga così titolare di un credito d'imposta verso lo Stato. Nel caso di credito d'imposta sul reddito, l'amministrazione procede d'ufficio al rimborso del credito. La dichiarazione dei redditi vale, infatti, come domanda di rimborso. Al contrario presso l'amministrazione fiscale, deve essere presentata un'apposita domanda quando

il rimborso concerne un ammontare indebitamente pagato dal contribuente e di cui questi desidera la restituzione. L'amministrazione per procedere ai rimborsi, forma una lista dei contribuenti che ne hanno diritto, verifica l'ammontare da rimborsare e procede all'emissione dei mandati di pagamento informando gli interessati. L'interessato viene a conoscenza che il rimborso è imminente solo in seguito alla comunicazione dell'amministrazione. È in questo momento che questi conosce l'esatto ammontare della cifra che dovrà incassare. Può verificarsi, invero, che in ragione di un errore di calcolo da parte dell'interessato, si registri una diversità tra la somma a cui questi credeva di aver diritto e quella che, invece, gli viene riconosciuta.

Il ritardo dell'amministrazione nel pagamento dei crediti d'imposta comunicati, per la Buffalo Srl costituisce violazione dell'art. 1, del Protocollo Addizionale n. 1. In ragione del ritardo nel pagamento dei rimborsi comunicati, la ricorrente era stata costretta a ricorrere a finanziamenti bancari a tassi di interesse superiore rispetto a quelli che lo Stato italiano avrebbe riconosciuto al momento del rimborso dei crediti d'imposta. Le circostanze in cui si sono svolti i fatti avrebbero reso la ricorrente titolare di un interesse sostanziale protetto dalla disposizione citata.

In seguito al ricevimento da parte dell'amministrazione fiscale della dichiarazione dei redditi e fino al momento in cui il rimborso è effettuato, la società ricorrente sarebbe stata titolare di un interesse patrimoniale riconosciuto nel diritto italiano, anche se in determinate condizioni modificabile. L'interesse della ricorrente sarebbe qualificabile, pertanto, come un «bene», ai sensi dell'art. 1 del Primo Protocollo Addizionale ⁽¹⁾.

3. Nella previsione dell'articolo 1 del prot. 1 C.E.D.U., la Corte di Strasburgo fa rientrare la titolarità di qualunque diritto di natura patrimoniale ⁽²⁾. Vi è, invero, una innegabile tendenza della giurisprudenza in esame a realizzare una crescente dilatazione del contenuto dell'articolo 1 cit., che ha trovato così applicazione rispetto a numerose fattispecie.

Sono così beni ai sensi dell'art. 1 prot. 1 C.E.D.U. anche i diritti soggettivi relativi a crediti d'imposta ⁽³⁾. Il riferimento è il caso in esame, *Buffalo Srl / Italia*. Perno dell'interpretazione dei Giudici di Strasburgo è la tempistica delle operazioni di rimborso fiscale che, nel caso erano

⁽¹⁾ Cfr. caso *Beyeler c. Italia*, [GC], n. 33202/96, § 105 CEDU 2000-I; *Dangeville c. Francia*, n. 36677/97, § 48, 16 aprile 2002.

⁽²⁾ PADELLETTI, *La tutela della proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2003, 1 ss.

⁽³⁾ M. DI STEFANO, *Il mancato o ritardato rimborso delle imposte costituisce violazione dei diritti umani*, in *Fisco*, 2003, 5597 ss.; sul piano del diritto interno si veda Corte cost., 31 luglio 2007, n. 330, in tema di rimborso di credito d'imposta.

iniziate con ritardo ed al momento della presentazione del ricorso non ancora terminate. Per tale ragione la società ricorrente è stata costretta a contrarre debiti con tassi di interesse superiori a quelli che lo Stato italiano avrebbe restituito al momento del rimborso dei crediti d'imposta; in questi termini da parte dell'autorità dello Stato si è compreso il diritto al rispetto dei «beni» garantito dall'art. 1 del Primo Protocollo Addizionale alla Convenzione.

Seguendo la stessa logica, anche il credito derivante da un risarcimento del danno, per la Corte costituisce un valore patrimoniale che come tale riveste il carattere di bene. I crediti, dunque, purché siano sufficientemente provati ai fini della loro esigibilità sono beni tutelabili ai sensi dell'art. 1 cit. Sono tali, quindi, anche le somme accordate con una sentenza arbitrale purché abbia i caratteri della definitività ed obbligatorietà⁽⁴⁾. Il reddito futuro, poi, può essere considerato bene se è stato già guadagnato o se è comunque oggetto di un credito sicuro.

La nozione di proprietà contenuta nella prima frase del primo comma dell'art. 1, Protocollo n. 1, pertanto, attraverso l'opera adeguatrice dei Giudici di Strasburgo, sta progressivamente acquistando la dignità una nozione autonoma, riducendo il margine di apprezzamento lasciato agli Stati sulla portata del diritto di proprietà e comprendendo una serie di fattispecie sempre più numerose e disparate.

4. I Giudici di Strasburgo rilevano come il ritardo nei rimborsi realizza un'ingerenza nel diritto al rispetto dei beni della società ricorrente, rilevante, in termini generali, sotto il profilo del rispetto dei beni (ai sensi del primo precetto dell'art. 1 Prot. 1 CEDU) e, nel caso specifico, anche in termini di privazione della proprietà (come previsto dal secondo precetto dell'articolo C.E.D.U. richiamato). La Corte ricorda, infatti, che la disposizione di cui all'art. 1 del Protocollo n. 1, applicabile alla fattispecie, contiene in sé tre norme distinte: la prima, di carattere generale, definisce il principio del rispetto della proprietà; la seconda, riguarda la possibilità per lo Stato di privare della proprietà solo a determinate condizioni; la terza, riconosce agli Stati contraenti il potere, tra gli altri, di regolamentare l'uso dei beni conformemente all'interesse generale⁽⁵⁾.

⁽⁴⁾ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 9 dicembre 1994, *Raffinerie greche Stran e Stratis Andreadis / Grecia*, in *Racc.*, 1994, 301-B.

⁽⁵⁾ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 3 luglio 1997, *Pressos Compania naviera S.A. ed altri / Belgio*, in *Racc.*, 1997, 1292; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 9 dicembre 1994, *Raffinerie greche Stran e Stratis Andreadis / Grecia*, in *Racc.*, 1994, 301-B; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 5 gennaio 2000, *Beyeler / Italia*, in *Rep.*, 2000, I, par. 100-101-102; Commissione, D 198119/92, *Størksen / Norvegia*, in *Dec. Rep.*, 1992, 78 B, 88.

Nel rispetto della prima parte della norma in esame, la Corte ha valutato se, nel caso sottoposte, fosse stato garantito un giusto equilibrio tra le esigenze dell'interesse generale della comunità e gli imperativi della salvaguardia dei diritti fondamentali degli individui ⁽⁶⁾. Ha ritenuto che l'obbligazione finanziaria nata dal prelievo d'imposta o dalle contribuzioni, possa ledere la garanzia dell'art. 1 cit. qualora imponga al contribuente un carico eccessivo o comporti una lesione alla sua situazione finanziaria ⁽⁷⁾. Se ciò si verifica significa allora che il «giusto equilibrio» tra l'interesse generale e la salvaguardia dei diritti fondamentali degli individui non è stato rispettato.

Nel caso specifico, gli interessi pagati dall'amministrazione finanziaria sono insufficienti e non compensano il ritardo notevole con cui è avvenuto il pagamento dei crediti d'imposta. L'indisponibilità per un lungo periodo delle somme attese come rimborso ha costretto la società a finanziarsi attraverso la sottoscrizione di prestiti o di contratti di *factoring*. In questi termini la Buffalo Srl ha dovuto sopportare spese che non possono essere compensate dagli interessi applicati dall'amministrazione sulle somme rimborsate.

Tra l'altro la ricorrente, nelle more dei pagamenti e per far fronte alla sua situazione finanziaria, ha ceduto una parte dei crediti in contestazione ad una società di *factoring*. Tale fatto ha anche aggravato la situazione della stessa società in quanto i ritardi nel rimborso dei crediti hanno dilazionato le operazioni di liquidazione, essendo la ricorrente anche responsabile verso la società di *factoring* del rimborso dei finanziamenti ottenuti. La società Buffalo Srl è stata così costretta ad attendere di concludere le operazioni di liquidazione fino all'incasso dell'ultimo credito.

5. In ragione dell'importanza delle somme in contestazione, la Corte ha valutato che l'impossibilità prolungata nel tempo di disporre di queste somme ha avuto un notevole e sicuro impatto sulla situazione finanziaria della Buffalo Srl. Un ritardo eccessivamente e irragionevolmente lungo nel pagamento di un credito ha come conseguenza l'aggravamento della eventuale perdita finanziaria del creditore e pone quest'ultimo in una situazione di incertezza senza possibilità di rimedio alcuno.

La lesione arrecata ai «beni» della ricorrente nel caso di specie ha un carattere sproporzionato. Afferma la Corte come l'impatto finanziario

⁽⁶⁾ V. *Almeida Garrett, Mascarenhas Falcão e altri*, precitata, § 49; *Sporrong et Lönnroth*, precitata, § 69.

⁽⁷⁾ V. *Ferretti c. Italia*, n° 25083/94, decisione della Commissione del 26 febbraio 1997, non pubblicata.

derivato dall'attesa dei rimborsi (unito all'inesistenza di ricorsi efficaci, in quanto capaci di porre rimedio alla durata dell'attesa e all'incertezza del momento della liquidazione dei crediti) ha spezzato il giusto equilibrio che deve esistere tra le esigenze dell'interesse generale della comunità ed il dovere di salvaguardare i diritti fondamentali dell'individuo, come quello del rispetto dei suoi beni.

Il comportamento dell'amministrazione delle finanze italiana ha violato, pertanto, l'art. 1 del Primo Protocollo Addizionale.

La Corte, infine, però si è riservata sulla questione relativa all'applicazione dell'art. 41 della Convenzione, non ritenendo matura per la decisione ed invitando il Governo e la ricorrente a sottoporle a riguardo e per iscritto le loro osservazioni.

Con decisione del 22 luglio 2004, la Corte ha quindi proceduto a riconoscere alla società Buffalo Srl, un'equa indennizzo per i fatti di cui in narrativa, sul presupposto che l'impossibilità prolungata di disporre delle somme oggetto del credito d'imposta e il trascorrere del tempo sono stati cagione di un pregiudizio materiale meritevole di risarcimento.

VALENTINA COLCELLI

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO - ASSEMBLEA PLENARIA - 26 giugno 1986
- Van Marle e altri c. Paesi Bassi, (*Requêtes n. 8543/79; 8674/79; 8675/79; 8685/79*).

Diritto di proprietà – Goodwill.

Il c.d diritto al goodwill è un bene tutelabile ai sensi dell'art. 1 prot. 1 Cedu in quanto, grazie al lavoro, i singoli individui sono riusciti a crearsi una clientela che come tale ha un valore patrimoniale. Esso costituisce pertanto un bene al quale garantire le tutele assicurate alla proprietà dalla disposizione richiamata (1).

(1) La clientela come valore patrimoniale e la sua tutela attraverso la Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

1. Il 12 ottobre 1984 la Corte europea dei diritti dell'uomo riceve i ricorsi dei signori, cittadini olandesi, Germen van Marle, Johannes Petrus van Zomeren, Johannes Flantua e Roelof Hendrik de Bruijn. Nel 1979 essi avevano adito la Commissione europea dei Diritti dell'Uomo, in forza dell'allora vigente art. 25 della Convenzione, lamentando di essere stati vittime della violazione dell'art. 1 del Protocollo Addizionale n. 1.

Sin dagli anni 1947-1950 Germen van Marle, Johannes Petrus van Zomeren, Johannes Flantua e Roelof Hendrik de Bruijn esercitavano in Olanda la professione di "esperto-contabile". In seguito all'entrata in vigore della legge olandese del 13 dicembre 1972 disciplinante tale professione - ed al fine di regolarizzare la loro qualifica professionale alla luce delle nuove disposizioni che ne regolamentavano l'esercizio - essi richiedevano all'autorità competente la loro immatricolazione come esperti-contabili patrocinatori.

La Commissione di ammissione prima, la Commissione di ricorso poi, entrambe interne al paese di provenienza, non accolsero la richiesta. Motivarono il diniego affermando che nessuno dei richiedenti aveva dimostrato, nel corso dei colloqui, un'attitudine professionale sufficientemente adeguata.

I ricorrenti si rivolgono, pertanto, agli organi di giustizia di Strasburgo lamentando di essere stati vittime di una lesione nel rispetto dei loro «beni», ex art. 1, Protocollo n. 1, oltre che la violazione dell'art. 6, par. 1, della Convenzione.

2. In relazione all'art. 1 Protocollo n. 1 i ricorrenti ritengono di essere stati lesi nel diritto al rispetto dei propri beni in quanto le decisioni della Commissione di ricorso hanno di fatto diminuito i loro redditi e

il valore della loro impresa. Le decisioni della Commissione, negando l'immatricolazione come "esperti-contabili", hanno loro impedito di esercitare la professione che essi svolgevano dal 1947. In questi termini, sostenevano i ricorrenti, si è realizzata un'ingerenza nell'esercizio del loro diritto al rispetto dei beni e una privazione parziale di questi senza un indennizzo.

Il Governo olandese al contrario, sosteneva che i ricorrenti non avevano, prima dell'entrata in vigore della legge che lo ha regolamentato, l'uso del titolo di "esperto-contabile". Questo non costituiva invero un diritto legalmente riconosciuto e protetto in quanto il suo uso era una semplice facoltà. Continuava il convenuto che, anche a voler supporre che si trattasse di un diritto acquisito, il «*goodwill*» nel diritto olandese non era qualificato come bene. Non poteva, pertanto, ravvisarsi la violazione dell'art. 1 Prot.1 CEDU non esistendo un «bene» protetto dall'articolo citato.

3. La nozione di proprietà contenuta nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo si contraddistingue innegabilmente per aver una caratterizzazione più ampia rispetto ai tradizionali schemi presenti negli ordinamenti interni, almeno per quelli definibili di *civil law*. Nella nozione di bene posta alla base dell'art. 1 Prot. 1 C.E.D.U. sono invero tutelate situazioni giuridiche che comunemente vengono ricondotte alla proprietà quale diritto assoluto. Il riferimento è al diritto di proprietà su beni immobili e mobili, ai diritti reali, ma accanto a quest'ultimi trovano garanzia la proprietà intellettuale e soprattutto le così dette *new proprietities*. Tale ultimo dato, tra l'altro, pone la giurisprudenza C.E.D.U. in linea con quella comunitaria e la legislazione dell'Unione europea in tema di beni immateriali ⁽¹⁾.

In realtà, però, attraverso l'interpretazione dinamica delle norme della Convenzione, l'operazione che compie la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo tende a modellare il significato di diritto di proprietà, mediante la sua identificazione con la nozione di «bene». I Giudici di Strasburgo nel tempo non hanno realizzato alcun tentativo di disegnare una nozione generale di proprietà che si fondi sul carattere dell'appartenenza. Essi rivolgono la propria attenzione sull'oggetto del rapporto di appartenenza. In questi termini ben si comprende perché in alcune sentenze C.E.D.U. relative all'art. 1 cit., il concetto di bene assuma una funzione equiva-

⁽¹⁾ Per una lettura completa si veda BONATTI, *La protezione della proprietà nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1999, 833 ss.

lente a quella di diritto di proprietà. Per questa via, nel tempo, hanno fatto ingresso nella fattispecie in esame situazioni giuridiche lontane dalla nozione di proprietà in senso stretto ⁽²⁾.

La giurisprudenza C.E.D.U. attraverso l'art. 1 cit. ha così riconosciuto quale bene anche la clientela di uno studio professionale. Il c.d diritto al *goodwill* è assimilato al diritto di proprietà in quanto, secondo il ragionamento dei giudici di Strasburgo, grazie al lavoro, gli interessati sono riusciti a crearsi una clientela che come tale ha un valore patrimoniale. Esso costituisce pertanto un bene al quale garantire le tutele assicurate alla proprietà dalla disposizione richiamata. La sentenza in esame ricostruisce, quindi, il percorso logico che realizzano i Giudici di Strasburgo nel compiere l'assimilazione del *goodwill* a quello di bene giuridico meritevole di tutela ex art. 1 Prot. 1 CEDU. Attraverso la logica spiegata dalla Corte, si è offerta garanzia anche all'avviamento commerciale. La Corte fa rientrare l'avviamento commerciale nella tutela del diritto di proprietà, con riferimento alla sola prima parte della norma menzionata e cioè relativamente al rispetto del pacifico godimento dei beni senza ingerenze arbitrarie di terzi (caso *Iatridis / Grecia*) ⁽³⁾.

4. A parere della Corte, come prima anche della Commissione, la clientela di uno studio professionale si qualifica come un valore patrimoniale un bene ai sensi della prima frase dell'art. 1, in ragione dei numerosi profili di carattere privatistico. «*Grazie al loro lavoro, gli interessati sono riusciti a crearsi una clientela*», per cui il diritto invocato dai ricorrenti può essere assimilato al diritto di proprietà consacrato dall'art. 1 del Primo Protocollo Addizionale.

Le autorità olandesi, secondo il ragionamento dei Giudici di Strasburgo, con la loro decisione di non iscrivere i ricorrenti nella lista degli esperti-contabili hanno posto in essere una seria ingerenza nel diritto al rispetto dei beni. Il rifiuto d'iscrizione ha profondamente alterato le condizioni delle attività professionali dei ricorrenti, riducendo il campo di applicazione, i loro redditi, come del pari il valore della loro clientela e quindi più in generale, della loro impresa.

Una simile ingerenza troverebbe giustificazione solo con riferimento al secondo par. dell'art. 1. D'altro canto la legge olandese del 1972 che

⁽²⁾ PADELLETTI, *La tutela della proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2003, 1 ss.

⁽³⁾ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Iatridis / Grecia*, 25 marzo 1999, in *Rep.*, 1999, II; sul piano del diritto interno si veda Cass., 2 agosto 1995, n. 8470 e Cass., 23 luglio 1969, n. 2774, sulla definizione di avviamento come capacità di profitto di un'attività produttiva; Cass., 5 luglio 1968, n. 2258, sull'idea di clientela non coincidente con quella di avviamento.

regola la professione di “esperto-contabile” perseguiva una finalità di “interesse generale”, di garanzia cioè per i clienti della competenza di coloro che la esercitano. La legge soddisfa l’interesse generale attraverso l’organizzazione della professione. Nella ricerca del giusto equilibrio tra i mezzi impiegati e i fini perseguiti, i Giudici rilevano come nella legge sia stato assicurato un regime di norme transitorie, che permette a coloro che prima dell’entrata in vigore della legge esercitavano già la professione di contabili, di accedere alla nuova professione rispettando determinate condizioni. La finalità perseguita dalla legislazione olandese di regolamentare e delimitare la professione di esperto-contabile, aveva una sua “ragion d’essere” ai sensi del par. 2 dell’art. 1 del Primo Protocollo Addizionale e, quindi, la suddetta norma non poteva considerarsi violata.

5. A prescindere dall’esito del ricorso, quello che rimane certo nel percorso interpretativo della Corte europea dei Diritti dell’Uomo, è questa che ha esteso la tutela offerta dall’art. 1 del Protocollo addizionale n. 1, anche al c.d. diritto al «*goodwill*», assimilandolo al diritto di proprietà. Si è ravvisato nel «*goodwill*» un «valore patrimoniale» e cioè un «bene» garantito dalla Convenzione nei confronti dell’ingerenze delle pubbliche autorità nella clientela che i ricorrenti erano riusciti a crearsi nell’esercizio della loro professione ⁽⁴⁾.

6. In relazione, invece, alla violazione dell’art. 6 CEDU, i ricorrenti ritenevano che le decisioni della Commissione di ammissione e della Commissione di ricorso olandesi abbiano inciso in maniera determinante su i loro diritti – qualificati come di natura civile ai sensi dell’art. 6 par. 1 – impedendo di continuare ad esercitare la loro professione e di continuare a spendere il titolo di “esperto-contabile”. Tra l’altro, con la piena operatività della legge che regolamentava l’esercizio della loro professione, il rifiuto di immatricolazione avrebbe implicato anche sanzioni penali se essi avessero continuato ad avvalersi del titolo di “esperto-contabile”.

La Corte osserva a riguardo che la valutazione delle conoscenze e dell’esperienza necessaria per esercitare una certa professione sia sotto un certo profilo assimilabile ad un esame di tipo scolastico o universitario. La Commissione, infatti, nei colloqui con gli interessati era chiamata

⁽⁴⁾ Come casi analoghi si veda Corte europea dei diritti dell’uomo, *Tre Traktore Aktiebolag / Svezia*, 7 luglio 1989, in *Racc.*, 1989, Serie A, 159; *Marckx c. Belgio*, 13 giugno 1979, in *www.echr.coe.int/echr*; Commissione europea dei diritti dell’uomo, *Bengt Pudas / Svezia*, 27 ottobre 1987, in *Racc.*, 1997, Serie A, 215-A, par. 37.

valutare i bilanci contabili e le domande concernenti la teoria e la pratica dell'esame contabile effettuate. Tale situazione si allontanava dal compito tipico di un giudice, per cui semmai le garanzie offerte dall'art. 6 avrebbero dovuto riguardare le controversie su una simile materia. Conclude la Corte che l'art. 6 della Convenzione non poteva trovare applicazione nel caso di specie ⁽⁵⁾.

VALENTINA COLCELLI

⁽⁵⁾ Per una ricostruzione della giurisprudenza in tema di art. 6 CEDU ci sia consentito il rinvio a *Le situazioni giuridiche soggettive nel sistema CEDU*, in *Quaderni di Diritto e Processo* a cura di PALAZZO, Perugia, 2010.

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO – SEZIONE PRIMA – 19 giugno 2008
– Ichtigiaroglou c. Grecia, (*Requête n. 12045/06*).

Diritto di proprietà – Reddito futuro.

La nozione di «bene» di cui all'art. 1 Prot. 1 CEDU comprende sia i «beni effettivi» che i valori patrimoniali, inclusi i crediti, in ragione dei quali il ricorrente può pretendere di avere almeno una aspettativa che possa dirsi legittima di ottenere l'effettivo godimento di un diritto di proprietà. La mera speranza di vedere riconosciuto un diritto di proprietà - che si è però nell'impossibilità di esercitare effettivamente - non è, invece, un «bene» ai sensi dell'art. 1 del Protocollo n° 1, come può essere un credito condizionato che si estingue in ragione del mancato avverarsi della condizione (1).

(1) Reddito futuro e diritto di proprietà.

1. La sig.ra Olga Ichtigiaroglou, cittadina greca, ricorre alla Corte di Strasburgo il 20 marzo 2006. La ricorrente aveva lavorato dal 1950 al 1965 a Istanbul come dipendente del settore privato, successivamente si era stabilita in Grecia, Tessalonica.

In data 29 giugno 1981 la ricorrente avanzava apposita richiesta all'Organismo di sicurezza sociale (IKA) greco per il riconoscimento della titolarità della pensione di anzianità che comprendesse anche, dietro pagamento del dovuto riscatto, il riconoscimento delle annualità di assicurazione versate durante il periodo svolto in Turchia. La richiesta veniva respinta. Motivava l'ente interessato, secondo quanto previsto dalla legge, che la richiesta era stata presentata in ritardo, ossia decorso l'anno dalla data in cui la sig.ra Olga Ichtigiaroglou si era stabilita definitivamente in Grecia. L'interessata presentava ricorso al Consiglio di Stato, che però confermava con decisione n. 2377/1985 il provvedimento dell'IKA.

Pochi anni dopo, il legislatore ellenico abrogò, con legge n. 2079/1992, il suddetto termine di un anno previsto dalla legge. Gli interessati, tra cui la ricorrente, poterono allora proporre nuove istanze all'IKA. Con provvedimento l'IKA decretò che la novella legislativa riguardava solo i greci residenti in Turchia all'epoca dell'entrata in vigore della nuova normativa. Era esclusa, pertanto, l'applicazione della legge a coloro i quali si erano già stabiliti in Grecia e le cui domande erano già state rigettate. Nell'8 febbraio 1994 interviene un'ulteriore novella legislativa per cui solo le persone residenti in maniera permanente in Turchia potevano beneficiare della soppressione del termine e presentare conseguentemente richiesta all'IKA.

La Corte amministrativa d'appello di Tessalonica riconosce alla ricorrente l'applicabilità, nei suoi riguardi, della disposizione che aveva soppresso il termine previsto per il deposito della richiesta presso l'IKA. Affermava, infatti, la Corte che la norma non riguardasse solo le persone residenti in Turchia, ma anche coloro i quali si erano stabiliti definitivamente in Grecia. In ragione della riferita pronuncia, la sig.ra Olga Ichtigiaroglou il 7 dicembre 2000 si vide riconoscere dal Comitato locale dell'IKA le annualità di assicurazione da lei versate in Turchia, nonché, riscattandola, la titolarità di una pensione con effetto retroattivo a partire dal 24 giugno 1999. Il Consiglio di Stato decisione n. 370/2005 non conferma però la decisione di primo grado.

Nel 2007 pertanto, l'IKA revoca i provvedimenti che avevano riconosciuto il diritto alla pensione, ed intima alla ricorrente di versare le somme che aveva percepito a titolo di pensione dal 24 giugno 1999 al luglio 2007, maggiorate degli interessi, per un ammontare di 48.495,04 euro.

Davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo, la sig.ra Ichtigiaroglou lamentava la violazione ad opera della stato greco del diritto al rispetto dei suoi beni, *ex art. 1 del Prot. n. 1*.

Il Governo contenuto, costituendosi, richiamava la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, per cui l'art. 1 del Protocollo n. 1 tutela solo beni «attuali». Discenderebbe da tale lettura che la disposizione richiamata non sia applicabile alla situazione giuridica della ricorrente. Quest'ultima, infatti, non disponeva di un «bene» che poteva definirsi tale ai sensi dell'art. 1 del Protocollo n. 1. Inoltre il Governo sosteneva che, ai sensi della legge n. 2079/1992 come modificata dalla legge n. 2187/1994, la ricorrente non era in possesso dei requisiti previsti dalla legge e pertanto non aveva alcun diritto di ottenere la convalida delle annualità di assicurazione versate in Turchia. Ciò era stato, del resto, confermato dalla decisione del Consiglio di Stato.

2. La ricorrente sosteneva, al contrario, come prima dell'adozione della legge n. 2187/1994, l'art. 23 della legge n. 2079/1992 costituissero una base legale sufficiente e solida per il riconoscimento del diritto alla pensione di anzianità mediante la convalida delle annualità di assicurazione versate in Turchia. Le giurisdizioni amministrative di merito avevano confermato tale dato.

Tra l'altro lo stesso orientamento era stato seguito fino al 2004 dallo stesso Consiglio di Stato. Fino a tale data, le giurisdizioni amministrative di merito avevano accolto le domande degli interessati e rifiutato di applicare retroattivamente la legge n. 2187/1994. In ragione della formulazione dell'art. 23 della legge n. 2079/1992 e la giurisprudenza delle giurisdizioni amministrative, la ricorrente riteneva di avere

un'«aspettativa legittima» di vedersi riconosciuti i suoi diritti, quale persona titolare di un «bene» ai sensi dell'art. 1 del Protocollo n. 1. L'applicazione retroattiva della legge n. 2187/1994 aveva vanificato il suo diritto di continuare a percepire, per il futuro, la pensione di anzianità. Il potere legislativo aveva posto in essere una vera e propria ingerenza nei suoi beni, realizzando una palese rottura dell'equilibrio richiesto tra le esigenze dell'interesse generale e la tutela del suo diritto al rispetto dei suoi beni.

3. Si può affermare sulla scorta della giurisprudenza C.E.D.U. come la lettura offerta della nozione di bene, rilevante ai fini dell'applicazione dell'art. 1 prot. C.E.D.U., sia molto vicina a quella elaborata nei sistemi di *common law* relativamente alla nozione di *law of propriety*. Questo concetto nella tradizione anglosassone si estende oltre i riferimenti tradizionali del concetto *continentale* di proprietà e di quello di diritto reale. Non esiste una corrispondenza tra la nozione di proprietà dei sistemi di *civil law* e quello di *propriety*. Quest'ultimo comprende, infatti, anche situazioni di vantaggio a favore dei singoli che nei sistemi continentali sono qualificate come obbligazioni. Rientra, per esempio, nella nozione di *propriety* un credito liquido ed esigibile, e queste caratteristiche permettono di agire in un'azione recuperatoria o risarcitoria. Appartengono però alla nozione di *propriety* anche il *copyright*, il brevetto (*patent*), nonché situazioni giuridiche soggettive di vantaggio che trovano origine nei rapporti contrattuali quali, come detto, crediti liquidi, avviamento commerciale, *know-how*, ma anche contratti che possono essere ceduti.

La sentenza in esame è un'ulteriore dimostrazione di come la Corte operi nel senso sopra indicato. Nella fattispecie i Giudici di Strasburgo hanno qualificato anche l'attesa di un reddito futuro, un interesse patrimoniale garantito dall'art. 1 Prot.1 C.E.D.U. Ad ulteriore conferma di come ad opera della Corte siano state ricomprese, nella qualificazione di bene, indifferentemente posizioni giuridiche soggettive identificabili talvolta con diritti pieni, altre volte con semplici interessi, muovendosi verso una qualificazione delle proprie fattispecie in tema di proprietà sempre più assimilabile alla qualificazione di *propriety*. E' palese, quindi, come il campo di applicazione dell'articolo citato sia veramente esteso, includendo qualsiasi misura che interferisca con una situazione giuridica il cui contenuto sia patrimoniale.

4. Anche nella sentenza in esame, come in molte altre, emerge come i Giudici della Corte europea dei diritti dell'uomo attribuiscono alla nozione di «bene» una portata autonoma che non si limita alla proprietà di beni corporali e che soprattutto è indipendente rispetto alle qualificazioni

formali del diritto interno ⁽¹⁾. In ogni caso sottoposto all'attenzione dei Giudici di Strasburgo si esamina, infatti, se le circostanze, considerate nel loro insieme, hanno reso il ricorrente titolare di un interesse sostanziale protetto dalla norma in commento ⁽²⁾.

Già la Commissione in una precedente e lontana pronuncia, aveva affermato che le tutele dell'art. 1 del Protocollo n. 1 non si riferiscono solo ai beni attuali. Qualora il guadagno è stato già acquisito o fatto oggetto di un credito certo ed esigibile, un reddito futuro può essere qualificato come un «bene» ai sensi dell'articolo in esame ⁽³⁾. La nozione di «bene» comprende, quindi sia i «beni effettivi» che i valori patrimoniali, inclusi i crediti, in ragione dei quali il ricorrente può pretendere di avere almeno una aspettativa che possa dirsi legittima di ottenere l'effettivo godimento di un diritto di proprietà. La mera speranza di vedere riconosciuto un diritto di proprietà - che si è però nell'impossibilità di esercitare effettivamente - non è un «bene» ai sensi dell'art. 1 del Protocollo n. 1, come può essere un credito condizionato che si estingue in ragione del mancato avverarsi della condizione ⁽⁴⁾. Si può ipotizzare che un interessato disponga di un'aspettativa legittima qualora il suo interesse presenta una base sufficiente nel diritto interno, come nel caso in cui sia confermato da una consolidata giurisprudenza dei tribunali ⁽⁵⁾. La Corte può infatti ricorrere al diritto interno in vigore al momento della lamentata ingerenza per verificare l'esistenza di un bene.

Nel caso oggetto del ricorso, dopo la riforma della legge avvenuta nel 1992, la ricorrente ha per la prima volta avanzato richiesta di pensione di anzianità all'IKA il 25 febbraio 1993. In tale data, a parere della Corte, la sig. Ichtigiaroglou, conformemente all'art. 23 della legge n. 2079/1992, era titolare di un credito che avrebbe potuto vedersi concretizzato. Si

⁽¹⁾ CANDIAN – GAMBARO – POZZO, *Property – Propriété – Eigentum, Corso di diritto privato comparato*, Padova, 1992, 43 ss.; PADELLETTI, *La tutela della proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2003, 1 ss.

⁽²⁾ Cfr., *Broniowski c. Polonia* [GC], n. 31443/96, § 129, CEDH 2004-V; *Iatridis c. Grecia* [GC], n. 31107/96, § 54, CEDH 1999-II e *Beyeler c. Italia* [GC], n. 33202/96, § 100, CEDH-2000-I; si veda anche Corte europea dei diritti dell'uomo, *Beyazgul c. Turchia*, 22 settembre 2009, in www.echr.coe.int/echr, F.L. c. Italia, 20 dicembre 2001, *ivi*; *Mazurek c. Francia*, 1 febbraio 2000, in *Racc.*, 2000, II, 4; Commissione europea dei diritti dell'uomo, *Størksen c. Norvegia*, decisione del 5 luglio 1994 sulla ricevibilità del ricorso, in *Dec. Rep.*, 1992, 78 B, 88.

⁽³⁾ Cfr., Commissione europea dei diritti dell'uomo, *Størksen c. Norvegia*, decisione del 5 luglio 1994 sulla ricevibilità del ricorso, in *Dec. Rep.*, 1992, 78 B, 88, si veda anche *F.L. c. Italia*, 20 dicembre 2001, in www.echr.coe.int/echr.

⁽⁴⁾ *Hans-Adam II e Gratzinger e Gratzingerova c. Repubblica Ceca*, n. 31227/96, § 20, 19 ottobre 2000; *Kopecky c. Slovacchia*, n. 444192/98.

⁽⁵⁾ *Anheuser-Busch Inc. c. Portugal* [GC], n. 73049/01, § 65, CEDH 2007.

assume pertanto, in ragione dei precedenti giurisprudenziali a riguardo, che le giurisdizioni amministrative greche continuavano ad applicare le disposizioni del 1992 nonostante l'entrata in vigore della legge n. 2187/1994, alla quale tra l'altro non riconoscevano un effetto retroattivo. Solo molti anni più tardi, nel 2004, il Consiglio di Stato ha per la prima volta applicato la legislazione oggetto di contestazione, riconoscendone il carattere retroattivo. A quella data la sig.ra Ichtigiaroglou aveva presentato da circa dieci anni la domanda di pensionamento all'IKA. Rileva la Corte, che in ragione della ricostruzione cronologica, la sig. Ichtigiaroglou fosse stata titolare per più di dieci anni - ossia fino alla pronuncia del Consiglio di Stato, la più alta giurisdizione amministrativa interna - di un «bene» tutelato dell'art. 1 del Protocollo n. 1 della Convenzione (parte prima) e che quindi nel caso di specie trova applicazione.

Altra questione è invece, per i Giudici di Strasburgo sapere se la sospensione del diritto di percepire una pensione di anzianità, che costituiva per la ricorrente un reddito futuro, costituiva una violazione del suo diritto al rispetto dei suoi beni.

Nel caso di specie, la Corte ritiene che la ricorrente aveva avanzato la domanda di pensione. La Ichtigiaroglou quindi era stata riconosciuta titolare della pensione con il riscatto delle annualità versate in Turchia, da due pronunce giudiziarie, in primo grado e secondo grado, nonostante l'adozione della legge n. 2187/1994. Inoltre dal 24 giugno 1999 la sig.ra Ichtigiaroglou aveva iniziato a percepire la pensione.

Undici anni più tardi il Consiglio di Stato (decisione n. 370/2005) aveva rovesciato le decisioni precedenti stabilendo che la ricorrente non aveva alcun diritto di percepire la pensione, perché la legge n. 2187/1994 era retroattiva.

La Corte naturalmente riconosce che non è vietato al potere legislativo di regolamentare, mediante nuove disposizioni, i diritti derivanti da legge anteriore ⁽⁶⁾. In ogni caso queste tipologie d'interventi legislativi devono essere giustificati da motivi di interesse generale, con riguardo al principio della preminenza del diritto. Nel caso in esame, pur esprimendo dubbi sulla conformità dell'art. 9 della legge n. 2187/1994 con i principi richiamati, i Giudici di Strasburgo rilevano che l'adozione della legge richiamata non abbia di per sé privato la ricorrente del «valore patrimoniale» preesistente alla sua entrata in vigore, e facente parte dei suoi «beni». Ciò è tanto più vero se si tiene conto che le giurisdizioni amministrative di merito hanno, per lungo tempo, rifiutato di riconoscere alla novella legislativa un effetto retroattivo. È invece l'applicazione re-

⁽⁶⁾ Cfr., *Papageorgiou c. Grecia*, decisione del 22 ottobre 1997, *Racc.*, 1997-VI, 2288, § 37.

troattiva fatta dal Consiglio di Stato dell'art. 9 della legge n. 2187/1994 che, a parere della Corte, rompe il giusto equilibrio richiesto tra le esigenze dell'interesse generale della comunità ed il rispetto dei beni della ricorrente. Con anni di ritardo rispetto alla domanda di pensione della ricorrente l'intervento del Consiglio di Stato ha semplicemente soppresso il diritto della stessa di ottenere la pensione. La sig. Ichtigiaroglou era però titolare di questo diritto/bene sin dal 25 febbraio 1993. Ella, pertanto, è stata privata di un «valore patrimoniale» acquisito, subendo anche un intervento sproporzionato consistente nella restituzione delle somme percepite in buona fede a titolo di pensione.

Per la Corte, pertanto le autorità e le giurisdizioni amministrative greche hanno, con il loro comportamento posto in essere una violazione dell'art. 1 del Protocollo n. 1 ⁽⁷⁾.

VALENTINA COLCELLI

⁽⁷⁾ Sul piano del diritto interno italiano si veda TAR Veneto, sez. III, sent. 21 maggio 2008, n. 1534, sulla qualificazione del reddito futuro ai fini del rinnovo del permesso di soggiorno; Corte Costituzionale, sentenza del 24 ottobre 1995 n. 445, sulla determinazione dei parametri di qualificazione anche del reddito futuro.

Finito di stampare
nel mese di Dicembre 2011
da Guerra Edizioni guru srl - Perugia

