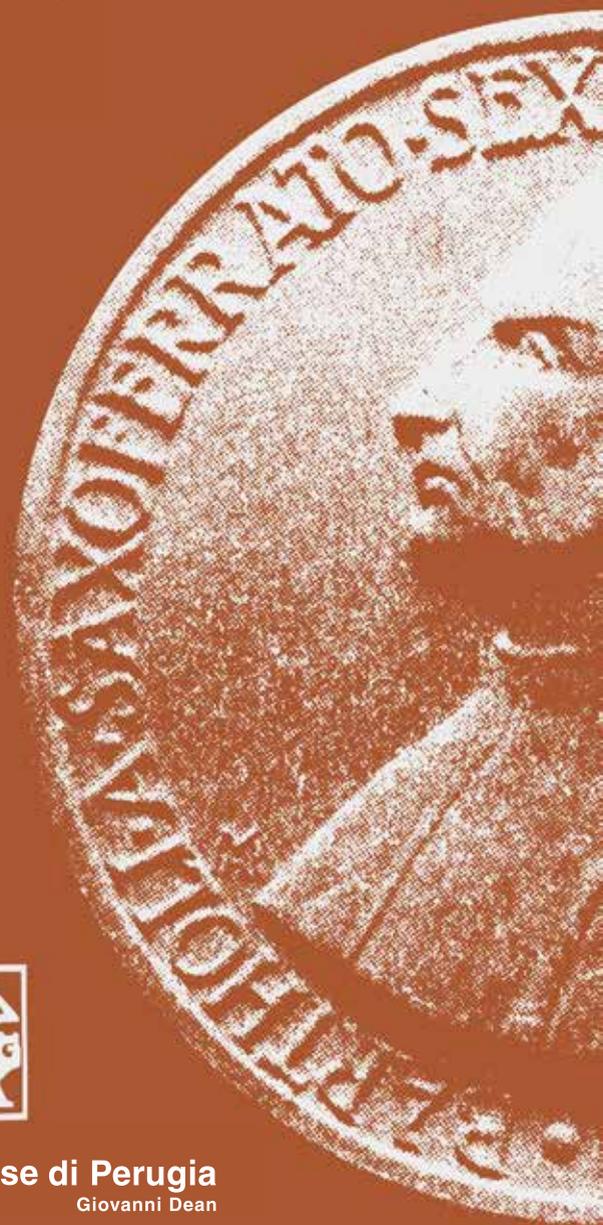
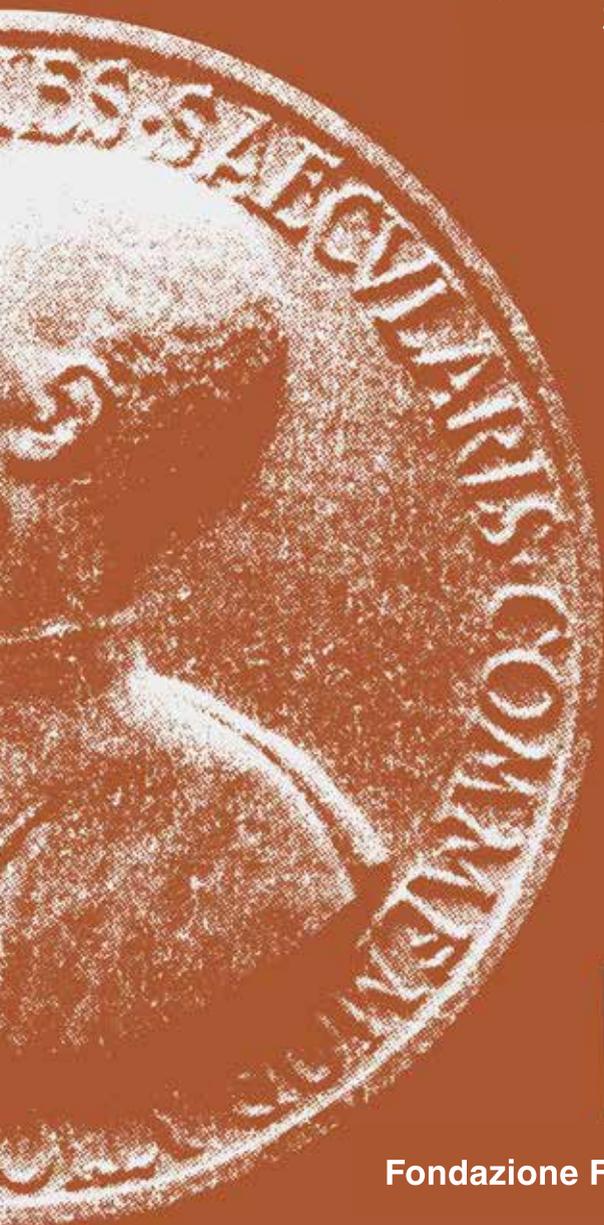


RASSEGNA

GIURIDICA

UMBRA

2013



Fondazione Forense di Perugia
Giovanni Dean

INDICE-SOMMARIO

	Pag.
<i>DIRITTO CIVILE</i>	
Trib. Perugia, sez. II, 14 gennaio 2010, su intermediazione finanziaria, con nota di M. DE DONNO, <i>Deficit informativi nel rapporto tra investitore ed intermediario e prospettive del rimedio risolutorio</i>	1
Trib. Perugia, sez. I, 2 aprile 2010, con nota di A.M. SPALAZZI CAPRONI, <i>Convivenza more uxorio e obbligazione naturale</i>	17
Trib. Perugia, sez. Foligno, decr., 7 maggio 2012, con nota di S.F. COCIANI, <i>Note minime sulla tutela giurisdizionale del diritto del contribuente alla ripetizione di somme «di origine tributaria»</i>	30
Giudice di Pace di Foligno, 25 gennaio 2013, con nota di A. DONATI, <i>Un'ipotesi di aequitas cerebrina: alterazione della valenza probatoria dell'atto pubblico</i>	40
<i>DIRITTO PENALE</i>	
Tribunale di Perugia, 28 novembre 2012, A.D ed altri, con nota di E. FARINELLI, <i>Sull'ambito applicativo dell'art. 11, comma 3, c.p.p.: quando l'insussistenza della connessione teleologica importa l'incompetenza territoriale del giudice designato ex art. 11 c.p.p.</i>	47
Tribunale di Perugia, 18 luglio 2011, T.R., con osservazioni di C. LARA	60
G.I.P. Tribunale di Perugia, 14 agosto 2012, R., con nota di L. KHRAISAT, <i>Rappresentanza volontaria e munus pubblico</i>	72
<i>DIRITTO PUBBLICO</i>	
CORTE DEI CONTI, sez. giur. Umbria, 16 dicembre 2011, n. 184, con nota di S. BARBETTI, <i>La nullità c.d. contabile e l'orientamento del Collegio contabile umbro</i>	81
T.A.R. UMBRIA, 6 giugno 2012, n. 204 con nota di A. GUERRIERI, <i>N.O.S. e avvalimento: il punto sulla questione</i>	94
T.A.R. UMBRIA, 11 giugno 2012, n. 220 con nota di M. RIZZO <i>Brevi note sulla disciplina in materia di recupero delle cave, con particolare riferimento alla tutela dell'ambiente</i>	113
T.A.R. UMBRIA – 28 agosto 2012, n. 331 <i>sull'onere di immediata impugnazione delle c.d. clausole escludenti</i> , con osservazioni di P. J. SPINELLI	127

	Pag.
T.A.R. UMBRIA – 29 gennaio 2013, n. 45, con nota di L. MACRÌ, <i>Il diniego del rinnovo di porto d'armi per uso personale e la rilevanza del presupposto del "dimostrato bisogno"</i>	134
CORTE DEI CONTI – sez. reg. controllo Umbria – del. 10 luglio 2013, n. 120/2013/Pari – Pres.-Rel. SFRECOLA – Proc. Reg. CHIAPPINIELLO con <i>Relazione orale del Presidente della Sezione, Dott. Salvatore Sfrecola e Relatoria del Procuratore Regionale, dott. Agostino Chiappiniello</i>	144

MASSIME COMMENTATE

(a cura di Paola Jole Spinelli)

T.A.R. UMBRIA, 3 agosto 2012, n. 316, sulla natura vincolata dei provvedimenti sanzionatori in materia edilizia	169
T.A.R. UMBRIA, 3 agosto 2012, n. 317, sulla natura tecnico discrezionale delle scelte di pianificazione urbanistica	173
T.A.R. UMBRIA, 3 agosto 2012, n. 318, sulla giurisdizione ordinaria in caso di risarcimento del danno per inosservanza delle regole tecniche	175

DOTTRINA

S.P. CERRI, <i>La trascrizione tardiva del matrimonio</i>	179
C. LAMBERTI, <i>Relazione sull'attività svolta nell'anno giudiziario 2012 presso il Tribunale amministrativo regionale dell'Umbria il 26 febbraio 2013 (estratto)</i>	199
G. MORANI, <i>L'equiparazione dei figli naturali ai figli legittimi: prime riflessioni sulla legge 10 dicembre 2012, n. 219</i>	217
S. SCUDERI, <i>Intercettazioni e nuove forme di comunicazione: limiti e garanzie</i> . ..	225
P. SPACCHETTI, <i>Product placement: quando diritto e marketing si incontrano</i>	241

INDICE ANALITICO-ALFABETICO DELLA GIURISPRUDENZA

- ATTO AMMINISTRATIVO – Illegittimità – Danno immediato e diretto
– Domanda di risarcimento – Giurisdizione g.a. in via esclusiva – Sussistenza, 175
- Nullità anche parziale – Effetti – Insanabilità atti connessi – Rapporti integralmente esauriti – Inefficacia della nullità, 81
- Procedimento amministrativo – Preavviso di rigetto – Assenza – Legittimità
– Condizioni (l. 7 agosto 1990, n. 241, artt. 10 *bis* e 21 *octies*; l.r. Umbria, 3 gennaio 2000, n. 2, art. 5 *bis*)
- Procedimento amministrativo – Regole tecniche o dei canoni di diligenza e prudenza – Inosservanza della p.a.
– Domanda di risarcimento del danno
– Competenza a.g.o. – Sussistenza, 175
- AUTORIZZAZIONI – Autorizzazioni di p.s. – Licenza di porto di pistola per difesa personale – Presupposti
– Dimostrato bisogno – Valutazione in concreto – Attuale e concreto pericolo per l'incolumità personale – Necessità. (art. 42 r.d. 18 giugno 1931, n. 773 (t.u.l.p.s.)), 134
- Autorizzazioni di p.s. – Licenza di porto di pistola per difesa personale
– Contenuto permissivo – Presupposti
– Dimostrato bisogno – Onere della prova – Incombe sull'istante. (art. 42 r.d. 18 giugno 1931, n. 773 (t.u.l.p.s.)), 134
- CAVE – Attività estrattiva – Autorizzazione – Accertamento di giacimento cave dismesse – Interessi di natura paesaggistica e ambientale
– Prevalenza (l.r. Umbria, 3 gennaio 2000, n. 2, artt. 1 e 5 *bis*), 113
- Attività estrattiva – Autorizzazione
– Accertamento di giacimento in cave dismesse – Ripresa ampliamento attività in essere e attività in cave dismesse – Finalità di recupero ambientale – Preferenza - Limiti (l.r. Umbria, 3 gennaio 2000, n. 2, artt. 1e 5 *bis*), 113
- Attività estrattiva – Autorizzazione – Accertamento di giacimento
– Variante a strumenti urbanistici
– Recepimento esiti Conferenza Copianificazione – Competenza - Consiglio Comunale (d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, art. 42; l.r. Umbria, 3 gennaio 2000, n. 2, art. 5 *bis*), 113
- CIRCOLAZIONE STRADALE – Mancata esposizione del permesso di parcheggio – Conseguenze, 40
- Verbale di accertamento di violazione stradale – Efficacia probatoria – Percezioni sensoriali dei verbalizzanti
– Insufficienza del ricorso di cui agli artt. 203 e 204 *bis* del C.d.S. – Necessità di proporre la querela di falso per contestarne la veridicità, 40
- COMPETENZA – Competenza nei procedimenti riguardanti magistrati
– Connessione teleologica – Esclusione
– Ragioni, 47
- CONTRATTI DELLA P.A. – Appalti – Bando di gara – Nulla osta di sicurezza
– Requisito soggettivo – Avvalimento
– Utilizzabilità (artt. 17, 49, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), 127
- Bando di gara - Clausole escludenti
– Mancata impugnazione – Atto di esclusione – Natura dichiarativa – Impugnazione – Inammissibilità (art. 46, comma 1 bis, 20 e 27, 65, 68 e 225 d.lgs. n. 163 del 2006, 127.
- CONVIVENZAMORE – Acquisto di beni per la residenza comune – Liberalità
– Obbligazioni naturali – Inquadramento, 17
- CORTE DEI CONTI – Rendiconto generale Regione Umbria – Giudizio di parificazione – Oggetto – Finalità

- (art. 1, comma 5, d.l. 10 ottobre 2012, n. 174, conv. mod. l. 7 dicembre 2012, n. 213; artt. da 39 a 41, r.d. 12 luglio 1934, n. 1214), 144
- DIFESA E DIFENSORE** – Difesa tecnica – Difensore di fiducia e difensore di ufficio – Procuratore speciale – Richiesta di riti alternativi – Esclusione, 72
- DOCUMENTO E PROVA DOCUMENTALE** -Atto pubblico – Efficacia, 140
- EDILIZIA ED URBANISTICA** – Abusi edilizi – Applicabilità della l.u. 17 agosto 1942, n. 1150 – Contestazione – Onere della prova – A carico del ricorrente – Sussistenza (art. 31, l.u. 17 agosto 1942, n. 1150; art. 64, comma 1, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104), 169
- Abusi edilizi – Ordinanza di demolizione – Unico presupposto – Esecuzione in difformità od in carenza di titolo – Legittimità, 169
- Pianificazione urbanistica – Scelte tecnico-discrezionali – Illogicità – Sindacabilità, 173
- ENTI LOCALI** – Responsabilità patrimoniale risarcitoria- Sanzione pecuniaria – Elemento soggettivo – Mancata prova – Non irrogabilità (art.30, comma 15, l. 27 dicembre 2002, n. 289), 81
- GIURISDIZIONE CIVILE** – Giurisdizione ordinaria - Ripetizione di somme di origine tributaria – Sussistenza – Fattispecie, 30
- GIURISDIZIONE CONTABILE** – Accertamento diretto della nullità – Nullità parziale – Sussistenza, 181
- GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA** – Bando di gara – Azione di annullamento – Aggiudicazione – Mancata impugnazione – Irrilevanza (art. 29 d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104), 94
- INTERMEDIAZIONE FINANZIARIA** – Doveri di comportamento dell'intermediario – Violazione – Nullità – Insussistenza – Annullabilità per errore – Insussistenza – Annullabilità per dolo – Prova – Insussistenza – Responsabilità contrattuale – Risoluzione giudiziale – Gravità dell'inaidempimento – Insussistenza (d.lgs. 23 luglio 1996 n. 415, artt. 17, 18; c.c., artt. 1429, 1439, 2697, 1375, 1218, 1453, 1455), 1
- PORNOGRAFIA MINORILE** – Elementi costitutivi del reato – Utilizzazione di persona minore di anni diciotto – Inserimento della condotta in un contesto embrionale di organizzazione – Potenziale e successiva fruizione del materiale da parte di terzi – Necessità, 60
- VIOLENZA PRIVATA** – Elementi costitutivi – Molestia o disturbo alle persone – Prospettazioni di minacce percepite come reali – Tentativo – Sussistenza, 61

DIRITTO CIVILE

TRIBUNALE CIVILE DI PERUGIA – 14 gennaio 2010 – Pres. CRISCUOLO – Est. RANA – Cu.Ma. (avv.ti M.Pe. e A.Po.) c. Ba.Po. S.p.A. (avv. D.Ar.).

Intermediazione finanziaria – Doveri di comportamento dell'intermediario – Violazione – Nullità – Insussistenza – Risoluzione giudiziale – Gravità dell'inadempimento (d.lgs. 23 luglio 1996 n. 415, artt. 17, 18; c.c., artt. 1429, 1439, 2697, 1375, 1218, 1453, 1455).

La violazione dei doveri informativi dell'intermediario non può dar luogo a nullità e, quando incidente su valutazioni di convenienza economica dell'operazione, risulta altresì inidonea a legittimare l'annullabilità per errore. Nel caso di specie, ravvisata anche l'assenza del dolo determinante, l'analisi del comportamento dell'intermediario è da circoscrivere alla fase esecutiva del contratto ed ivi l'omissione delle informative specifiche dovute nonché delle segnalazioni relative all'adeguatezza delle operazioni non assumono rilevanza in presenza di una pregressa vendita (con plusvalenza) di analoghi titoli di pari importo da parte dell'investitore. Di conseguenza, neanche la tardiva consegna del documento sui rischi generali costituisce un notevole scostamento dagli obblighi di diligenza dell'intermediario, ed è priva del carattere di gravità necessario a fondare la pronuncia di risoluzione degli ordini di investimento richiesta dall'attore. (1)

(*Omissis*). Con atto di citazione notificato il 02/05/2006 C.M. conveniva in giudizio la B.P. s.p.a. per sentire accogliere le seguenti conclusioni: in via principale, dichiarare la nullità *ex art.* 1418 c.c. dei tre ordini di acquisto del titolo (*omissis*) del 03/07/1998 e dei corrispondenti atti di adesione del 23/2/2005 alla offerta pubblica di scambio promossa dalla Repubblica Argentina e, per l'effetto, pronunciare l'attribuzione in proprietà alla convenuta dei titoli acquistati in sede di scambio e condannare la B.P. alla restituzione della complessiva somma di € 92.032,73, oltre ulteriori spese e commissione addebitategli dalla banca, con detrazione

delle cedole incassate, il tutto con interessi al tasso legale e maggior danno *ex art.* 1224, comma 2, c.c.; in via subordinata, pronunciare l'annullamento *ex art.* 1427 c.c. per errore o dolo; in via ulteriormente subordinata accertare l'inadempimento ai doveri di informazione e pronunciare *ex art.* 1457 c.c. la risoluzione delle tre operazioni di investimento.

Costituitasi in giudizio la B.P. s.p.a. concludeva per il rigetto di tutte le avverse domande e, in via riconvenzionale, chiedeva di accertare e dichiarare la condotta di mala fede processuale *ex art.* 98 c.p.c. per danni all'immagine ed alla serietà dell'istituto bancario e, per l'effetto, condannare l'attrice al risarcimento dei danni indicati in € 20.000,00 «salvo diversa maggiore o minore quantificazione da parte del magistrato adito».

Scambiate le memorie *ex artt.* 6 e 7 d.lgs. n.5/03, espletate le prove ammesse dal collegio con ordinanza del 23/3/2009, all'udienza collegiale del 27/10/2009 la causa veniva riservata in decisione. (*Omissis*).

La domanda è infondata e non merita accoglimento.

Sulla eccepita nullità si rileva (conformemente alle pronunce delle Sezioni Unite della Cassazione n. 26724 e 26725 del 2007) che la nullità si verifica solo nelle ipotesi espressamente previste dal legislatore e, quindi, o per inosservanza della forma scritta del contratto quadro (art. 23 co. 1) ovvero per la presenza di pattuizioni di rinvio agli usi (art. 23 co. 2): ipotesi entrambe insussistenti nel caso in esame.

Ove pure si voglia ammettere che la violazione dei doveri di comportamento dell'intermediario siano idonei ad influire sul consenso della controparte, inquinandolo, appare arduo sostenere che solo per questo il consenso manca del tutto; ed i vizi del consenso, se pur di essi si possa astrattamente parlare, non determinano la nullità del contratto, bensì solo l'annullabilità, qualora ricorrano le condizioni previste dagli artt. 1427 e segg. c.c.

In particolare, per quel che concerne l'annullamento mancano i presupposti richiesti dal codice civile (essenzialità e riconoscibilità del vizio del consenso).

Anche dando per provate le omissioni informative di cui l'istante si duole, rimane il fatto che, ai sensi dell'art. 1429 c.c., da un lato non vi è prova di una condotta dolosa della banca convenuta e, dall'altro, l'errore deve verteere sull'oggetto del contratto o sull'identità dell'oggetto della prestazione o su una sua qualità mentre tutte le omissioni informative, lamentate ricadono nell'ambito della valutazione relativa alla maggiore o minore convenienza economica dell'operazione che è concetto estraneo alle norme in materia di vizi del consenso.

Ciò posto, l'oggetto del contendere deve essere, in definitiva, circoscritto al segmento di attività dell'intermediario sviluppatasi nella fase di esecuzione del contratto e segnatamente attraverso i singoli atti di negoziazione titoli posti in essere nel luglio 1998.

Esclusa sia la nullità che l'annullabilità, l'intermediario che viola gli obblighi imposti dalla normativa di settore potrebbe rispondere a titolo di inadempimento contrattuale per i danni causati al cliente/investitore.

Nel caso in esame viene contestata la violazione dell'obbligo della banca di consegna del documento sui rischi generali, nonché dell'obbligo di informare preventivamente e compiutamente la cliente delle caratteristiche tipologiche e della rischiosità di operazioni di investimento a carattere speculativo e dell'obbligo dell'intermediario di astenersi dall'effettuare con il cliente un'operazione non adeguata per tipologia oggetto e dimensione senza averlo dettagliatamente informato, senza aver acquisito informazione sulla sua esperienza in materia.

L'attrice contesta, altresì, la violazione del divieto di porre in essere operazioni in conflitto di interessi, nonché la violazione delle norme in materia di sottoscrizione di titoli emessi in fase di collocamento.

Non può essere accolta la censura di aver agito in conflitto d'interessi perché la Banca convenuta ha ampiamente dedotto e dimostrato: 1) di non aver fatto parte del consorzio di collocamento dei titoli in questione e 2) che i titoli non erano già nel suo patrimonio, bensì di aver provveduto ad acquistarli (in dipendenza dell'ordine in questione) da altri Istituti ed un «conflitto» è logicamente ipotizzabile solo laddove la Banca fosse risultata già possessore dei titoli e non già quando l'acquisto degli stessi è stato effettuato unicamente allo scopo di soddisfare l'ordine della cliente.

Né vi è stata violazione della normativa sul collocamento per quel che concerne l'obbligo di consegna del «prospetto informativo» in quanto nel caso in esame non è risultato in alcun modo che si tratti di una offerta pubblica indiretta (acquisto in gran massa di titoli da soggetti esentati - quali Banche e altri investitori istituzionali - i quali però non trattengono o quasi tali titoli, ma sono già «pronti» per la loro ricollocazione ad investitori privati).

In effetti i prestiti obbligazionari della Repubblica Argentina sono stati emessi sull'Eu. e sono stati assunti, inizialmente, «a fermo» da investitori istituzionali (per i quali sussiste l'esenzione *ex art. 100 T.U.F.*) e quindi venduti ad altri intermediari e a soggetti privati.

La cessione delle obbligazioni a investitori istituzionali esaurisce la fase del collocamento.

Solo successivamente, le obbligazioni divengono negoziabili sul mercato secondario (regolamentato e/o non regolamentato) senza che sia prevista la consegna del prospetto informativo.

Non sussiste neanche violazione dell'obbligo di diligenza e correttezza per quel che concerne le informazioni circa la rischiosità del titolo in quanto le stesse non erano disponibili al momento dell'acquisto.

In realtà le obbligazioni della Repubblica Argentina, pur essendo

da qualificare «speculative», tuttavia, all'epoca dei fatti per cui è causa (luglio 1998) non si presentavano a rischio insolvenza, così come si ricava dai rating delle principali agenzie internazionali.

È solo a decorrere dal marzo 2001 che il rating peggiora e lascia prevedere l'insolvenza, e poiché l'acquisto è avvenuto nel luglio 1998 nulla può essere imputato alla Banca a tal titolo.

Anche la doglianza circa la mancata assunzione di informazioni sul profilo del cliente e sulla mancata segnalazione dell'inadeguatezza dell'operazione appare infondata.

È noto che la normativa di settore impone all'intermediario il dovere di assumere informazioni circa il cliente/investitore, per valutare la sua propensione al rischio e le altre circostanze previste dal TUF e dal regolamento attuativo della Consob: tali informazioni sono finalizzate al giudizio di «adeguatezza» od «inadeguatezza» dell'ordine rispetto al suo profilo di investitore.

Orbene nella fattispecie in esame i tre ordini di acquisto dei (*omissis*) sono stati formalizzati ed eseguiti il tre luglio 1998 nell'ambito di un rapporto contrattuale di «intermediazione finanziaria risultante» per iscritto dal contratto stipulato nell'ottobre 1996 e, circostanza decisiva per il collegio, sono correlati alla vendita (chiusa con plusvalenza) di altrettanti titoli di pari importo sempre della Repubblica Argentina acquistati nel 1997.

L'operazione del luglio 1998, quindi, in quanto speculare alla precedente effettuata un anno prima non appare per nulla inadeguata al profilo dell'investitore ed alla propensione al rischio che l'attrice già aveva di fatto dimostrato di possedere nel 1997 con la prima operazione di acquisto dei medesimi titoli.

Il teste S.P. ha riferito (v. verbale d'udienza del 18/6/2009) che, in occasione del primo acquisto (che poi il teste riferisce erroneamente essere avvenuto nel 1998 mentre in realtà risale appunto al 1997) alla C. vennero illustrate le caratteristiche dell'investimento e le possibilità alternative meno rischiose.

Stando così le cose il Collegio ritiene che la C. nel luglio 1998 era pienamente consapevole del tipo di operazione che stava compiendo e quindi espresse un consenso puntuale ed efficace non inficiato di difetti informativi addebitabili alla banca convenuta.

In questa prospettiva la tardiva consegna del documento sui rischi generali non assume quel carattere di notevole discostamento dell'intermediario dai suoi obblighi generici e specifici di diligenza, e quindi non è di per sé solo né grave né idoneo a fondare una pronuncia di risoluzione degli ordini di investimento così come richiesto dall'attrice. (*Omissis*).

(1) Deficit informativi nel rapporto tra investitore ed intermediario e prospettive del rimedio risolutorio.

SOMMARIO: 1. *Il caso.* – 2. *Dislocazione degli obblighi di informazione dell'intermediario e rimedi applicabili.* – 3. *Le patologie informative tra l'impostazione dogmatica di legittimità e la prospettiva della pronuncia in commento.* – 4. *In particolare: la risoluzione dell'operazione di investimento per la violazione dei doveri informativi dell'intermediario.* – 5. *Considerazioni conclusive.*

1. L'investitore, con tre ordini del 3 luglio 1998, acquisiva obbligazioni della Repubblica Argentina per un controvalore complessivo di € 92.032,73. L'operazione si perfezionava in seguito alla vendita chiusa con plusvalenza di altrettanti titoli di pari importo emessi dallo stesso paese sudamericano ed acquistati in precedenza nell'anno 1997.

Le obbligazioni di cui è causa erano ancora nel suo portafoglio sul finire del 2001, allorché l'Argentina subiva un *default* di elevatissime proporzioni che non le consentiva di onorare i propri impegni sui mercati finanziari, arrecando notevoli danni al patrimonio di tutto il pubblico del c.d. «risparmio tradito».

In presenza di un investimento di fatto azzerato (ad eccezione delle cedole già conseguite), egli, in data 23 febbraio 2005, decideva di aderire all'offerta pubblica di scambio promossa dalla Repubblica Argentina, acquistando altri titoli del paese in cambio di quelli caduti in *default* ⁽¹⁾.

Con atto di citazione del 2 maggio 2006, egli graduava la propria domanda ⁽²⁾ chiedendo la dichiarazione di nullità degli ordini e dei successivi atti di adesione all'offerta di scambio, in via subordinata l'annullamento per errore o per dolo, in via ulteriormente subordinata la loro risoluzione per l'inadempimento dei doveri informativi dell'istituto di credito intermediario.

2. L'attore puntualizza i suoi rilievi, *in primis*, sulle violazioni degli obblighi informativi passivi ed attivi preordinati a descrivere la natura e i rischi sottesi alle singole operazioni in confronto al proprio profilo di investimento ⁽³⁾, oltre a censurare la mancata consegna del documento sui

⁽¹⁾ La questione dell'incidenza di un'adesione all'o.p.s. argentina sull'esito della domanda attorea, pur estranea al *thema decidendum*, è accennata da ROPPO, *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero, l'ambaradan dei rimedi contrattuali)*, in *Contr. impr.*, 2005, 909.

⁽²⁾ Ancora ROPPO, *op. ult. cit.*, 899.

⁽³⁾ Secondo INZITARI, PICCININI, *La tutela del cliente nella negoziazione di strumenti finanziari*, Padova 2008, 72 ss., la regola che nei servizi d'investimento impedisce agli intermediari di porre in essere operazioni inadeguate al profilo di rischio dell'investitore (c.d. *suitability rule*) «costituisce l'applicazione finale della c.d. *Know your merchandise rule* e della c.d. *Know your customer rule*».

rischi generali degli investimenti comunque dovuto dalla banca in sede di adeguamento del rapporto allo *ius superveniens* di carattere speciale ⁽⁴⁾.

Come noto, gli specifici obblighi informativi previsti dalla normativa di settore possono precedere ⁽⁵⁾ il contratto quadro, o comunque integrarne *ex art. 1374 c.c.* i contenuti ⁽⁶⁾ soprattutto allorquando finalizzati a supportare le singole operazioni d'investimento che ne scaturiscono.

I rimedi contrattuali utilizzati o utilizzabili, d'altro canto, assumono contorni ed operatività differenti a seconda della possibile ricaduta, rispettivamente, sul contratto quadro o più precisamente sui singoli ordini.

⁽⁴⁾ Delibera CONSOB n. 11254 del 25 febbraio 1998: «[...] gli intermediari con riferimento ai rapporti già in essere: adeguano i contratti relativi ai servizi di investimento entro il 1 luglio 1998; adeguano gli schemi di rendiconto trimestrale relativi al servizio di gestione entro il 1 luglio 1998; provvedono, nei casi in cui non sia necessario il rinnovo del rapporto, a consegnare alla clientela il documento sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari entro il 30 giugno 1998».

⁽⁵⁾ Si pensi al già citato documento sui rischi generali degli investimenti di cui all'art. 28, comma 1, lett. b) del vecchio reg. CONSOB emanato con delibera n. 11522 del 1 luglio 1998, nell'ipotesi specifica di contratto di gestione di portafogli e di consulenza in materia di investimenti collegati. Si vedano, invece, per la disciplina generale attuale, gli artt. 27 e ss. del reg. adottato dalla CONSOB con delibera n. 16190 del 29 ottobre 2007. Si riporta altresì il testo di Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Giust. civ.*, V, 2008, 1175 ss., con nota di NAPPI, pronunzia che, sulla base dell'impalcatura normativa risalente alla legge n. 1/1991, svolge chiarezza sistematica sulla collocazione dei doveri informativi dell'intermediario: «Attiene evidentemente alla fase prenegoziale l'obbligo di consegnare al cliente il documento informativo menzionato nella lett. b) della citata disposizione dell'art. 6, ed attiene sempre a tale fase preliminare il dovere dell'intermediario di acquisire le informazioni necessarie in ordine alla situazione finanziaria del cliente, come prescritto dalla successiva lett. d), così da poter poi adeguare ad essa la successiva operatività. Ma doveri d'informazione sussistono anche dopo la stipulazione del contratto d'intermediazione, e sono finalizzati alla sua corretta esecuzione: tale è il dovere di porre sempre il cliente in condizione di valutare appieno la natura, i rischi e le implicazioni delle singole operazioni d'investimento o di disinvestimento, nonché di ogni altro fatto necessario a disporre con consapevolezza dette operazioni (art. cit., lett. e), e tale è il dovere di comunicare per iscritto l'esistenza di eventuali situazioni di conflitto d'interesse, come condizione per poter eseguire ugualmente l'operazione se autorizzata (lett. g). Nè può seriamente dubitarsi che anche l'obbligo dell'intermediario di tenersi informato sulla situazione del cliente, in quanto funzionale al dovere di curarne diligentemente e professionalmente gli interessi, permanga attuale durante l'intera fase esecutiva del rapporto e si rinnovi ogni qual volta la natura o l'entità della singola operazione lo richieda, per l'ovvia considerazione che la situazione del cliente non è statica bensì suscettibile di evolversi nel tempo».

⁽⁶⁾ ROPPO, *op. cit.*, 905 che in un'ottica di negozialità anche dei rapporti collocati a valle del contratto quadro afferma: «Gli obblighi di informazione della banca sono dunque contrattuali dal punto di vista della loro fonte, nel senso che derivano da un contratto fra banca e cliente: il contratto quadro. Dal punto di vista della loro funzione sono invece obblighi precontrattuali, in quanto funzionali alla conclusione di un contratto, ma di un diverso e successivo contratto: lo specifico contratto di acquisto di strumenti finanziari in base all'ordine del cliente, che del contratto quadro costituisce sviluppo ed attuazione».

In chiave astratta, mentre le azioni di nullità relativa e di risoluzione paiono applicabili in entrambe le descritte dimensioni, si vede più difficile congegnare un vizio della volontà alla sottoscrizione del contratto quadro poiché, per definizione, le singole o plurime operazioni di investimento risultano ancora da programmare ed eseguire⁽⁷⁾. In tal senso, però, la sentenza non assume un atteggiamento *a priori*, ravvisando piuttosto la non essenzialità dell'errore⁽⁸⁾ e, più nello specifico, una carenza probatoria in ordine al concreto condizionamento della volontà dell'investitore.

3. La giurisprudenza di legittimità, investita della questione sui rimedi applicabili al rapporto di investimento, dimostra una buona dose di pragmatismo⁽⁹⁾, segnalando in maniera assorbente la relazione di dipendenza

⁽⁷⁾ In senso analogo, esclude l'annullabilità dell'intero contratto quadro quando trattasi di violazioni informative successive alla stipula dello stesso e relative alle operazioni di investimento collocate a valle, Trib. Gorizia, 18 ottobre 2011, in *www.ilcaso.it*; sull'opportunità, invece, di valorizzare il rimedio dell'annullabilità per errore in ordine alle singole operazioni di investimento, GENTILI, *Inadempimento dell'intermediario e vizi genetici dei contratti d'investimento*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, III, 44: «Quando alla luce del contratto-quadro l'apporto dell'intermediario in relazione ad una singola scelta di investimento non è corretto, c'è inadempimento dei doveri di opera professionale; inadempimento che genera vizio della volontà del cliente nel consequenziale contratto di mandato ad acquistare lo strumento finanziario prescelto in conseguenza della disinformazione imputabile. All'inadempimento consegue il risarcimento. Al vizio opponibile della volontà l'annullamento. Confermato nel caso di specie dalla regola dell'art. 1711, comma 1, secondo periodo, c.c. in base al quale "L'atto che sorbita dal mandato resta a carico del mandatario se il mandante non lo ratifica". Quando così è, il singolo contratto di investimento (terza fase) relativo alla singola scelta su cui (nella seconda fase) è caduta la disinformazione, è annullabile. L'investitore ha perciò la possibilità di proporre con l'impugnativa l'azione di ripetizione del capitale investito in quell'investimento. E potrà se del caso e secondo le regole ordinarie accompagnarvi la domanda di risarcimento per il maggior danno». La prospettiva dell'autore poggia su tre presupposti: a) la scomposizione tri-fase del rapporto di investimento, interponendo tra il contratto quadro ed i singoli ordini un negozio di prestazione d'opera professionale: «è infatti in questo momento che la disinformazione o il conflitto si concretizzano e pregiudicano la scelta di investimento, la cui esecuzione viene successivamente impartita, aprendo alla possibilità che il cliente successivamente la contesti invocando rimedi invalidanti»; b) che la convenienza dell'ordine, intesa come adeguatezza del titolo rispetto al profilo di rischio del cliente come tracciato dall'intermediario, è il vero oggetto dell'operazione, e può dunque costituire errore essenziale incidente sulla validità del contratto; c) che gli errori in parola sono certamente riconoscibili alla controparte «quando l'inautenticità della scelta di investimento è conseguenza della violazione da parte dell'intermediario di specifici obblighi di informazione e di avviso, [...] visto che proprio essa ha colpevolmente causato l'errore».

⁽⁸⁾ Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, cit., nell'escludere la configurabilità della nullità virtuale per violazione di doveri di comportamento dell'intermediario, ritiene astrattamente ammissibile il rimedio dell'annullabilità.

⁽⁹⁾ Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, cit.: «il compimento delle operazioni di cui si tratta, ancorché queste possano a loro volta consistere in atti di

strutturale tra ordine e contratto quadro.

In altre parole, si evitano prese di posizione sulla reale genesi contrattuale dell'ordine di negoziazione⁽¹⁰⁾, con particolare riguardo all'importante aspetto applicativo della doverosità, a pena di nullità, della forma scritta di cui all'attuale art. 23 d.lgs. n. 58/1998⁽¹¹⁾. Essa, tuttavia, realisticamente registra che a seguito della sottoscrizione del contratto quadro la legge pone

natura negoziale (ma è significativo che la norma le definisca col generico termine di "operazioni"), si pone pur sempre come momento attuativo di obblighi che l'intermediario ha assunto all'atto della stipulazione col cliente del "contratto quadro"; Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26725, in *Dir. giur.*, 2008, 407, con nota di RUSSO; Cass., 17 febbraio 2009, n. 3773, in *Danno e resp.*, 2009, 503. Sembra che la tendenza interpretativa espressa dalla Corte di Cassazione si ponga in maniera intermedia rispetto ai due grandi orientamenti della dottrina, sposando una struttura bifasica che si inserisce, però, all'interno dello schema generale del mandato: si veda soprattutto Cass., 13 gennaio 2012, n. 384, in *Giur. comm.*, 2012, 791 ss., con nota di BONATO, che sembra aderire alle prospettazioni enucleate in tal senso dal ricorrente.

⁽¹⁰⁾ Secondo un primo orientamento, restrittivo, l'ordine di borsa sarebbe un mero atto esecutivo del contratto (GALGANO, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni Unite della Cassazione*, in *Contr. impr.*, 2008, 1 ss., il quale ravvisa nel contratto di prestazione dei servizi di investimento un contratto misto di conto corrente e di mandato, sostenendo che gli ordini del cliente alla banca sono, ex art. 1711 c.c., istruzioni del mandante al mandatario). In senso contrario, ROPPO, *op. cit.*, 896, il quale assume la struttura contrattuale bifasica del rapporto di investimento e, più di recente, ancora ROPPO, *Sui contratti del mercato finanziario, prima e dopo la MIFID*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 499, critica apertamente la ricostruzione c.d. unitaria espressiva dell'orientamento primo citato che non discriminerebbe agevolmente tra strumenti finanziari ceduti in contropartita diretta - ove si avrebbe un mandato senza il compimento di alcun atto giuridico (infatti il mandatario aveva già il bene nel suo patrimonio e non ha avuto necessità di negoziare coi terzi) - e l'ordine di compravendita di strumenti finanziari non disponibili nel portafoglio dell'intermediario (allorché comunque l'ordine del cliente avrebbe la sua valenza negoziale nel determinare l'oggetto del mandato). In realtà, sempre GALGANO, *I contratti di investimento e gli ordini dell'investitore all'intermediario*, in *Contr. impr.*, 2008, 894, accenna anche dell'acquisto di titoli in contropartita diretta, auspicando l'applicabilità dell'art. 1395 c.c. e della disciplina del c.d. contratto con se stesso, autorevolmente correlata alle norme speciali in materia di operazioni in conflitto d'interessi dell'intermediario.

⁽¹¹⁾ BONATO, *op. cit.*, 802 ss., intravede come perno dell'impostazione interpretativa della Corte di Cassazione il porre un freno a creativi sviluppi teorici in materia di azioni di nullità, vuoi derivanti dalla violazione di norme di condotta, vuoi derivanti da aspetti legati alla forma degli atti. Ma, conclude l'a., «se questo indubbiamente rappresenta un persistente richiamo nei confronti della giurisprudenza di merito, ciò non significa depotenziare la posizione di soggetto creditore di particolare tutela, da riconoscersi all'investitore rispetto alla controparte professionale, perché la Corte stessa rammenta che non è necessaria sempre e soltanto l'azione di nullità per esprimere tale tutela, ben potendo l'interessato agire anche per l'annullabilità, qualora in particolare si rinvenivano vizi nel consenso, come pure può pur sempre proporre l'azione di risoluzione del contratto e, comunque, di risarcimento (sia per responsabilità contrattuale che pre-contrattuale)».

sempre a carico dell'intermediario più pregnanti doveri di condotta calibrati sulle singole operazioni da intraprendersi ⁽¹²⁾, da collocarsi più propriamente in fase esecutiva del rapporto quadro.

Il Collegio, in effetti, esclusa ogni forma di invalidità, concentra la propria analisi sulla configurabilità della risoluzione dell'operazione di investimento effettuata.

Viene tuttavia escluso l'inadempimento dell'intermediario, poiché, in relazione alla normativa *ratione temporis* vigente, l'obbligo di assumere informazioni e l'opportunità di segnalare l'inadeguatezza delle operazioni d'acquisto risulterebbero assorbiti, in concreto, dalla presenza di analoghe operazioni effettuate in precedenza dall'investitore, oltre che dall'assenza di nuove informazioni sul grado di rischio.

E, d'altro canto, neanche la consegna tardiva del documento generale sugli investimenti avrebbe di per sé l'effetto di discostare così ampiamente il comportamento dell'intermediario dai propri obblighi ⁽¹³⁾ tanto da giustificare la risoluzione del negozio.

Nell'ottica delle tutele azionate ci si chiede, pertanto, in che misura un'ipotetica violazione degli specifici obblighi in parola può costituire inadempimento contrattuale imputabile all'intermediario ed, inoltre, se quest'ultimo può assumere la rilevanza necessaria per pronunciare la risoluzione dell'operazione di investimento.

4. Prima di analizzare la rilevanza del comportamento dovuto dall'intermediario è necessario, *in primis*, riflettere sull'astratta operatività della risoluzione in confronto alle singole operazioni d'investimento.

La sentenza non sembra esprimersi sul punto, sebbene tenga presente una duplicità di piani allorquando, pronunciando sulla richiesta risoluzione (degli ordini), deduce anche l'irrilevanza della puntuale consegna del docu-

⁽¹²⁾ ROPPO, *La tutela del risparmiatore*, cit., 897, il quale sinteticamente avverte «in presenza di un ordine per l'acquisto di titoli, scattano a carico della banca complessi e stringenti obblighi di comportamento a tutela del cliente [...]: di informare il cliente sulle prospettive (caratteristiche, rischi, costi) dell'investimento ipotizzato; e di informarsi sulla situazione patrimoniale e reddituale del cliente stesso, sulle sue esigenze e i suoi obiettivi di investimento, sulla sua propensione al rischio, così da individuare quali investimenti possono ritenersi "adeguati" per lui e quali no, onde consigliargli i primi e sconsigliarli i secondi».

⁽¹³⁾ In prospettiva contraria, sembra, Trib. Torino, 12 gennaio 2009, in *www.il-caso.it*: «Il documento generale sui rischi degli investimenti in strumenti finanziari, soprattutto in presenza di un contratto risalente al 1992, avrebbe consentito all'altra parte di acquisire un'adeguata consapevolezza sugli investimenti in strumenti finanziari e, quindi, sulle obbligazioni dell'Argentina (e non appare rilevante, in senso contrario, il riferimento, nelle difese della convenuta, ad altri investimenti effettuati in titoli speculativi e ad elevato rischio in quanto, in assenza della consegna del documento sui rischi generali, dalle mere operazioni non può desumersi, in modo univoco, anche il grado di effettiva consapevolezza della rischiosità e dell'esperienza acquisita dall'investitrice attraverso tali investimenti)».

mento sui rischi generali, adempimento tanto comune ad ogni operazione d'investimento da apparire più legato, invece, alla dimensione del contratto quadro.

L'impostazione che appare prevalente, seppur nella recente evoluzione della giurisprudenza di legittimità mantiene un lieve riferimento alla negozialità degli atti attuativi del contratto quadro⁽¹⁴⁾, sembra considerare ancora preminente l'ambito afferente all'accordo-quadro, tanto da oblietare nella sua ultima versione una lettura degli ordini come «istruzioni del mandante al mandatario per l'esecuzione del mandato»⁽¹⁵⁾. Emergerebbe, pertanto, una giustificazione implicita alla tesi unitaria della risolubilità del solo contratto quadro⁽¹⁶⁾.

Il contratto quadro, nel sistema delineato dalla legislazione speciale, è indispensabile per dar luogo al rapporto di investimento⁽¹⁷⁾. Ogni vizio inerente la complessiva operazione agirebbe sopra di esso. I rimedi all'uopo utilizzati dall'investitore si ripercuotono a cascata sui singoli atti di investimento e disinvestimento scaturiti dagli ordini. In particolare, la carenza di un regolare contratto quadro provoca la sanzione della nullità estesa a tutta la complessiva operazione negoziale.

Nell'ambito di detta ricostruzione applicativa, una parte della giurisprudenza di merito, con dovizia argomentativa, ha altresì ritenuto contrario ai principi il c.d. uso selettivo della nullità perché, in particolare, «verrebbe consentita la formazione di un giudicato su presupposti di fatto che, proprio perché individuati senza operare l'effettiva compensazione di tutte le poste riferibili al rapporto, sono potenzialmente e probabilmente non veritieri»⁽¹⁸⁾.

Se tale opinione fosse valida anche in materia di risoluzione, va da sé che l'interessato a perseguire il rimedio ablativo sarebbe costretto a chiedere la risoluzione del contratto quadro⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁴⁾ Si rinvia per gli opportuni riferimenti alla nt. 9.

⁽¹⁵⁾ Si registra in tal senso l'evoluzione di Cass., 13 gennaio 2012, n. 384, con nota di BONATO, cit., 799, l'a. riferisce trattarsi di «*captatio* terminologica sicuramente non casuale perché il concetto è già noto ai giudici del Supremo Collegio».

⁽¹⁶⁾ Nell'ampio panorama della giurisprudenza di merito, si veda anche Trib. Gorizia, 18 ottobre 2011, cit., «in omaggio alla ricostruzione della fattispecie effettuata dalle Sezioni Unite, mentre il contratto d'intermediazione finanziaria è assimilabile a un contratto di mandato, i successivi ordini del cliente integrano semplici atti negoziali unilaterali, attuativi del suddetto accordo, privi cioè di natura contrattuale. Ciò detto, l'istituto della risoluzione contrattuale non è applicabile all'operazione di investimento in obbligazioni argentine, poiché tale rimedio è preordinato a colpire i vizi funzionali del sinallagma, assente tuttavia laddove non ricorra un contratto a prestazioni corrispettive».

⁽¹⁷⁾ Per un quadro di riferimento, anche nel rapporto con i singoli ordini di negoziazione, INZITARI, PICCININI, *op. cit.*, 12 ss.

⁽¹⁸⁾ Trib. Torino, 7 marzo 2011, in *www.ilcaso.it*.

⁽¹⁹⁾ Tema già individuato da GENTILI, *op. cit.*, 45.

È invece innegabile, quantomeno in un'ottica pratica, che il risparmiatore potrebbe avere interesse ad agire nei confronti delle sole operazioni per le quali l'intermediario non ha soddisfatto lo *standard* informativo previsto⁽²⁰⁾, magari decidendo di conservare le altre perché, in ipotesi, correttamente portate a compimento.

Ciò, peraltro, potrebbe consentire al giudizio di «non scarsa importanza» dell'inadempimento, *ex art.* 1455 c.c., di avere esclusivo riguardo all'interesse del creditore alla buona gestione della singola operazione di investimento, senza sconfinare nello scenario dell'intero rapporto negoziale⁽²¹⁾.

D'altronde, così ragionando, la prevalenza strutturale del contratto quadro non risulterebbe intaccata: la violazione di obblighi a monte può incidere su tutti gli atti collocati a valle, mentre la lesione episodicamente avvenuta nell'ambito di una o più di queste ultime, rimarrebbe circoscritta all'operazione viziata.

A tal proposito, potrebbe sostenersi che il mandato di cui discorrono dottrina e giurisprudenza – sviluppando anche gli insegnamenti di quella corrente che si è distaccata dal dibattito tradizionale per ravvisare un ulteriore passaggio intermedio che si estrinseca nel rapporto d'opera intellettuale tra investitore e intermediario⁽²²⁾, prima dell'esecuzione dell'ordine **non**

⁽²⁰⁾ Trib. Cuneo, 31 maggio 2012, in *www.ilcaso.it*.

⁽²¹⁾ GIRINO, *Natura e funzione della disciplina dei servizi di investimento e qualificazione degli strumenti derivati nella giurisprudenza costituzionale*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, 37, nel quale altresì denuncia le contraddizioni della teoria dominante sulla natura non (pienamente) negoziale degli ordini: «L'orientamento della S.C., come parimenti è noto, si fonda su un presupposto in sé discutibile, in quanto essa opera una scissione nella qualificazione dell'accordo quadro e delle singole operazioni conseguenti ritenendo che quest'ultime possiedano esclusivamente natura esecutiva del primo. Come sostengo altrove, la svalutazione, in sé inspiegabile, della componente negoziale viceversa indubitabilmente insita nelle singole operazioni, fa sì che l'apprezzamento della violazione della norma comportamentale non reagisca in alcun modo sul singolo negozio, operando invece quale mero presupposto per la risoluzione del contratto quadro. Soluzione in sé discutibile in quanto tale, fra l'altro, da lasciare irrisolte le sorti del singolo accordo che, impropriamente derubricato ad atto esecutivo, rilevarebbe solo quale violazione del contratto quadro, ma che nondimeno, risolto quest'ultimo, dovrebbe a sua volta ritenersi risolto, senza che sia dato comprendere in quali termini potrebbe parlarsi di risoluzione rispetto ad una "operazione" riqualificata" alla stregua di un mero atto esecutivo. Del resto, la discutibilità della descritta impostazione emerge con maggior nitore in relazione al caso, più raro ma non infrequente, in cui la singola operazione e il contratto quadro coincidano in un *unicum* contrattuale».

⁽²²⁾ GENTILI, *op. cit.*, 36 ss. Contraria ad individuare un ulteriore e diverso rapporto contrattuale finalizzato all'emanazione dell'ordine, LUCANTONI, *L'inadempimento di non scarsa importanza nell'esecuzione del contratto c.d. quadro tra teoria generale della risoluzione e statuto normativo dei servizi di investimento*, nota a Trib. Nuoro, 3 settembre 2008, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, 783: «ciò che nella prospettiva della singola operazione parrebbe obbligazione pre-contrattuale diviene obbligazione dedotta nel contratto quadro, la cui violazione assume i connotati di un inadempimento (o non esatto adempimento) contrattuale (sez. un. n. 26724/2007, al § 1.9), che può,

sarebbe riconducibile alla sola fase negoziale a monte (allorché le decisioni d'investimento non sono ancora note) essendo quest'ultima, almeno secondo la normativa vigente all'epoca delle operazioni in questione, tesa a regolare esclusivamente la condivisione di informazioni di carattere generale⁽²³⁾.

Le successive operazioni di investimento, in altre parole, potrebbero essere il frutto di altrettanti contratti con l'investitore⁽²⁴⁾, sostanzialmente specificativi del negozio generale che ha tracciato il quadro regolamentare di riferimento, ma anche aventi ambiti di fisiologia e patologia autonomi da quest'ultimo⁽²⁵⁾.

Di conseguenza, gli stessi ordini singolarmente impartiti potrebbero preludere ad altre e diverse relazioni negoziali con l'intermediario, nei quali quest'ultimo, elaborando le indicazioni dell'investitore ed assicurato il rispetto di una serie di norme speciali mediante comportamenti conformati a seconda delle esigenze di protezione emergenti dal caso di specie⁽²⁶⁾, si

ove ricorrano gli estremi di gravità postulati dall'art. 1455 c.c., condurre anche alla risoluzione del contratto di intermediazione finanziaria in corso».

⁽²³⁾ DELLA VEDOVA, *Sulla forma degli ordini di borsa*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 162, nt. 2: «Se si analizza il testo di un c.d. contratto quadro, si nota che esso contiene informazioni generali sull'intermediario, sui servizi di investimento e sugli strumenti finanziari, oltre alle condizioni generali relative al rapporto tra intermediario e cliente e alle condizioni speciali relative agli specifici prodotti e servizi. Se pur non vi sia un'espressa previsione contrattuale secondo cui il cliente conferisce un mandato generale all'intermediario, ciò sembra possa ricavarsi dalla clausola che prevede che l'intermediario è tenuto ad eseguire gli incarichi conferiti dai clienti e che al ricorrere di un giustificato motivo l'intermediario può rifiutarsi di assumere l'incarico richiesto dal cliente. Tali elementi ci convincono che con quel contratto l'intermediario assuma un incarico generale nei confronti della controparte».

⁽²⁴⁾ Ravvisa la natura tipica di contratto normativo ad effetti obbligatori da parte dell'accordo quadro, Trib. Piacenza, 11 luglio, 2008, in *www.ilcaso.it*, da cui desume l'autonomia negoziale e dunque la separata risolvibilità dei singoli ordini: «Induce a tale conclusione la considerazione delle finalità che con esso le parti intendono attuare, cioè quella di disciplinare e rendere obbligatorio tra di loro lo statuto dell'intermediario, regolamentando in via generale e preventiva le regole alle quali questi si dovrà attenere per consentire al risparmiatore una valida scelta di investimento, prevedendo le modalità future che l'intermediario dovrà rispettare all'atto della conclusione di successivi ordini. Il contenuto particolarmente ampio del contratto indicato, che di fatto descrive solo delle modalità di condotta e non il contenuto specifico della prestazione, non sembra, infatti, consentire una sua equiparazione al contratto di mandato, pur presentandone degli elementi, non appena si consideri la notevole indeterminazione del contratto in oggetto, potendo essere il regolamento iniziale da esso posto di volta in volta integralmente determinato dai singoli ordini». In dottrina, cfr. ALBANESE, *Violazione delle regole di condotta degli intermediari finanziari e regime dei rimedi esperibili dagli investitori danneggiati*, in PERRONE, *I soldi degli altri*, Milano, 2008, 43 ss.

⁽²⁵⁾ In questo senso anche Trib. Perugia, Sez. II, 16 aprile 2012, n. 423, in *dejure.giuffre.it*.

⁽²⁶⁾ Ci si riferisce in particolare al giudizio di adeguatezza secondo la normativa *ratione temporis* vigente (art. 6, comma 3, reg. CONSOB n. 10943/1997) e ritenuto

obbliga all'esito a compiere ben definiti atti d'investimento o disinvestimento⁽²⁷⁾. In generale, siffatte relazioni di collaborazione non presuppongono la forma scritta per la sua validità – né secondo la legislazione speciale⁽²⁸⁾, né secondo quella del codice civile sul mandato – e possono giungere a compimento mediante la diretta esecuzione della prestazione⁽²⁹⁾.

Gli obblighi di informazione in questione potrebbero così delinarsi come doveri di protezione⁽³⁰⁾ afferenti alla singola negoziazione di strumenti finanziari⁽³¹⁾,

allora applicabile a tutti i servizi d'investimento, ivi incluso il servizio di negoziazione o di ricezione e trasmissione di ordini (Cass., 17 giugno 2008, n. 17340, la quale recita «Tale interpretazione pare preferibile sia in ragione della natura e delle finalità sottostanti ai doveri di informazione imposti agli intermediari nei servizi di investimento – servizi nel cui ambito rientra, accanto alla gestione di portafogli, l'esecuzione di ordini per conto dei clienti: del cit. Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, art. 1, comma 5, sulla scia di quanto già previsto dal d.lgs. n. 415/1996, art. 1, comma 3 –, sia in considerazione del tenore letterale della, già ricordata, normativa regolamentare proveniente dalla CONSOB, la quale, per un verso, richiede che siano fornite informazioni adeguate sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni della specifica operazione non solo prima di consigliare operazioni o di prestare il servizio di gestione, ma anche di effettuare operazioni con o per conto dell'investitore, e, per l'altro verso, fa esplicito riferimento al caso in cui l'intermediario abbia ricevuto dall'investitore una disposizione per effettuare una operazione non adeguata»); Si tratta, in tale ultimo caso, della c.d. *suitability rule* (cfr. nt. 3, *supra*), peraltro oggi a vario titolo specificata nella nuova normativa post-MIFID mediante la bipartizione tra regimi di adeguatezza e c.d. appropriatezza delle operazioni, quest'ultimo previsto per i servizi d'investimento diversi da quelli consulenza in materia di investimenti e di gestione di portafogli e ad eccezione di quelli c.d. di *execution only*.

⁽²⁷⁾ Secondo GRECO, *Intermediazione finanziaria e regole d'informazione: la disomogeneità del quadro rimediabile e la "tranquillità" della tradizione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 2561 ss., «quando l'effettivo "procedimento" di formazione di volontà si manifesta di volta in volta nell'ambito della specifica operazione; per dirla in altri termini, non si capisce per quale ragione ci si ostini a mettere in discussione l'autonoma natura di atto negoziale dei singoli ordini traendo argomento dal dato che la norma di riferimento si limita a definirli con "il generico termine di operazioni"».

⁽²⁸⁾ Da ultimo Cass., 13 gennaio 2012, n. 384, cit.

⁽²⁹⁾ DELLA VEDOVA, *op. cit.*, 172; Riferimenti in tal senso anche in NIGRO, *L'ordine di negoziazione quale fonte dell'obbligo di informare il cliente nel caso di downgrading: osservazioni (parzialmente critiche) a margine di un singolare case-law*, nota a Trib. Torino, 22 ottobre 2010, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 695, il quale tuttavia in coerenza all'opinione prevalente mette in guardia, in via preliminare, sulla effettiva natura contrattuale dell'ordine: «La banca, infatti, pone in essere un comportamento "dovuto" (*id est*, l'esecuzione dell'ordine), e quindi certamente "volontario", ma non perciò "voluto" in quanto oggetto di "volizione"».

⁽³⁰⁾ In questo senso, ma nell'ottica della loro necessaria riconducibilità alla fonte contratto-quadro potendo dar luogo alla risoluzione di esso, LUCANTONI, *op. cit.*, 783 ss.

⁽³¹⁾ Discorre anche di risolvibilità del mandato, Cass., 16 ottobre 1984, n. 5209, in *Arch. Civ.*, 1985, 590; *contra*, Trib. Gorizia, *cit.*; in dottrina, CARPINO, *I contratti speciali. Il mandato, la commissione, la spedizione*, in *Tratt. dir. priv. Bessone*, XIV, Torino, 2007, 171, che circoscrive l'ammissibilità dell'azione al solo mandante poiché l'obbligo di corrispondere il compenso al mandatario (e dunque la corresponsività del contratto) diviene attuale solo a seguito del compimento dell'atto gestorio.

e la loro violazione, secondo la lettura più evoluta ⁽³²⁾, potrebbe incidere sul meccanismo sinallagmatico e dar luogo a risoluzione ⁽³³⁾, con i conseguenti meccanismi restitutori ⁽³⁴⁾.

5. In questo scenario, non si comprende a pieno il segnalato collegamento con delle operazioni di investimento pregresse, per quanto favorevoli all'investitore, quale circostanza che giustificherebbe di per sé l'omissione di cautele nella misura in cui testimonia anche una consapevolezza ed un'abilità all'investimento oramai acquisita dal cliente ⁽³⁵⁾. In questo pas-

⁽³²⁾ BENATTI, *Doveri di protezione*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., VII, Torino, 1991, 225: «Il profilo più importante della costruzione dei doveri di protezione è rappresentato dal fatto che in presenza di una loro violazione si può chiedere la risoluzione del contratto, anche se da questa violazione non ne è derivato alcun danno. Questa diffusa opinione deve essere rimeditata alla luce dell'opinione secondo cui per l'art. 1453 c.c. (ma l'osservazione vale per tutti i rimedi sinallagmatici) la risoluzione può essere invocata solo per inadempimento delle prestazioni legate da un vincolo di sinallagmaticità e non già per inadempimento di un dovere di protezione che non è mai in rapporto di sinallagmaticità con altro obbligo. Un simile rilievo si basa su una lettura superficiale dell'art. 1453 c.c. Infatti, secondo questa disposizione la risoluzione può essere esercitata non già quando uno dei contraenti non esegue l'obbligazione principale, bensì quando "non adempie le sue obbligazioni", cioè non rispetta tutti gli obblighi che fanno capo a lui in virtù del regolamento negoziale nei contratti a prestazioni corrispettive, con ciò gravemente pregiudicando l'interesse dell'altra parte ad un'esatta esecuzione del rapporto contrattuale»; *contra*, sembra, ROPPO, *La tutela del risparmiatore*, cit., 907.

⁽³³⁾ Si veda in giurisprudenza Cass., 28 ottobre 2011, n. 22521, *inedita*, secondo cui la valutazione della non scarsa importanza dell'inadempimento deve ritenersi implicita, ove questo si sia verificato con riguardo alle obbligazioni primarie ed essenziali del contratto, così indirettamente confermando che può costituire inadempimento importante anche la violazione degli obblighi secondari di protezione, a maggior ragione quando questi siano implementati *ex lege* nell'ambito di un settore sensibile alle istanze di salvaguardia della controparte debole come quello dell'intermediazione finanziaria. Tale prospettiva è confermata anche in altre pronunce, tra cui Cass. 1° luglio 2005, n. 14034, in *Riv. dir. priv.*, 2006, 189 ss., con nota di TRECCANI, che richiedono una valutazione in concreto – adoperando anche il canone della buona fede – sulla gravità dell'inadempimento, poiché essa «non va commisurata all'entità del danno, che potrebbe anche mancare, ma alla rilevanza della violazione del contratto con riferimento alla volontà manifestata dai contraenti, alla natura e alla finalità del rapporto, nonché al concreto interesse dell'altra parte all'esatta e tempestiva prestazione».

⁽³⁴⁾ Secondo Trib. Saluzzo, 28 aprile 2009, in *www.ilcaso.it*, nel diverso caso di dichiarazione di nullità, questa «colpisce il contratto di commissione ma non già quello di compravendita del titolo che l'intermediario ha effettuato sul mercato finanziario per l'esecuzione del rapporto con il proprio cliente investitore. Ne consegue che l'oggetto della restituzione *ex art.* 2033 c.c. deve essere individuato nella provvista fornita per l'acquisto».

⁽³⁵⁾ Secondo Trib. Ferrara, 16 febbraio 2011, in *www.ilcaso.it*, «un acquisto non può ritenersi "adeguato" per avere il cliente "capito i rischi" in ragione di precedenti ed analoghe operazioni di acquisto. L'adeguatezza e l'informazione operano su piani diversi, potendo l'investitore essere consapevole ed al tempo stesso pruden-

saggio, la pronuncia sembra *in primis* mostrare adesione a quella tendenza argomentativa generalizzante che colloca la valutazione dell'inadempimento dell'intermediario all'interno dell'intero contesto negoziale, non valorizzando del tutto la duplicità di piani di relazione e le altre circostanze del caso.

Ma, a prescindere da tale differenza di prospettiva, è la stessa giurisprudenza di legittimità ad affermare con costanza, per gli investitori non professionali, che gli strumenti informativi in parola rappresentano dei presidi inderogabili⁽³⁶⁾, anche a beneficio della stessa integrità dei mercati, per esonerarsi dai quali non è sufficiente all'intermediario allegare la presenza di una generica propensione al rischio. Egli deve dimostrare di aver azionato quei flussi informativi idonei a segnalare l'adeguatezza o meno, per tipologia, oggetto, frequenza, dimensione dell'investimento⁽³⁷⁾, nonché

te; inoltre la valutazione sull'adeguatezza deve essere rinnovata in occasione di ogni investimento, potendo essere mutato il profilo di rischio dell'investitore».

⁽³⁶⁾ Chiarissima in tal senso è la giurisprudenza della Corte di Cassazione, seguita anche da quella di merito. Secondo Cass., 25 giugno 2008, n. 17340, cit., non rileva che «in epoca immediatamente precedente all'effettuazione in questione (appena un mese prima), il cliente avesse acquistato altri titoli a rischio (obbligazioni Telecom Argentina): giacché il dovere di fornire informazioni appropriate e l'obbligo di astenersi dall'effettuare operazioni non adeguate per tipologia, oggetto, frequenza o dimensioni, se non sulla base di un ordine impartito dall'investitore per iscritto contenente l'esplicito riferimento alle avvertenze ricevute, sussiste in tutti i rapporti con operatori non qualificati, e tale è anche chi – non rientrando in una delle speciali categorie di investitori menzionate nei regolamenti CONSOB (Delib. n. 10943, art. 8, comma 2; Delib. n. 11522, art. 31, comma 2), abbia in precedenza occasionalmente investito in titoli a rischio». Nello stesso senso, di recente, anche App. Palermo, 15 marzo 2013, in *www.ilcaso.it*.

⁽³⁷⁾ Sembra ravvisare la doverosità delle informazioni necessarie a rendere consapevole l'investitore, come elemento dotato di autonoma rilevanza, preliminare alla circostanza dell'adeguatezza o meno dell'operazione, App. Milano, 9 gennaio 2013, in *www.ilcaso.it*: «l'inadempimento dell'appellante è stato affermato dal Tribunale con riferimento all'art. 21 lett. b) e d) del TUF, dunque con riguardo all'obbligo incondizionato per l'intermediario di fornire all'investitore tutte le informazioni necessarie a consentire allo stesso una scelta consapevole di investimento, avutosi riguardo all'esistenza di quella precipua "asimmetria informativa" che connota il rapporto tra il primo e il secondo (che non sia inquadrabile come operatore qualificato ex art. 31 comma primo reg. CONSOB n. 11522/1998) e che trova incentivo nell'elevato tecnicismo che introduce alla comprensione dell'operatività dei diversi prodotti finanziari. In tale prospettiva sembra un totale fuor d'opera la pretesa di commisurare il generale e incondizionato obbligo informativo di cui si è detto a circostanze (propensione al rischio, pregressa operatività dell'investitore, consistenza del capitale investito) che – giammai intese dalla giurisprudenza di legittimità quali limiti alla diligenza qualificata esigibile dall'intermediario – possono assumere rilievo sotto altri e diversi profili qui non evocati»; in dottrina, cfr. INZITARI, PICCININI, *op. cit.*, 72 ss., «solo allorché l'intermediario è in possesso di tutte le informazioni necessarie relative al cliente oltre che ai prodotti oggetto della negoziazione, infatti, esso potrà valutare se l'operazione richiesta dall'investitore è in linea con il suo profilo di rischio e può quindi considerarsi adeguata. Solo un precedente corretto adempimento delle *rules* indicate consente all'intermediario finanziario di acquisire le informazioni necessarie riguardo allo strumento finanziario ed alle caratteristiche del cliente che gli

la diligenza del proprio operato⁽³⁸⁾, cioè di aver reso edotto l'investitore dei rischi specifici che accompagnano ogni singola operazione rispetto al progressivo mutare del mercato⁽³⁹⁾. D'altro canto, è lo stesso sottosistema normativo che, notoriamente, prevede obblighi di informazione e di valutazione dell'adeguatezza per ogni singola operazione⁽⁴⁰⁾. Ed è proprio l'inarrestabile dinamicità dei mercati a testimoniare che ognuna di esse, quanto a rischi e, dunque, relativo statuto dell'informazione, acquisisce un carattere di irripetibilità che in qualche misura la svincola da ogni altra operazione.

È proprio tale diversità a richiedere all'intermediario un atteggiamento di base rigoroso, rispettoso degli *standard* normativi, ma sufficientemente flessibile da suggerire un comportamento che si adegui alle circostanze del caso, in nome del rispetto dell'obbligo di correttezza valevole in particolar modo nei contratti del mercato finanziario⁽⁴¹⁾.

MICHELANGELO DE DONNO

consentono di valutare il rapporto tra rischio dell'operazione e suo rendimento e dunque di valutare l'adeguatezza dell'operazione al profilo di rischio del cliente». La ricostruzione organica dell'a. sul sistema degli obblighi informativi a tutela della clientela risulta del tutto compatibile con la disciplina legale *ratione temporis* vigente (art. 17, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 415/1996) la quale usa espressioni analoghe a quelle dell'art. 21 d.lgs. n. 58/1998, TUF: «acquisire, le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati».

⁽³⁸⁾ Art. 23, comma 6, d.lgs. n. 58/1998; secondo Trib. Prato, 13 luglio 2011, in *www.altalex.com*, tale ultima previsione, peraltro, è stata eretta a regola generale di sistema, quale corollario del principio di vicinanza della prova, dal *decisum* delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 2001 con la sentenza n. 13533 (che si pronuncia anche in materia di risoluzione) la quale «ha imposto al debitore l'onere di provare di aver esattamente adempiuto alla propria obbligazione. È quindi l'intermediario a dover dare la prova di aver adempiuto agli obblighi imposti dalla legge».

⁽³⁹⁾ Ad avviso di Trib. Prato, cit., può essere dichiarata la risoluzione sia del contratto quadro che dell'ordine di acquisto, anche quando la banca non ha dato prova di aver correttamente adempiuto agli obblighi informativi, generici e specifici, previsti dalla normativa secondaria.

⁽⁴⁰⁾ Trib. Gorizia, 18 ottobre 2011, cit., «Ai fini della valutazione di inadeguatezza dell'operazione, la propensione al rischio manifestata dall'investitore deve essere tenuta in considerazione con riferimento ad ogni singola operazione, così che diviene irrilevante la circostanza che in passato l'investitore abbia acquistato titoli speculativi, dovendosi ritenere che lo stesso abbia la possibilità di determinarsi in maniera diversa rispetto ad ogni singola operazione»; Trib. Cuneo, 31 maggio 2012, cit.: «Tenuto conto della considerevole rischiosità dei titoli [...], l'intermediario avrebbe dovuto non solo acquisire puntuali informazioni circa il profilo di rischio del cliente e la sua propensione al rischio in epoca prossima agli acquisti, ma anche fornire informazioni particolarmente attente e dettagliate sulla natura dei titoli».

⁽⁴¹⁾ LENER, GABRIELLI (a cura di), *I contratti del mercato finanziario*, in *Trattato dei contratti Rescigno-Gabrielli*, Torino, 2011, 940; NIGRO, *op. cit.*, 693; si veda anche GRECO, *Il consumatore-risparmiatore e gli obblighi informativi «continuativi» tra fonte legale e convenzionale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 1357, che traccia un confronto con lo *status* di consumatore: «in sostanza, se per il consumatore – tanto secondo la definizione normativa (cfr. art. 3 cod. cons.) quanto per l'interpretazione prevalente vale una presunzione assoluta di debolezza che non consente di far prevalere una differente definizione situazionale, viceversa, per il risparmiatore assumono rilievo il ruolo e la qualità assunte volta per volta nella singola contrattazione».

TRIBUNALE DI PERUGIA – sez. I – 2 aprile 2010 – *Est.* SEMERARO
– An.Gi. (avv.ti Fe.Mu. e Ro.Fi.) c. Te.Ma (avv. Fu.Ca.).

**Convivenza *more uxorio* – Acquisto di beni per la residenza comune
– Liberalità – Obbligazioni naturali – Inquadramento**

L'acquisto e la dazione dei beni mobili, necessari per l'arredamento della casa nella quale i conviventi more uxorio stabiliscono la propria comune residenza costituiscono atti di liberalità o, comunque, obbligazioni naturali che le parti compiono spontaneamente nell'ambito dei doveri morali di collaborazione nascenti dalla convivenza, nel corso della quale la coppia mette insieme le proprie sostanze, collabora nella vita familiare anche dal punto di vista materiale e crea una famiglia di fatto con l'impegno comune. (1)

(*Omissis*). Con atto di citazione notificato il 30/6/2007, An.Gi. conveniva in giudizio Te.Ma. con la quale aveva avuto un rapporto di convivenza e con la quale aveva vissuto per circa due anni nell'immobile, di proprietà della stessa, ubicato in Perugia, Loc. S. Egidio, Via (*omissis*). Rappresentava l'attore che nel corso degli anni 2002 e 2003, in occasione dei lavori di ampliamento e ristrutturazione dell'immobile della convenuta, le aveva prestato somme di denaro e precisamente: 1. - in data 12/3/2002 la somma di Euro 1.000,00 consegnandole l'assegno bancario n. (*omissis*) della Ba.Ma. (all. 1); 2. in data 19/8/2002 la somma di Euro 8.000,00 eseguendo un bonifico in favore della stessa (all. 2 e 6); 3. in data 2/10/2002 la somma di Euro 2.000,00 consegnandole l'assegno bancario n. (*omissis*) Ba.Ma. (all. 3 e 6); 4. in data 14/7/2003 la somma di Euro 2.100,00 consegnandole l'assegno bancario n. (*omissis*) Ba.Ma. (all. 4); 5. in data 17/07/2003 la somma di Euro 900,00 consegnandole l'assegno bancario n. (*omissis*) Ba.Ma. (all. 5). Per i prestiti di Euro 8.000,00 del 19/8/2002 e di Euro 2.000,00 del 2/10/2002, l'attore produceva quietanza (all. 6). L'attore quindi domandava la restituzione, *ex art.* 1813 c.c., della somma complessiva di Euro 14.000,00 oltre agli interessi corrispettivi e moratori, al tasso legale, dalla data di ciascuna erogazione al saldo, oltre al danno *ex art.* 1224 c.c. ed oltre agli interessi *ex art.* 1283 c.c. dalla presente domanda. Chiedeva inoltre di fissare un termine per la restituzione delle somme mutate *ex art.* 1817 c.c. Chiedeva inoltre la restituzione della somma di Lire 5.000.000 (Euro 2.582,28) che l'attore aveva consegnato a Fe.Te., fratello della convenuta, con assegno bancario (assegno n. (*omissis*) all. 8) in estinzione di una obbligazione contratta dalla stessa Te. con il fratello. Chiedeva anche gli interessi corrispettivi e moratori, al tasso legale, dal 10/8/2001 (data

dell'assegno) al saldo, oltre ai danni *ex art.* 1224 c.c., ed agli interessi *ex art.* 1283 c.c. dalla domanda giudiziale, con richiesta di fissazione del termine *ex art.* 1817 c.c. Inoltre rappresentava che nel corso del rapporto di convivenza con la sig.ra Te. aveva acquistato numerosi beni per arredare la casa di abitazione di S. Egidio, Via (*omissis*) e precisamente: - una camera matrimoniale completa ed un armadio laminato bianco, acquistati il 23/3/2002 al prezzo di Euro 4.800,00 (all. 9); - un tavolo in legno allungabile con 4 sedie, acquistato nel maggio 2002 al prezzo di Euro 630,00; - a una tenda da sole acquistata nel luglio 2002 al prezzo di Euro 750,00; - tende varie, un lavatoio, un tappeto per la sala, lampadari vari, mensole varie, telai per finestre soffitta, un televisore 14 pollici, due ferri da stiro, acquistati tra il maggio 2002 ed il novembre 2003, ad un prezzo, complessivo, di Euro 1.358,00. Rivendicava la proprietà dei predetti beni mobili ed arredi e chiedeva la condanna della convenuta alla loro immediata restituzione, oltre che al risarcimento del danno per il rifiuto sino ad oggi opposto e per aver privato l'attore dei propri beni. L'attore formulava le seguenti conclusioni: I. accertare e dichiarare che Te.Ma. è obbligata a restituire ad An.Gi. le somme che ha da costui ricevuto *ex art.* 1813 c.c., nella misura complessiva di Euro 16.582,28 o in quella maggiore o minore che risulterà all'esito del giudizio, oltre agli interessi corrispettivi e moratori dalla data di ciascuna erogazione al saldo ed oltre agli interessi *ex art.* 1283 c.c. dalla domanda al saldo; fissare, quindi, alla convenuta il termine per l'adempimento di tale obbligazione *ex art.* 1817 c.c. e, per l'effetto, condannare Te.Ma. a pagare in favore di An.Gi., alla scadenza del termine così fissato, la somma complessiva di Euro 16.582,28 o quella maggiore o minore che risulterà accertata all'esito del giudizio, oltre agli interessi corrispettivi e moratori dalla data di ciascuna erogazione al saldo ed oltre agli interessi *ex art.* 1283 c.c. dalla domanda al saldo. II - condannare inoltre Te.Ma. a restituire immediatamente ad An.Gi. i beni mobili ed arredi descritti al punto II della narrativa, oltre che al risarcimento dei danni cagionati all'attore per il rifiuto apposto alla restituzione dei beni stessi, danni da liquidarsi in via equitativa con espressa limitazione della domanda alla somma di Euro 1.500,00 oltre interessi successivi alla domanda. III - Per l'ipotesi in cui le precedenti domande non dovessero trovare accoglimento, condannare la convenuta ad indennizzare l'attore, per gli esborsi da questo eseguiti e "descritti ai punti I e II della narrativa, ai sensi dell'art. 2041 c.c., nella misura complessiva di Euro 25.620,00 =, corrispondente all'arricchimento conseguito dalla convenuta ai danni dell'attore, o in quella diversa somma, maggiore o minore, che verrà accertata nel corso del giudizio o che sarà ritenuta di giustizia. IV - Condannare, infine, la convenuta al pagamento delle spese, funzioni ed onorari del giudizio. Si costituiva in giudizio

Te.Ma. la quale contestava le dazioni di denaro, salvo quella di Euro 8.000,00 ma a suo dire destinata ad un terreno della convenuta ma utilizzato dall'An., terreno del quale lo stesso attore aveva poi goduto i frutti; aggiungeva di essere creditrice della somma di Euro 4.000, corrisposta all'attore con assegno; affermava che le dazioni da lei ricevute concretizzassero delle obbligazioni naturali. Proponeva poi domanda riconvenzionale avendo "... la convenuta... maturato il proprio diritto a percepire il compenso per le ore di lavoro che ha dedicato al proprio uomo, per non parlare di prestazioni di altra natura, che ammontano a non meno di Euro 21.600,00. Tale somma deve essere ritenuta congrua e giusta, considerando il lavoro della convenuta come lavoro domestico, protratto senza interruzioni per oltre due anni. Infatti, secondo le tariffe sindacali, considerando otto ore giornaliere svolte dalla convenuta per due anni e sei mesi, il debito dell'attore, risulta ben oltre il suo vantato ed assurdo credito. Per non parlare del denaro per la spese alimentari che la sig.ra Te. sopportava quotidianamente: e per oltre due anni, sia per l'An. che per i di lui figli. ...". Proponeva ancora domanda riconvenzionale per la somma di Euro 4.000,00 della quale se ne chiedeva la restituzione. Formulava la convenuta le seguenti conclusioni:

- In via principale di merito: - accertare e dichiarare l'infondatezza della pretesa di parte attrice; per l'effetto respingerne la domanda, per tutte le ragioni esposte in narrativa.
- In via principale riconvenzionale, voglia accertare e dichiarare la sussistenza della pretesa di parte convenuta;
- Condannare, per l'effetto, An.Gi., a pagare in favore della stessa, la somma di Euro 25.600,00 per la causale descritta. La domanda dell'attore può essere solo in parte accolta. Va preliminarmente rilevato che le prove orali richieste dall'attore sono inammissibili *ex art.* 2721 c.c. in quanto i capitoli sono volti a provare l'esistenza di più contratti di mutuo, o la prova di pagamenti o a confermare circostanze che emergono da documenti già prodotti (cfr. capitoli da 1 a 4, 7, 8, 9) o un rapporto giuridico con terzi estraneo al rapporto processuale (cap. 5) o a fatti irrilevanti ai fini della decisione (6,16) o relativi ad atti di liberalità preceduti da contratti la cui esistenza si vorrebbe provare per testi (10 - 15), o su circostanza non volte a provocare una confessione. Analogamente, le prove orali richieste dalla convenuta nella memoria depositata il 31/3/2008 sono inammissibili perché o volte a provare l'esistenza di un contratto (1,2) o perché: vertono su fatti incontestati (3, 5, 6) o su circostanze che devono essere provate in via documentale; trattandosi di pagamenti (4). Pertanto, la causa deve essere decisa in base ai documenti prodotti dalle parti. Va preliminarmente rilevato che gli assegni di cui ai punti 1, 4 e 5 sopra riportati sono stati emessi dall'attore a m.m. e risultano da lui stessi posti all'incasso. Manca quindi ogni prova in ordine alla dazione alla convenuta delle somme di denaro.

Quanto invece somme di denaro di Euro 8.000,00, consegnate il 19/8/2002, e di Euro 2.000,00 consegnate il 2/10/2002, deve rilevarsi che in base al documento prodotto dall'attore con l'all. 6 emerge che la convenuta si è riconosciuta debitrice delle somme: nella dichiarazione infatti, la convenuta ammette che le somme sono state ricevute in prestito. Sulla prima somma poi è anche aggiunta la frase "senza corrispondere interessi": pertanto, per tale somma di denaro il riconoscimento è avvenuto, in base evidentemente all'accordo pregresso tra le parti, escludendo gli interessi, come possibile *ex art. 1282 c.c.* Invece, sulla somma di Euro 2.000,00 consegnata il 2/10/2002, decorrono *ex art. 1815 e 1284 c.c.* gli interessi al tasso legale fino al saldo. 3 Non essendo stato stabilito un termine per la restituzione, non valgono gli atti di costituzione in mora, sicché sulla somma di Euro 8.000,00 non sono maturati neanche interessi moratori. Si fissa pertanto il termine per il pagamento, ai sensi dell'art. 1817 c.c., in 60 giorni dalla pubblicazione della sentenza. Manca poi ogni prova che l'attore abbia subito un maggior danno. È poi infondata la domanda di restituzione della somma di Lire 5.000.000 (Euro 2.582,28) che l'attore aveva consegnato a Fe.Te., fratello della convenuta: deve infatti rilevarsi il documento prodotto prova esclusivamente la dazione di denaro a Fe.Te. Manca la prova che tale dazione sia avvenuta in adempimento di una obbligazione pregressa assunta dalla convenuta: né tale prova può essere assunta mediante testimoni, per i limiti *ex art. 2721 c.c.* È poi infondata anche la domanda di rivendica e di restituzione dei beni mobili comprati dall'attore ed adoperati per il *ménage* familiare: l'acquisto e la dazione dei beni mobili, necessari per l'arredamento della casa, di proprietà della convenuta, nella quale le parti avevano stabilito la loro comune residenza, essendo conviventi *more uxorio*, costituiscono atti di liberalità che la parte compie spontaneamente nell'ambito dei doveri morali di collaborazione nascenti dalla convivenza, nel corso della quale la coppia mette insieme le proprie sostanze, collabora nella vita familiare anche dal punto di vista materiale, crea una famiglia di fatto con l'impegno comune. Le attribuzioni patrimoniali fatte a favore del convivente *more uxorio* sono state infatti qualificate dalla giurisprudenza quali obbligazioni naturali: nel caso in esame, la collaborazione alla creazione dell'arredamento nella casa nella quale si svolgeva la vita in comune risponde proprio all'adempimento di quel dovere morale a cui si è fatto riferimento, ed è anche del tutto proporzionata, per l'entità della spesa, alle necessità della vita in comune. Dunque, la domanda di restituzione deve essere rigettata: essendo legittimo il rifiuto alla restituzione, va anche rigettata la domanda di risarcimento del danno. Va poi infine rigettata la domanda *ex art. 2041 c.c.*, perché "l'arricchimento" ritenuto dall'attore trova la sua giusta causa nei doveri morali a cui ha adem-

piuto. Vanno altresì rigettate le domande riconvenzionali della convenuta. Non vi è alcuna prova in ordine al prestito da lei corrisposto di Euro 4.000,00 non essendo stato neanche prodotto l'assegno a cui si fa riferimento nella comparsa. Quanto poi alla richiesta di Euro 21.000,00, le attività svolte nella famiglia non possono essere qualificate quale lavoro domestico, non esistendo alcun rapporto di subordinazione tra conviventi e rientrando le attività descritte dalla convenuta nei rapporti di collaborazione in adempimento dei doveri sociali che ciascuna parte ha nei confronti dell'altra nell'ambito dei rapporti di coppia. Tenuto conto della soccombenza reciproca, (parziale per l'attore), della particolare natura della controversia che nasce dalla separazione di una coppia di fatto, della questione giuridica sottoposta all'esame del giudice, sussistono giustificati motivi per compensare interamente tra le parti le spese del giudizio. (*Omissis*).

(1) Convivenza *more uxorio* e obbligazione naturale.

1. Il provvedimento in commento riguarda gli aspetti patrimoniali in caso di crisi della convivenza *more uxorio*. La convivenza *more uxorio* ⁽¹⁾ può essere inserita nella nostra Costituzione all'interno dell'art. 2 ⁽²⁾, tra le formazioni sociali, da confrontare con l'art. 29 Cost. ⁽³⁾ riguardante la famiglia fondata sul matrimonio. In Italia non c'è una legge *ad hoc* al riguardo, anche, se si può ricordare il disegno di legge DICO (acronimo di "Diritti e doveri delle persone stabilmente conviventi"), frutto di un ampio dibattito in dottrina e giurisprudenza ⁽⁴⁾. La problematica della convivenza *more uxorio* si può

⁽¹⁾ BUSNELLI, SANTILLI, *La famiglia di fatto*, in *Comm. dir. it. fam.*, diretto da Cian-Oppo-Trabucchi, IV, Padova, 1993, 757 ss.; DOGLIOTTI, voce *Famiglia di fatto*, in *Digesto IV, disc. priv.*, VIII, Torino, 1992, 187; SANTILLI, *Note critiche in tema di famiglia di fatto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, 711; BESSONE, *Rapporti etico sociali*, in *Commentario alla Costituzione* diretto da Branca, Bologna, Roma, 1976, sub art. 29, FRANCESCHELLI, *La famiglia di fatto da deviant phenomenon a istituzione sociale*, in *Dir. fam. pers.*, 1980, 257; PROSPERI, *La famiglia "non fondata sul matrimonio"*, Napoli, Camerino, 1980; ALPA, *La famiglia di fatto, profili attuali*, in *Giur. it.*, 1989, IV, 810; ROPPO, *Famiglia di fatto*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989; BESSONE, ALPA, D'ANGELO, FERRANDO, SPALLAROSSA, *La famiglia nel nuovo diritto*, 5 ed., Bologna, 1998, 69 ss.

⁽²⁾ V. FERRANDO, *Le contribuzioni tra conviventi fra obbligazione naturale e contratto*, in *Fam. dir.*, 2003, 600; BARBIERA, *Conseguenze giuridiche della cessazione delle convivenze paraconiugali*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, 671.

⁽³⁾ Tra gli altri, MERCOLINO, *I rapporti patrimoniali nella famiglia di fatto*, in *Dir. fam. pers.*, 2004, 919.

⁽⁴⁾ Tra i molti disegni di leggi si ricorda la proposta di legge n. 2340 della Camera dei deputati, inoltre d.d.l. del senato del 17 febbraio 1988, n. 861, in *Corr. giur.*, 1988, 757 e 866, in seguito d.d.l. 616/senato e 682/Camera, più di recente Disegno di legge presentato al Senato della Repubblica il 20 febbraio 2007. Per un approfondimento si consulti GALOPPI, *Brevi note sulla proposta di legge relativa ai diritti e doveri*

ritrovare in varie materie come ad es. all'interno dell'amministrazione di sostegno: l'art. 408 c.c. stabilisce che può rivestire il suddetto ruolo anche la "persona stabilmente convivente"⁽⁵⁾; inoltre anche l'affido condiviso si può applicare in caso di cessazione della convivenza *more uxorio*⁽⁶⁾; si deve anche menzionare l'art. 317 *bis*⁽⁷⁾ c.c. che dà importanza alla convivenza tra genitori non sposati, perché attribuisce ad entrambi e congiuntamente l'esercizio della potestà genitoriale. Nella legge del 2004, n. 40 all'art. 5 è fissato in modo molto generico che anche i conviventi⁽⁸⁾, oltre alle persone sposate, possono accedere alla procreazione medicalmente assistita, anche se non è stabilito da quanto tempo devono convivere, come invece accade in altri Stati dell'unione europea come in Francia e Belgio: in questi paesi infatti è specificato che la relazione deve durare da almeno due anni⁽⁹⁾. In ambito di adozione, nella l. del 1983 n. 184 e relative modifiche è fissato al comma 4 dell'art. 6 che: "Il requisito della stabilità del rapporto [...] può ritenersi realizzato anche quando i coniugi abbiano convissuto in modo stabile e continuativo prima del matrimonio per un periodo di tre anni, nel caso in cui il tribunale per i minorenni accerti la continuità e la stabilità della convivenza avuto riguardo a tutte le circostanze del caso concreto". Si può inoltre ricordare la legge sulle locazioni immobiliari ed in particolare l'art. 6 che è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo⁽¹⁰⁾ "nella parte in cui non prevede la successione nel contratto di locazione al conduttore

delle persone stabilmente conviventi, in *Dir. fam. pers.*, 2007, 1930; DELLAGIACOMA, *DICO e nuova disciplina del diritto di circolazione e di soggiorno nel territorio degli Stati UE*, in *Giur. mer.*, 2007, 1812; DOGLIOTTI, FIGONE, *Famiglia di fatto e DICO: un'analisi del progetto governativo*, in *Fam. dir.*, 2007, 416 ss.

⁽⁵⁾ Tra gli altri si veda CAMPESE, *L'istituzione dell'amministrazione di sostegno e le modifiche in materia di interdizione e inabilitazione*, in *Fam. dir.*, 2004, 135; BONILINI, *Convivente more uxorio e "conviventi", amministrazione di sostegno*, in *Famiglia*, 2005, 209 ss.

⁽⁶⁾ L. n. 54/2006 art. 4, comma 2, Disposizioni finali: "Le disposizioni della presente legge si applicano anche [...] nei procedimenti relativamente ai figli di genitori non coniugati" per tutti si veda DOGLIOTTI, *Filiazione naturale e affidamento condiviso*, in *Fam. dir.*, 2006, 403 ss., Cass., 15 settembre 2011, n. 18863 e Trib. min. Bari, 17 novembre 2010, in *Fam. dir.*, 2012, 579 ss., con nota di VESTO, *Affidamento condiviso e assegnazione della casa familiare in caso di rottura della convivenza more uxorio*.

⁽⁷⁾ V. l'art. 317 *bis* c.c. alla luce della legge 10 dicembre 2012, n. 219 "Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali", si consulti per una visione completa della legge *Fam. dir.*, 2013, n. 3, la riforma della filiazione, *passim*, in particolare per quanto concerne l'art. 317*bis* lo scritto di SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Fam. dir.*, 2013, 236 ss.

⁽⁸⁾ Per tutti si veda RUSCELLO, *La nuova legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Fam. dir.*, 2004, 633 s., in giurisprudenza Trib. Genova, 25 settembre 2009, in *Fam. dir.*, 2010, 389 ss., con nota di FALLETTI, *Fecondazione assistita: non è accoglibile la richiesta di risarcimento dei danni morali al convivente fedifrago*.

⁽⁹⁾ SEGNI, *Conviventi e procreazione assistita*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 7 ss.

⁽¹⁰⁾ Corte Cost., 7 aprile 1998, n. 404, in *Foro it.*, 1988, I, 2515; in *Giur. it.*, 1988, I, 1, 1627, con nota di TRABUCCHI, *Il diritto ad abitare la casa d'altri riconosciuto a chi non ha diritti!*

che abbia cessato la convivenza, a favore del già convivente quando vi sia prole naturale”; inoltre il primo comma dell’art. 6 è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo nella parte in cui non prevede tra i successibili nella titolarità del contratto di locazione, in caso di morte del conduttore, il convivente *more uxorio* ⁽¹¹⁾. Questo *excursus* è utile per far capire quanto questo tipo di rapporto stia entrando in molti istituti giuridici. La questione analizzata dal Tribunale di Perugia, come ho anticipato all’inizio, tratta dell’aspetto economico: “È [...] infondata anche la domanda di rivendica e di restituzione dei beni mobili comprati dall’attore ed adoperati per il *ménage* familiare: l’acquisto e la dazione dei beni mobili, necessari per l’arredamento della casa, di proprietà della convenuta, nella quale le parti avevano stabilito la loro comune residenza, essendo conviventi *more uxorio*, costituiscono atti di liberalità che la parte compie spontaneamente nell’ambito dei doveri morali di collaborazione nascenti dalla convivenza, nel corso della quale la coppia mette insieme le proprie sostanze, collabora nella vita familiare anche dal punto di vista materiale, crea una famiglia di fatto con l’impegno comune. Le attribuzioni patrimoniali fatte a favore del convivente *more uxorio* sono state infatti qualificate dalla giurisprudenza quali obbligazioni naturali: nel caso in esame, la collaborazione alla creazione dell’arredamento nella casa nella quale si svolgeva la vita in comune risponde proprio all’adempimento di quel dovere morale a cui si è fatto riferimento, ed è anche del tutto proporzionata, per l’entità della spesa, alle necessità della vita in comune”.

2. Già dai primi anni dell’entrata in vigore del codice civile del 1942 l’aspetto economico all’interno della convivenza *more uxorio* ha destato molte discussioni: la dottrina dominante e la giurisprudenza inserivano le prestazioni patrimoniali tra conviventi all’interno delle donazioni; però quest’ultima molto spesso era ritenuta nulla per illiceità del motivo o della causa, quando era chiaro che la dazione era stata fatta per incominciare o proseguire la convivenza con il convivente donatario, tutto ciò quando ancora la convivenza veniva vista dalla società in maniera negativa ⁽¹²⁾.

Dopo il ‘42 l’orientamento maggioritario stabiliva valida, come donazione remuneratoria *ex art. 770*, comma 1 c.c., quella fatta quando finiva la convivenza, per rimediare al pregiudizio economico del convivente nascente dal rapporto. Il pregiudizio infatti nasceva sempre da una “relazione colpevole” ⁽¹³⁾. In seguito la giurisprudenza ⁽¹⁴⁾ incominciò ad inquadrare

⁽¹¹⁾ Corte cost., 7 aprile 1998, n. 404, *cit.*, v. Corte cost., 18 maggio 1989, n. 252, in *Foro it.*, 1989, I, 2047.

⁽¹²⁾ Cass. Regno, 28 aprile 1944, n. 301, in *Rep. Foro it.*, 1943-45, voce *Obbligazioni e contratti*, 1088; Cass., 14 marzo 1952, n. 672, in *Mass. Foro it.*, 1952.

⁽¹³⁾ Cass., 17 luglio 1948, n. 1147, in *Foro it.*, 1949, I, 953, v. anche Cass., 7 ottobre 1954, n. 3389, in *Giur. it.*, 1955, I, 1, 872, la donazione remuneratoria rappresentava un modo per rendere meno pesante alla concubina la perdita dell’onore e del pregiudizio nascente dalla convivenza *more uxorio*.

⁽¹⁴⁾ Cass., 17 gennaio 1958, n. 84, in *Giust. civ.*, 1958, I, 883; Cass., 15 gennaio

come obbligazione naturale le attribuzioni patrimoniali fatte al momento della cessazione della convivenza *more uxorio*, per rimediare ai pregiudizi economici che il convivente avesse subito.

Negli anni seguenti furono considerate sempre obbligazione naturale le attribuzioni patrimoniali fatte tra conviventi, sia durante che al momento della cessazione della convivenza: non più per riparare ad un pregiudizio patrimoniale e secondo alcuni non patrimoniale⁽¹⁵⁾, ma per adempiere ad un dovere morale e di assistenza di contenuto uguale all'obbligo di assistenza rintracciabile nell'art.143 c.c.⁽¹⁶⁾. L'obbligazione naturale passa quindi da una natura indennitaria ad una natura solidaristica, la quale dà importanza alla reciprocità dell'obbligazione naturale che nasce nell'affidamento che entrambi i *partners* hanno sulla stabilità del rapporto. Ad es. l'acquisto di un appartamento a favore della donna rientra nell'obbligazione naturale⁽¹⁷⁾ oppure la dazione di somme di denaro a favore dell'uomo che si trova in una difficile situazione economica⁽¹⁸⁾. Quindi, le attribuzioni patrimoniali che sono state fatte nell'ambito della convivenza sono da ricondurre nell'ambito delle obbligazioni naturali (art. 2034 c.c.)⁽¹⁹⁾, obbligazioni che al contrario di quelle giuridiche non producono altro effetto oltre a quello della "*soluti retentio*", cioè l'impossibilità di ottenere la restituzione di quanto si è spontaneamente pagato.

3. Nella convivenza *more uxorio* non è previsto l'obbligo giuridico di fedeltà, assistenza morale e materiale come invece possiamo ritrovare nel matrimonio art. 143 c.c.⁽²⁰⁾; di conseguenza le prestazioni che sono fatte

1960, n. 68, in *Foro it.*, 1961, I, 2017; Cass., 15 gennaio 1969, n. 60, *ivi*, 1969, I, 1512, con osservazioni di BRUSCO.

⁽¹⁵⁾ Cfr. BRUSCO, *op. loc. cit.*, MENEGHELLO, *Considerazioni sui limiti della prova per testimoni e presunzioni e sulle elargizioni in denaro alla donna convivente "more uxorio" nonché ai figli non riconoscibili*, in *Giur. it.*, 1961, I, 1, 728.

⁽¹⁶⁾ Cass., 3 febbraio 1975, n. 389, in *Foro it.*, 1975, I, 2304, con nota di FLORINO, *sul dovere di assistenza nelle unioni naturali*; Cass., 26 gennaio 1980, n. 651, in *Mass. Giust. civ.*, 1980, 1.

⁽¹⁷⁾ Cass., 15 gennaio 1969, n. 60, *cit.*

⁽¹⁸⁾ Cass., 3 febbraio 1975, n. 389, *cit.*; Trib. Genova, 8 maggio 1990, *Giur. mer.*, 1981, I, 431.

⁽¹⁹⁾ NIVARRA, voce *Obbligazione naturale*, in *Dig. disc. priv.*, XII, Torino, 1995, 366 ss.; UGAZZI, voce *Obbligazione naturale*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, 1965, 664; BALESTRA, *Le obbligazioni naturali*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, già diretto da Cicu, Messineo e Mengoni, continuato da Schlesinger, XLVIII, Milano, 2004, 233; CIOCIA, *L'obbligazione naturale*, Milano, 2000; SPADAFORA, *L'obbligazione naturale tra conviventi ed il problema della sua trasformazione in obbligazione civile* (a cura di) MOSCATI, ZOPPINI, Torino, 2002, 157; OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Milano, 1991, 83; COCUCCIO, *Convivenza e famiglia di fatto: problematiche e prospettive*, in *Dir. fam. pers.*, 2009, 923.

⁽²⁰⁾ SESTA, *Diritto di famiglia*, Padova, 2005, 399. "La convivenza *more uxorio*...ricalca i tratti essenziali di una relazione fondata sul matrimonio ma è priva di una

da un convivente per l'altro non sono oggetto di un obbligo prettamente giuridico di contribuzione, ma è solo uno spontaneo adempimento di un dovere morale. Quindi, queste attribuzioni patrimoniali vanno inquadrare nell'art. 2034 c.c.; se analizziamo con attenzione tale articolo ci rendiamo conto che non specifica un parametro quantitativo, anche se la dottrina e la giurisprudenza maggioritaria sostengono che l'obbligazione naturale sussiste solo nel caso in cui la prestazione resa sia proporzionata alle condizioni patrimoniali del dante ⁽²¹⁾.

L'art. 2034 c.c. impedisce la ripetizione, in base all'art. 2033 c.c., delle normali prestazioni all'interno della convivenza, ma c'è da domandarsi cosa possa accadere per gli importanti contributi economici che vengono erogati, considerando l'aspetto economico del *solvens*, quando vanno al di là del *ménage* familiare, quando si riscontra una sproporzione. La dottrina e giurisprudenza hanno ritenuto che se la dazione è senza causa, se non c'è l'intento liberale ed un corrispettivo, il *surplus* rientra nell'art. 2041; di conseguenza il *solvens* ha diritto all'indennizzo della diminuzione patrimoniale subita, a causa dell'altrui ingiustificato arricchimento ⁽²²⁾. Il Tribunale

qualsiasi formalizzazione del rapporto di coppia ed è pertanto sorretta soltanto dalla spontaneità dei comportamenti dei conviventi” Id. *op. cit.*, 403: “quelli che sono obblighi legali per i coniugi nella famiglia di fatto sono invece espressione dell'autonomia dei conviventi; peraltro l'osservanza di fatto di regole analoghe a quelle in base alle quali l'art. 143 c.c. organizza l'insieme dei rapporti coniugali, costituisce un vero e proprio indice oggettivo necessario per qualificare una certa situazione come famiglia di fatto. Coabitazione, fedeltà e assistenza-ancorchè tendenzialmente requisiti del rapporto-non necessariamente debbono assumere nella convivenza lo stesso contenuto degli obblighi coniugali, essendo senza dubbio più ampio lo spazio di autonomia riservato ai *partners* nell'ambito dell'unione non formalizzata, d'altronde, la mancata osservanza di detti doveri non fonda alcuna pretesa giuridica azionabile”. Anche la giurisprudenza sostiene che in ambito di convivenza *more uxorio* non è rintracciabile l'obbligo di fedeltà v. Trib. Genova, 25 settembre 2009, in *Fam. dir.*, 2010, 389 ss., con nota di FALLETTI, *Fecondazione assistita: non è accoglibile la richiesta di risarcimento dei danni morali al convivente fedifrago*.

⁽²¹⁾ BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, Milano, 1997, 788.; “Sebbene tale requisito non sia menzionato dal codice, esso deve ritenersi implicito nella stessa idea di obbligazione naturale, in quanto alla stregua della coscienza sociale non è doveroso ciò che va al di là di quanto l'adempiente può ragionevolmente fare o di quanto il beneficiario abbia ragionevolmente bisogno”, BALESTRA, *Note in tema di proporzionalità nell'adempimento delle obbligazioni naturali e sulla nozione di terzo ex art. 936 c.c. (in margine ad un caso di prestazioni rese nell'ambito della convivenza more uxorio)*, in *Familia*, 2004, 779 .

⁽²²⁾ Cass., 15 maggio 2009, n. 11330, in *Fam. dir.*, 2010, 380 ss., con nota di GELLI, *Il regime delle prestazioni di “dare” nella convivenza tra obbligazione naturale del solvens ed arricchimento senza causa dell'accipiens*, in questo caso la Cassazione sostiene: il convivente che ha aiutato, con elargizioni ben al di là del normale *ménage* familiare, agli investimenti immobiliari dell'altro convivente, ha diritto a ricevere un congruo indennizzo, per rimettere in pari l'ingente ed ingiustificato spostamento di denaro, a causa della speranza nella contestazione degli immobili, che non c'è

di Perugia su questo punto rigetta la domanda *ex art. 2041 c.c.*, perché “l’arricchimento” ritenuto dall’attore trova la sua giusta causa nei doveri morali a cui ha adempiuto”. Se quindi analizziamo l’art. 2041 c.c. ⁽²³⁾, l’arricchimento senza causa costituisce una norma di chiusura ⁽²⁴⁾ dell’istituto delle obbligazioni: è uno strumento di tutela, che si può esercitare quando tra due soggetti c’è un movimento patrimoniale da una parte verso l’altra, tale che un soggetto ha un danno e l’altro si arricchisce “senza una giusta causa”, non esistendo, quindi un “motivo” che possa giustificare il profitto dell’arricchito.

L’azione ha carattere generale, in quanto si può esercitare in molti casi grazie ad un preciso principio: non può sussistere l’altrui pregiudizio patrimoniale senza una ragione; inoltre è sussidiario, perché si può azionare solo nel caso in cui il depauperato non possa esercitare un’altra azione, fondata su un contratto, su un fatto illecito o su altro atto o fatto che genera l’obbligazione restitutoria o risarcitoria.

L’arricchimento è “senza giusta causa” quando non sussiste una giustificazione giuridicamente valida, cioè un titolo legale o negoziale. Un importante provvedimento della Cassazione ⁽²⁵⁾ sostiene che “le prestazioni patrimoniali di uno dei conviventi *more uxorio* non possono inquadrarsi nello schema dell’obbligazione naturale se hanno come effetto esclusivo l’arricchimento del *partner* e non sussiste un rapporto di proporzionalità tra le somme sborsate e i doveri morali e sociali assunti reciprocamente dai conviventi.”

Una recente giurisprudenza ⁽²⁶⁾ ritiene che ci sia stato ingiustificato arricchimento nel caso in cui in prospettiva della convivenza in un’abitazione di proprietà dei genitori del compagno, la donna aveva acquistato molti oggetti di arredamento inserendoli nell’appartamento per la convivenza, che non ci fu a causa della rottura del rapporto; in questo caso, il Supremo Collegio vede un ingiustificato arricchimento dell’uomo perché ha goduto per un periodo dell’arredo. Quando si riscontra una sproporzionalità però si può ricollegare anche allo spirito di liberalità, anche se unito a motivi di riconoscenza ⁽²⁷⁾: non è facile infatti distinguere i casi di obbligazione natu-

mai stata. In particolare la donna aveva pagato le rate di mutui e debiti, in maniera continuativa ed esclusiva, del *partner* per l’acquisto di immobili a sé intestati.

⁽²³⁾ MOSCATI, voce *Arricchimento (azione di) nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv.*, I, Torino, 1987, 447.

⁽²⁴⁾ La Relazione della Commissione reale al progetto preliminare del codice fissa che la disposizione dell’art. 2041 c.c. avrebbe risolto “un gran numero di casi oggi non tutti prevedibili [...] che il legislatore non sarebbe in grado di prevedere tutti singolarmente, quando volesse sostituire al precetto generale norme particolari”.

⁽²⁵⁾ Cass., 13 marzo 2003, n. 3713, in *Giur. it.*, 2004, 530 ss., con nota di DIGREGORIO, *Convivenza more uxorio e accessione: nuovi spunti di riflessione*.

⁽²⁶⁾ Cass., 30 novembre 2011, n. 25554, in *Foro it.*, *Rep.* voce *Arricchimento senza causa*, n. 12.

⁽²⁷⁾ Cass., 15 gennaio 1969, n. 60, in *Foro it.*, 1969, I, 1511.

rale da quelli di donazione remuneratoria⁽²⁸⁾, bisogna porre attenzione alla “proporzionalità tra pregiudizio economico e attribuzione patrimoniale”.

Quando c'è tale sproporzione può sussistere un *negotium mixtum cum donatione*⁽²⁹⁾: è necessario esaminare concretamente il rapporto che c'è tra causa onerosa e gratuita; questo riscontro è fondamentale per vedere la prevalenza dell'uno rispetto all'altra⁽³⁰⁾. Soprattutto, quando si concentra l'attenzione sull'acquisto di gioielli o beni di un certo valore non è facile distinguere tra donazione remuneratoria, obbligazione naturale, liberalità d'uso o donazione manuale⁽³¹⁾. È fondamentale porre attenzione all'oggetto dell'attribuzione: se è di modico valore⁽³²⁾ è sufficiente la *traditio*, oltre allo spirito di liberalità; c'è inoltre da sottolineare che il modico valore è da considerare in relazione alle condizioni del donante. Non c'è bisogno, per quanto riguarda la donazione manuale, di adempiere ad un obbligo, neanche di natura non giuridica come invece accade nell'obbligazione naturale; è anche fondamentale l'intenzione liberale che si può constatare con la dazione della cosa donata. Invece, quando ci troviamo davanti alla presenza di un uso⁽³³⁾, l'art. 770 c.c. inserisce l'attribuzione liberale fuori delle donazioni e quindi non si applica la relativa disciplina.

Non è sempre facile distinguere la donazione manuale e la liberalità d'uso, ma si può sintetizzare sostenendo che: la prima non si fonda su un uso ed inoltre il requisito del modico valore è una sua caratteristica peculiare; invece, per le liberalità d'uso, l'elemento fondamentale è la loro conformità alla pratica sociale e non considerano le possibilità economiche delle parti. La giurisprudenza di legittimità ha fissato però in una pronuncia che anche le liberalità devono rientrare nei limiti di modico valore, così da non creare un importante depauperamento del patrimonio del donante⁽³⁴⁾.

⁽²⁸⁾ Per quanto riguarda l'importanza del motivo oggettivo nella “donazione remuneratoria” si veda PALAZZO, voce *Donazione*, in *Dig. IV disc. priv.*, VII, Torino, 1991, 146; inoltre Palazzo sostiene che ormai la forma rappresenta un relitto storico PALAZZO, voce *Donazione*, *cit.*, 140 ss. e v. PALAZZO, *Atti gratuiti e donazioni*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da SACCO, *I singoli contratti 2*, Torino, 2000, 140.

⁽²⁹⁾ Cass., 13 luglio 1995, n. 7666, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 119.

⁽³⁰⁾ G.B. FERRI, *Qualificazione giuridica e validità delle attribuzioni patrimoniali alla concubina*, in *Riv. dir. comm.*, 1969, II, 403 ss., 411, v. anche OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, 317; Cfr. Cass., 13 luglio 1995, n. 7666, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 119.

⁽³¹⁾ OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, 41; BIONDI, *Le donazioni, tratt. dir. civ.*, diretto da VASSALLI, Torino, 1961, 749 ss.; GARDANI CONTURSI LISI, *Delle donazioni*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1976.

⁽³²⁾ Trib. Palermo, 3 settembre 1999, in *Fam. dir.*, 2000, 284 ss., con nota di FERRANDO, *Famiglia di fatto: gioielli e mobili antichi vanno restituiti alla fine della convivenza?*

⁽³³⁾ BIONDI, *op. cit.*, 757: “L'uso contemplato dalla legge è l'uso non giuridico, ma sociale”.

⁽³⁴⁾ Cass., 24 novembre 1998, n. 11894, in *Corr. giur.*, 1999, 54, con nota di CARBONE, *Terminata la convivenza, vanno restituiti i regali: la Cassazione “ripiomba” nel medioevo*.

4. Negli ultimi tempi si sta assistendo ad una “contrattualizzazione”⁽³⁵⁾ del diritto di famiglia; prima si riteneva che gli accordi negoziali in ambito familiare non rientrassero nell’ambito contrattuale perché si doveva raggiungere un interesse familiare che andava al di là di quello delle parti; pian piano però tra la dottrina⁽³⁶⁾ e giurisprudenza⁽³⁷⁾ si è fatta strada la possibilità di creare contratti di convivenza per cercare di risolvere le problematiche in caso di morte di un *partner* o in caso di cessazione del rapporto⁽³⁸⁾ anche perché ormai c’è un riconoscimento sociale della convivenza *more uxorio*. I conviventi possono regolamentare attraverso il contratto⁽³⁹⁾ il *ménage* familiare, gli acquisti, o le conseguenze in caso di rottura della stessa convivenza: come ad es.: stabilire somme periodiche da somministrare al partner o il trasferimento della proprietà di beni, fissare a vantaggio di un partner il diritto di abitazione. Queste convenzioni si basano su una causa lecita, che possiamo dire è la stessa convivenza, (art. 1343 c.c.) sono quindi validi come contratti atipici ed anche meritevoli quindi di tutela (art. 1322 c.c.)⁽⁴⁰⁾, quando non contrastano con norme imperative e principi di ordine

⁽³⁵⁾ Trib. Savona, 7 marzo 2001, in *Fam. dir.*, 2001, 529 ss., con nota di DOGLIOTTI, *La forza della famiglia di fatto e la forza del contratto. Convivenza more uxorio e presupposizione*.

⁽³⁶⁾ FRANZONI, *I contratti tra conviventi “more uxorio”*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 737; QUADRI, *Rilevanza attuale della famiglia di fatto ed esigenze di autoregolamentazione*, in *Dir. fam. pers.*, 1994, 301 ss.; ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova, 1997, 495; QUADRI, *Problemi giuridici attuali della famiglia di fatto*, in *Fam. dir.*, 1999, 503 ss.; SPADAFORA, *Rapporto di convivenza more uxorio e autonomia privata*, Milano, 2001, 163 ss.; DORIA, *Autonomia privata e causa familiare*, Milano, 1997; GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Milano, 1983, 143 ss.; OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Milano, 1991, 151 ss.; ROPPO, *Convivenza “more uxorio” e autonomia privata (Ancora su presupposti e modalità di rilevanza giuridica della famiglia di fatto senza matrimonio)*, in *Giur. it.*, 1980, I, 2, 543 ss.; FERRANDO, *Gli accordi di convivenza: esperienze a confronto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, 163; MOSCATI E ZOPPINI (a cura di), *I contratti di convivenza*, Torino, 2002; DEL PRATO, *I patti di convivenza*, in *Famiglia*, 2002, 975 ss.; PETITTI, *I diritti nelle famiglie di fatto: attualità e futuro*, in *Famiglia*, 2003, 1031 ss.; OBERTO, *I contratti di convivenza tra autonomia privata e modelli legislativi*, in *Contr. impr. eur.*, 2004, 17 ss.; GERBO, *I contratti di convivenza. Rilevanza e contenuti*, in *Vita not.*, 2007, 1369; ASTIGLIANO, *La possibilità di contrattualizzazione dei rapporti patrimoniali tra i partners che compongono la famiglia di fatto*, in *Fam. dir.*, 2009, 385 ss.

⁽³⁷⁾ Trib. Bari, 21 gennaio 1977, in *Giur. it.*, 1978, I, 2, 254; Trib. Roma, 30 ottobre 1991, in *Dir. fam. pers.*, 1991, 698; Cass., 8 giugno 1993, n. 6381, in *Corr. giur.*, 1993, 947, si consulti anche BESSONE, DOGLIOTTI, FERRANDO, *Giurisprudenza del diritto di famiglia. I rapporti personali e patrimoniali tra coniugi. La famiglia di fatto*, 5 ed., Milano, 1997, 659 ss.

⁽³⁸⁾ BERNARDINI, *La convivenza fuori del matrimonio. Tra contratto e relazione sentimentale*, Padova, 1992; DOGLIOTTI, *Convivere senza matrimonio. Rapporti personali e patrimoniali nella famiglia di fatto*, in *Fam. dir.*, 1998, 183 ss.

⁽³⁹⁾ RESCIGNO, voce *Contratto*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988, 9 ss.

⁽⁴⁰⁾ Cass., 8 giugno 1993, n. 6381, cit.: “la convivenza tra un uomo e una donna

pubblico e di buon costume. Indubbiamente è scaturito un problema di teoria generale del diritto riguardante la coercibilità degli obblighi che, essendo ormai oggetto del contratto di convivenza, non hanno più la caratteristica della naturalità. La questione ha riguardato in particolare l'art. 2034, comma 2, che stabilisce come unico effetto la *soluti retentio* di fronte all'adempimento dell'obbligo morale o sociale. La dottrina⁽⁴¹⁾ e la giurisprudenza⁽⁴²⁾ si sono sempre opposte alla novazione, alla ricognizione di una obbligazione naturale. La giurisprudenza meno recente ha riconosciuto la possibilità di contratti di convivenza⁽⁴³⁾ ma una recentissima pronuncia⁽⁴⁴⁾ ha stabilito che si può eliminare il problema della trasformazione dell'obbligazione naturale in civile dimostrando che il contratto ha una causa autonoma rispetto all'obbligazione naturale, infatti si dà credito alla teoria secondo la quale: "l'obbligazione naturale, anziché rappresentare il rapporto preesistente da accertare, modificare o novare per il tramite dell'autonomia privata, diviene valutabile nella prospettiva dell'interesse-del quale occorrerà accertare pur sempre la liceità-alla produzione dell'effetto contrattuale, ossia dell'interesse alla nascita di un nuovo rapporto *inter partes*"⁽⁴⁵⁾. C'è anche da sottolineare che in Europa alcuni paesi hanno regolamentato la convivenza ad es. in Spagna, in particolare in Andalusia già dal 1996 è stato istituito un registro delle unioni di fatto. In Francia è stata emanata la legge 15 novembre 1999, n. 944 che ha concluso il primo libro del *code civil (des peronnes)*, mettendo un nuovo titolo: *Du pacte civil de solidarité et du concubinage*⁽⁴⁶⁾; in cui si

in stato libero non costituisce causa di illiceità e quindi di nullità di un contratto attributivo di diritti patrimoniali dall'uno a favore dell'altra o viceversa solo perché il contratto sia collegato a detta relazione in quanto tale convivenza, ancorché non disciplinata dalla legge, non è illecita."

⁽⁴¹⁾ BALESTRA, *Le obbligazioni naturali in generale*, in *Le obbligazioni*, I, *Le obbligazioni in generale*, 2 (a cura di) FRANZONI, II, Torino, 2004, 1671 ss.

⁽⁴²⁾ Cass., 29 novembre 1986, n. 7064, in *Foro it.*, 1987, I, 805.

⁽⁴³⁾ Cass., 8 giugno 1993, n. 6381, cit.

⁽⁴⁴⁾ Trib. Bologna, 16 febbraio 2011, in *Fam. dir.*, 2012, 403 ss., con nota di BARDARO, *La qualificazione del contratto immobiliare fra conviventi*, v. anche MOROZZO DELLA ROCCA, *Le attribuzioni patrimoniali nelle convivenze: una breve rassegna di giurisprudenza*, in *Dir. fam. pers.*, 2012, 838 ss.

⁽⁴⁵⁾ OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, 352 ss.; SPADAFORA, *Rapporto do convivenza more uxorio e autonomia privata*, Milano, 2001, 145.

⁽⁴⁶⁾ RESCIGNO, *Osservazioni sulla legge francese*, in MOSCATI, ZOPPINI (a cura di), *I contratti di convivenza*, cit., 269 ss.; VITUCCI, "Dal di che nozze ...". *Contratto e diritto di famiglia nel pacte civil de solidarité*, in *Famiglia*, 2001, 713 ss., per un confronto con gli altri paesi si consulti FERRANDO, *Gli accordi di convivenza. Esperienze a confronto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, 163 ss.; per un quadro europeo sulle convivenze more uxorio si consulti SARACINO, *Le unioni civili in Europa: modelli a confronto*, in *Dir. fam. pers.*, 2011, 1470 ss.; D'USSEAU, *L'unione registrata in Germania alla luce delle recenti modifiche legislative*, in *Famiglia*, 2008, 3 ss.; PATTI, *Il diritto di famiglia nei paesi dell'Unione europea: prospettive di armonizzazione*, in *Diritto privato. Studi in onore di Antonio Palazzo*, 2, *Persona, famiglia e successioni* (a cura di) MAZZARESE e SASSI, Torino, 2009, 611 ss.

può quindi registrare l'affermarsi dell'autonomia contrattuale nei rapporti tra conviventi, anche se, nella decisione del *Conseil* è specificato che sarebbe nulla la clausola che non riconoscesse l'obbligatorietà del sostegno reciproco; invece, se i *pacs* non specificano nulla, sarà compito del giudice del contratto, in caso di lite, fissare le modalità del sostegno "*en fonction de la situation respective des partenaires*".

ANGELA MARIA SPALAZZI CAPRONI

TRIBUNALE DI PERUGIA – SEZ. DIST. FOLIGNO – 7 maggio 2012
– G.O.T. CECCUCCI – C. (avv. Bollati) c. Agenzia delle Entrate di Foligno.

Giurisdizione civile – Giurisdizione ordinaria – Ripetizione di somme di origine tributaria – Sussistenza – Fattispecie (art. 9 c.p.c.).

Sussiste la giurisdizione del giudice ordinario (e precisamente del Tribunale ex art. 9 c.p.c.) nel caso di sussistenza del diritto del contribuente alla ripetizione di somme di origine tributaria non corrisposte dall'Amministrazione finanziaria, quando la stessa ha formalmente riconosciuto il diritto al rimborso e quantificato la somma dovuta (1).

(*Omissis*). Premesso 1. che la ricorrente vanta un credito d'imposta pari a € 3.554,00 così come evidenziato nel rigo 1 colonna 3 del quadro RX nel modello UNICO PF anno 2003 periodo d'imposta 2002 (doc. n. 1); 2. che con raccomandata a.r. 28/5/2009 l'agente della riscossione Equitalia s.p.a. ha comunicato che l'Agenzia delle Entrate aveva riconosciuto il credito della ricorrente per la minor somma di € 3.222,92 proponendole, così, di compensare detto credito con il debito di € 4.559,71 di cui alle cartelle esattoriali n. 080 2002 0042097509/000 e n. 080 2006 001563379/000 (doc. n. 2); 3. che la ricorrente ha aderito alla proposta di compensazione osservando i tempi e le forme richieste (doc. n. 3); 4. che in data 6/10/2009 la C. ha pagato per l'intero il proprio debito di € 4.559,71 oltre accessori di legge (doc. n. 4); ma Equitalia, a causa di non meglio precisati problemi di natura tecnica al software a ciò deputato, non ha operato la sopra citata compensazione; 5. che, dopo innume-

revoli solleciti, in data 3/11/2009 la C. ha depositato presso gli Uffici dell'Agenzia delle Entrate di Foligno un'istanza di rimborso protocollata al n. 2009/062999 (doc. n. 5), rimasta senza alcun riscontro; 6. che con raccomandata 24/11/2011 lo scrivente legale ha inviato all'Agenzia delle Entrate di Foligno una formale intimazione di pagamento (doc. n. 6) rimasta, anch'essa, senza riscontro; 7. che in data 27/2/2012 la ricorrente ha depositato presso gli Uffici dell'Agenzia delle Entrate di Foligno l'ennesima istanza di rimborso protocollata al n. 0026596 (doc. n. 7); 8. che con comunicazione 12/3/2012 l'Agenzia delle Entrate di Foligno ha nuovamente riconosciuto il credito della ricorrente per il minor importo di € 3.222,92 (importo capitale di € 2.868,00 + interessi per € 354,92 — doc. n. 8) precisando che detto importo risultava compensato; 9. che ad oggi, nonostante quanto riconosciuto e dichiarato, l'Agenzia delle Entrate di Foligno non ha provveduto al rimborso delle somme di cui sopra; 10. che sussiste nella fattispecie la giurisdizione del giudice ordinario (e precisamente del Tribunale *ex art. 9 c.p.c.*) in quanto la stessa Amministrazione finanziaria ha formalmente riconosciuto il diritto al rimborso e quantificato la somma dovuta (*ex pluribus* cfr. Cass. n. 10725 del 22/07/2002); 11. che sussistono incontestabilmente, altresì, i presupposti per la concessione della provvisoria esecutività dell'emanando decreto *ex art. 642, 2° e 3° comma c.p.c.* avendo la ricorrente prodotto documentazione sottoscritta da Equitalia Perugia s.p.a. e dalla debitrice Agenzia delle Entrate – Ufficio di Foligno comprovante diritto fatto valere (cfr. doc. nn. 2 e 8).

Ciò premesso la ricorrente, come sopra rappresentata e difesa, chiede che il Giudice, ritenuta la sussistenza delle condizioni previste dagli artt. 633 e segg. 642, 2° e 3° comma c.p.c. voglia ingiungere a «Agenzia delle Entrate – Ufficio di Foligno» con sede in Foligno (Pg) Via Gorizia n. 2, in persona del direttore *pro tempore* il pagamento in favore della ricorrente della somma di € 3.222,92 oltre interessi dal dovuto al saldo, nonché spese, competenze ed onorari della presente procedura, liquidate sulla base della nota allegata, con decreto immediatamente esecutivo e con dispensa del termine di cui all'art. 482 c.p.c. fissando termine di giorni 40 ai soli fini dell'opposizione.

Il Giudice letto il ricorso che precede, ritenuta la propria competenza *ex art. 9 c.p.c.*, visti gli artt. 633 e segg. c.p.c. ingiunge a «Agenzia delle Entrate – Ufficio di Foligno» con sede in Foligno (Pg) Via Gorizia n. 2, in persona del direttore *pro tempore*, il pagamento, immediato senza dilazione alcuna, in favore della ricorrente della somma di € 3.222,92 (*Omissis*).

(1) Note minime sulla tutela giurisdizionale del diritto del contribuente alla ripetizione di somme «di origine tributaria».

SOMMARIO: 1. *Premessa.* – 2. *I fatti di causa.* – 3. *Brevi considerazioni sulla natura e sugli effetti della comunicazione di esistenza del credito rilasciata dall'amministrazione finanziaria.* – 4. *La rilevanza del decorso del termine (previsto a pena di decadenza) per l'esercizio dell'azione accertatrice al fine della realizzazione di una fattispecie complessa ad effetti preclusivi che, a sua volta, determina l'enucleazione del diritto di credito dalla sottostante «materia tributaria».* – 5. *Osservazioni conclusive.*

1. Il decreto del Tribunale di Perugia, Sezione di Foligno, avente ad oggetto un'ingiunzione di pagamento nei confronti dell'Agenzia delle Entrate, costituisce l'occasione per alcune brevi considerazioni intorno al tema – particolarmente sentito soprattutto in tempi di crisi economica e finanziaria – del rimborso dei tributi o, più precisamente, della ripetizione (in favore del contribuente) di somme aventi “origine tributaria”.

Peraltro, il più generale tema del rimborso dei tributi ⁽¹⁾ – nel quale certamente s'inquadra il più particolare tema della restituzione ⁽²⁾ (*rectius*: ripetizione) di somme originariamente pagate a titolo di tributi – ha da tempo suscitato un notevole interesse in dottrina anche a causa delle numerose implicazioni di teoria generale sul cui sfondo si collocano differenti modelli teorici rispetto ai quali è sempre stato difficile individuare un punto di equilibrata e razionale composizione.

Infatti, da un lato assumono rilievo gli interessi del contribuente ed i vincoli derivanti dal principio di capacità contributiva, i quali, assieme, depongono verso un modello di tipo privatistico orientato al riconoscimento di un diritto (pressoché) illimitato al rimborso d'imposta ove questa non corrisponda al presupposto del tributo; dall'altro, all'opposto, assumono rilievo interessi quali la rapidità, la stabilità, la certezza e la definitività dell'imposizione – invero ripetutamente riconosciuti dalla giurisprudenza costituzionale – i quali tendono verso un modello di natura pubblicistica, basato su di uno schema di tipo procedimentale, a sua volta imperniato

⁽¹⁾ Per rimborso d'imposta s'intende generalmente un'attribuzione patrimoniale in senso inverso (rispetto al tributo) volta a neutralizzare gli effetti di una precedente attività solutoria carente di *causa solvendi* (nel senso che l'acquisizione patrimoniale del soggetto attivo non è conforme alla legge fin dall'origine). Cfr. TABET, *Contributo allo studio del rimborso d'imposta*, Roma, 1985, 11. Sul tema del rimborso d'imposta si vedano altresì, tra i tanti, TESAURO, *Il rimborso d'imposta*, Torino, 1975, *passim*; FREGNI, *Rimborso dei tributi*, in *Dig. IV, Sez. comm.*, XII, Torino, 1996, 499 ss.

⁽²⁾ Per restituzione s'intende invece che la reintegrazione patrimoniale (in favore del soggetto passivo) è dovuta a vicende ed eventi successivi rispetto alla causa che ha dato luogo al pagamento, allora non indebito, del tributo.

sulla scansione e sugli effetti degli atti dell'accertamento e della riscossione, nonché sugli adempimenti posti in essere dal contribuente⁽³⁾.

Più in particolare, sotto il profilo della tutela del relativo diritto, alla stregua della prima impostazione si tende a riconoscere l'esistenza di un diritto soggettivo al rimborso, a sua volta da ricondursi al principio generale del diritto di ripetizione dell'indebito oggettivo di cui all'art. 2033 c.c., per l'effetto, potendosi richiamare l'applicabilità degli ordinari strumenti di tutela allo scopo consentiti onde assicurare la ripetizione dell'imposta versata in eccesso rispetto a quanto effettivamente dovuto sulla base del presupposto d'imposta manifestato.

Diversamente, alla stregua della seconda impostazione, il rimborso è ammesso nei limiti previsti dalla disciplina procedimentale e processuale e, dunque, finisce per essere una conseguenza delle attività poste in essere dai vari protagonisti del rapporto d'imposta, fra i quali il contribuente che – in ragione di quanto appena chiarito – sarebbe titolare di un interesse legittimo e non anche di un diritto soggettivo.

All'interno della cornice teorica appena richiamata, pertanto, sembra certamente utile collocare la vicenda che ha dato luogo al decreto di cui sopra e che, in questa sede, ci si propone di brevemente commentare.

2. Venendo ora a sinteticamente esporre i principali fatti di causa, così come questi sono desumibili dal ricorso svolto in sede monitoria, è possibile premettere che la ricorrente vantava un credito d'imposta così come evidenziato nell'apposito quadro della relativa dichiarazione modello Unico 2003, relativo ai redditi 2002.

Indi, successivamente (più precisamente nel 2009), l'agente della riscossione comunicava alla ricorrente medesima che l'Agenzia delle Entrate aveva riconosciuto il credito della stessa, seppure per una somma di poco inferiore a quella dalla contribuente precedentemente indicata in dichiarazione. Dunque – si deve ritenere (ed è bene sottolinearlo) – ciò avveniva all'esito di una qualche attività di controllo dall'ufficio tributario nel frattempo svolta sulla posizione (*rectius*: dichiarazione) fiscale della ricorrente medesima, per non dire del fatto che – a quanto sembra potersi desumere dal ricorso redatto con la sintesi che caratterizza il particolare rito prescelto – la comunicazione di Equitalia (con la quale si dava notizia dell'avvenuto riconoscimento di debito da parte dell'ufficio) veniva resa nota alla contribuente al termine del periodo posto a disposizione dell'ufficio medesimo per l'accertamento e l'eventuale rettifica della dichiarazione della contribuente stessa nella quale era stato esposto il credito d'imposta.

Ancora, il medesimo agente della riscossione, con la stessa comunicazione di cui sopra, proponeva poi alla contribuente di compensare il di lei

⁽³⁾ Cfr., da ultimo, FANTOZZI (a cura di), *Diritto tributario*, Torino, 2012, 867 ss., ove ampi riferimenti bibliografici.

credito (nella misura riconosciuta dall'ufficio) fino a concorrenza del maggior debito di questa, così come esso risultava da alcune cartelle di pagamento nel frattempo notificatele.

La ricorrente aderiva quindi alla proposta di compensazione. Tuttavia, a seguito di non meglio precisati problemi relativi al software, Equitalia non dava seguito alla (deve ritenersi concordata) compensazione.

La contribuente, allora, dopo innumerevoli solleciti caduti nel vuoto, (nel 2009) presentava all'Agenzia delle Entrate un'istanza di rimborso, alla quale – stante l'inerzia dell'ufficio – ne seguiva una ulteriore (nel 2012).

A seguito di ciò l'ente impositore – con comunicazione in data 12 marzo 2012 – nuovamente riconosceva il credito reclamato dalla contribuente, peraltro nella stessa misura già precedentemente “attestata”.

Infine, poiché anche a tale riconoscimento di debito da parte dell'ufficio non seguiva il dovuto rimborso, la ricorrente – ritenuto fondato su prova scritta il proprio credito e ritenuta sussistente la giurisdizione del giudice ordinario e non anche di quello tributario – richiedeva al Tribunale di Perugia, Sezione di Foligno, la concessione di un decreto ingiuntivo munito della provvisoria esecutività.

Il giudice adito, implicitamente ritenuta sussistente la propria giurisdizione, in accoglimento della dispiegata domanda, ingiungeva all'Agenzia delle Entrate l'immediato pagamento, senza dilazione alcuna, della somma reclamata, oltre interessi e spese legali. Non è dato sapere se il decreto ingiuntivo *de quo* sia stato in seguito opposto.

3. Ora, pare a chi scrive che la fattispecie oggetto della controversia si caratterizzi per il fatto consistente nel rilascio, da parte dell'amministrazione finanziaria, di almeno una comunicazione, direttamente rivolta alla contribuente, con la quale si riconosce il credito tributario vantato dalla contribuente medesima verso il fisco; credito peraltro esposto anche nella relativa dichiarazione tributaria, non rettificata entro i termini di decadenza posti a disposizione dell'ufficio per l'esercizio dell'ordinaria potestà di accertamento.

Ciò chiarito, prima di proseguire oltre, conviene senz'altro osservare che la richiamata comunicazione (dell'ufficio tributario al contribuente) si inserisce, sul piano sistematico, fra quelle disposizioni dello Statuto dei diritti del contribuente (l. 27 luglio 2000, n. 212) che impongono all'amministrazione finanziaria di portare a conoscenza del contribuente medesimo i fatti o gli atti dai quali possa derivare il mancato o parziale riconoscimento di un credito, ovvero l'irrogazione di una sanzione (cfr. art. 6, comma 2, l.n. 212/2000)⁽⁴⁾. Peraltro, una tale comunicazione pare altresì espressione di un

⁽⁴⁾ Cfr., sul punto, MESSINETTI, *Il diritto del contribuente ad essere informato. Dalla tutela dell'integrità patrimoniale del contribuente alla partecipazione del privato al procedimento di irrogazione della sanzione tributaria*, in FANTOZZI, FEDELE, *Statuto dei diritti del contribuente*, Milano, 2005, 217 ss., spec. 223 ss.; SCHIAVOLIN, *Il dovere*

principio di reciproca, doverosa e leale collaborazione fra amministrazione fiscale e contribuente (cfr. art. 10 l.n. 212/2000)⁽⁵⁾.

Conseguentemente, anche in considerazione del fatto che l'amministrazione finanziaria è oggi espressamente autorizzata ad *attestare* la certezza e la liquidità del credito, nonché la data indicativa di erogazione del rimborso (cfr. art. 10 d.l. 30 settembre 2003, n. 269, conv. con mod. in l. 24 novembre 2003, n. 326), sembra proprio che la comunicazione resa nel caso di specie alla contribuente, con la quale appunto si riconosce l'importo del credito, abbia il contenuto e gli effetti della cennata attestazione. Tuttavia, è bene precisare che, a mente del secondo periodo del richiamato art. 10 del d.l. n. 269/2003, l'attestazione in parola non è utilizzabile ai fini del processo di esecuzione e del procedimento d'ingiunzione, anche perché l'attestazione in discorso ben può essere rilasciata pure prima del decorso del termine di decadenza entro il quale il fisco può comunque procedere ad accertare e rettificare la posizione del contribuente che ha dato luogo al credito oggetto del precedente riconoscimento⁽⁶⁾.

In sostanza, l'attestazione, come pure la comunicazione resa dal fisco nel caso di specie, ha l'effetto di attribuire certezza e liquidità al credito, ma – per ciò stesso – non rende definitivo ed incontestabile il diritto di ripetizione del contribuente, giacché il credito, per effetto della sola attestazione, non è anche di per sé esigibile.

In altre parole, il credito di cui all'attestazione può considerarsi "certo" stante la determinazione del titolare e dell'oggetto del credito medesimo⁽⁷⁾. Esso può altresì considerarsi "liquido" quando il suo ammontare sia determinato (ovvero determinabile sulla base di un semplice calcolo aritmetico). Dunque, i requisiti di certezza e liquidità del credito possono ritenersi sussistenti quando l'amministrazione finanziaria abbia esattamente individuato la persona del creditore ed abbia altresì determinato il preciso ammontare del credito medesimo⁽⁸⁾.

di informazione nello Statuto del contribuente, in BODRITO, CONTRINO, MARCHESELLI, *Consenso, equità e imparzialità nello Statuto del contribuente. Studi in onore del prof. Gianni Marongiu*, Torino, 2012, 319 ss., il quale non vede perché la partecipazione al contribuente di cui all'art. 6, comma 2, sopra richiamato dovrebbe avere funzione esclusivamente istruttoria, anche quando la situazione non presenti la minima incertezza (spec. 324).

⁽⁵⁾ Cfr. CANNIZZARO, *Il principio di reciproca collaborazione tra amministrazione finanziaria e contribuente nel procedimento e nel processo*, in FANTOZZI, FEDELE, *Statuto dei diritti del contribuente*, cit., 242 ss., spec. 254 ss.

⁽⁶⁾ Cfr. MISCALI, *Primi appunti sulla «attestazione» dei crediti d'imposta*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, I, 1145 ss.

⁽⁷⁾ La comunicazione con cui viene riconosciuto il debito, peraltro, è dalla giurisprudenza ritenuta idonea a costituire "prova scritta" ai sensi e per gli effetti dell'art. 633 c.p.c., a nulla rilevando la mancanza di una dichiarazione formale e "soleenne". Cfr. Cass., 17 luglio 1977, n. 3150.

⁽⁸⁾ Cfr. Ag. Entrate, Dir. normativa e contenzioso, Circ., 3 marzo 2004, n. 9/E.

Quanto alla natura giuridica dell'attestazione in discorso – tralasciando (per evidenti motivi di spazio) la relativa questione della ricostruzione di essa in ambito civilistico con particolare riferimento alla dichiarazione di riconoscimento di debito di cui all'art. 1988 c.c. – sembra potersi ritenere che la medesima è una dichiarazione di scienza, di tipo ammissivo (in senso sfavorevole all'amministrazione finanziaria) a contenuto enunciativo, in ogni caso non modificativo dell'assetto d'interessi sottostanti al rapporto tributario nel quale si inserisce.

Essa, in altre parole, dispensa unicamente il contribuente dal dare la rigorosa dimostrazione dell'esistenza, della titolarità e dell'ammontare del credito che egli intenda far valere, senza dispiegare effetti preclusivi in ordine alla rettificabilità della posizione fiscale dello stesso contribuente, beninteso entro i normali termini di esercizio dell'azione accertatrice. In quest'ultima eventualità il fisco, qualora cioè intendesse rettificare e financo disconoscere integralmente il credito precedentemente riconosciuto, sarà tenuto ad assolvere un onere della prova particolarmente gravoso, in concreto risolvendosi in un obbligo di fornire una "doppia motivazione"⁽⁹⁾.

4. Va a questo punto opportunamente rimarcato che, nel caso *de quo*, al rilascio dell'attestazione da parte dell'ufficio tributario si è aggiunto l'inutile decorso del termine di decadenza al fine dell'esercizio dell'azione accertatrice.

Di talché, l'avvenuta cristallizzazione della posizione creditoria della contribuente, esposta nella dichiarazione tributaria a suo tempo presentata dalla medesima e non rettificata dall'ufficio nel termine previsto a pena di decadenza della relativa azione, ha l'effetto di rendere il credito (già "certo" e "liquido" per effetto dell'attestazione dell'ufficio e nei limiti di questa) anche concretamente "esigibile", in quanto non più *sub potestate*⁽¹⁰⁾.

In sostanza, l'attestazione del credito (già esposto nella dichiarazione tributaria) resa dall'ufficio, in uno con l'inutile decorso del termine per la rettifica della dichiarazione tributaria (ove il credito è esposto), determina, definitivamente, la natura "non tributaria" della somma richiesta a rimborso e, per l'effetto, fa sorgere in capo al contribuente il correlativo "diritto di ripetizione" della somma medesima, anche in sede monitoria⁽¹¹⁾.

⁽⁹⁾ Su cui MISCALI, *Primi appunti sulla «attestazione» dei crediti d'imposta*, cit., 1145 s., nt. 5.

⁽¹⁰⁾ Cfr. Cass., Sez. Trib., 6 agosto 2002, n. 11830, secondo la quale il decorso del termine per la rettifica della dichiarazione tributaria «a credito» dà luogo ad un riconoscimento implicito del credito da parte dell'amministrazione finanziaria una volta che la rappresentazione della posizione soggettiva del contribuente si sia consolidata per effetto del decorso del termine di rettifica della stessa. Con il che il fisco è tenuto ad eseguire il rimborso e il relativo credito del contribuente è soggetto alla ordinaria prescrizione decennale, decorrente dal riconoscimento del credito stesso.

⁽¹¹⁾ Cfr. MISCALI, *Primi appunti sulla «attestazione» dei crediti d'imposta*, cit., 1143 ss. e, *amplius*, ID., *Il diritto di restituzione, dal modello autoritativo al modello partecipativo nel sistema delle imposte*, Milano, 2004, *passim*.

Difatti, la realizzazione della fattispecie complessa ora descritta, costituita appunto dal rilascio dell'attestazione e dal decorso del termine di accertamento, preclude definitivamente all'amministrazione finanziaria l'esercizio del potere di contestare l'esistenza e la natura del credito (vantato dal contribuente) che, a seguito del riconoscimento da parte del fisco, finisce per rimanere enucleato dal rapporto tributario⁽¹²⁾.

In altre parole, la realizzazione della fattispecie complessa di cui sopra dà luogo ad un effetto preclusivo per l'amministrazione finanziaria, con il che l'originario diritto di restituzione del credito tributario si consolida in un diritto di ripetizione, non già di una somma avente *natura tributaria* (*id est*: tributo), ma di una somma di denaro avente solamente *origine tributaria*, con le relative conseguenze in termini di tutela in sede processuale, ovvero in tema di riparto fra giurisdizioni, nel senso dell'attribuzione della relativa controversia al giudice ordinario e non più a quello tributario.

In tal senso la giurisprudenza di legittimità⁽¹³⁾ ritiene infatti che una volta che l'amministrazione finanziaria abbia riconosciuto il credito del contribuente (e non possa più metterlo in dubbio attraverso l'ordinaria azione impositiva) esso resta enucleato dal rapporto tributario, posto che il credito non è più in contestazione e, quindi, viene ad integrare un'ordinaria pretesa creditoria, riconducibile nell'ambito dell'indebito oggettivo (di cui all'art. 2033 c.c.)⁽¹⁴⁾, come tale suscettibile di realizzazione anche facendo ricorso all'ordinario procedimento di ingiunzione e/o, se necessario, all'esecuzione forzata sui beni del debitore⁽¹⁵⁾.

⁽¹²⁾ Così Cass., sez. un., ord. 22 luglio 2002, n. 10725, in *Giur. trib.*, 2003, 227; Id., 14 giugno 2002, n. 146; Id., 24 aprile 2002, n. 6036; Id., 4 settembre 2001, n. 11403; Id., 26 gennaio 2000, n. 8; Id., 5 febbraio 1999, n. 44; Id., 25 novembre 1998, n. 11935; Id., 4 luglio 1991, n. 7331.

⁽¹³⁾ Si veda al riguardo la nota che precede.

⁽¹⁴⁾ Invero – secondo autorevole dottrina – l'azione che può essere esperita davanti all'a.g.o. di fronte all'inerzia, colpevole o meno, dell'amministrazione finanziaria nell'emissione dell'ordinativo di pagamento per il rimborso (dopo che il relativo credito da rimborso è stato riconosciuto dalla stessa amministrazione o accertato con sentenza dichiarativa dell'obbligo pur senza contenere un'esplicita statuizione di condanna), non ha niente a che vedere con la *condictio indebiti* (che in materia tributaria è assorbita dal diniego espresso o tacito esperibile solo nell'ambito del processo tributario). Con siffatta azione il privato fa valere davanti al giudice ordinario il proprio diritto soggettivo alla reintegrazione patrimoniale ormai definitivamente acclarato e che ormai, per l'appunto, richiede l'acquisizione di un titolo esecutivo in grado di legittimare l'esecuzione forzata a carico della pubblica amministrazione. In esito a tale azione il giudice ordinario non si pronuncia affatto sull'esistenza o meno di un indebitto, ma assume l'indebito *aliunde* accertato o riconosciuto al solo fine di dotare il privato di una pronuncia idonea a costituire titolo esecutivo e a dare ingresso all'esecuzione forzata nei confronti della p.a. Cfr. GLENDI, Nota a Cass., sez. un., ord. 22 luglio 2002, n. 10725, in *Giur. trib.*, 2003, 227 ss.

⁽¹⁵⁾ Si ritiene infatti che l'enucleazione del credito dal rapporto d'imposta (una volta che questo si sia consolidato), sia tale da attribuire al credito stesso quei

In queste particolari ipotesi è evidente l'insussistenza di questioni circa l'*an* o il *quantum debeatur* del tributo o, ancora, circa la procedura (tributaria) di rimborso, con il che non trova applicazione la riserva di giurisdizione tributaria con la relativa operatività dei termini di decadenza, anche per l'esercizio dell'azione di rimborso, previsti dalle varie leggi d'imposta⁽¹⁶⁾. Conseguentemente non ricorre nessuno dei presupposti che impediscono l'esperimento dell'ordinaria tutela civilistica in materia di indebito oggettivo⁽¹⁷⁾.

5. Conclusivamente, può osservarsi che l'ampia tematica del rimborso d'imposta, così come pure la fattispecie che ha formato oggetto del provvedimento in questa sede annotato, si presta a riflessioni che involgono principi e disposizioni sia di carattere privatistico che pubblicistico e ciò ancor oggi, sebbene, quanto al secondo profilo, nelle relazioni fisco-contribuente sia possibile riscontrare un passaggio da modelli teorici di tipo autoritativo a modelli di tipo anche partecipativo. Quanto agli evocati profili pubblicistici, ancora indubbiamente prevalenti secondo la giurisprudenza costituzionale e di legittimità quando la questione controversa si appunta sull'accertamento e sulla quantificazione dell'obbligazione tributaria⁽¹⁸⁾, essi cessano di condizionare la giurisdizione, così come pure il relativo procedimento di rimborso,

requisiti di certezza, liquidità ed esigibilità richiesti dall'art. 474 c.p.c. che, di per sé, rendono il relativo titolo già "esecutivo", dunque, come tale, suscettibile di dar luogo alla procedura esecutiva sui beni del debitore, rendendo così (talvolta) inutile il previo esercizio dell'azione in sede monitoria. Cfr. MISCALI, *Primi appunti sulla «attestazione» dei crediti d'imposta*, cit., 1156, spec. nt. 40.

⁽¹⁶⁾ Nel senso che la controversia non riguarda più la risoluzione di una questione tributaria correlata ad un atto impugnabile, ma un mero indebito oggettivo di diritto comune (cfr., da ultimo, Cass., Sez. Trib., ord., 9 novembre-20 dicembre 2011, n. 27621, con la quale, preso atto dell'avvenuta cristallizzazione del rapporto creditorio d'imposta, è stata conseguentemente dichiarata l'inammissibilità del ricorso proposto – in sede tributaria – contro il silenzio serbato dall'a.f. sull'istanza di rimborso presentata *dopo* l'avvenuta cristallizzazione del credito d'imposta).

⁽¹⁷⁾ Si vedano, oltre la già citata Cass., sez. un., ord. 22 luglio 2002, n. 10725, con nota di GLENDI; anche le più recenti Cass., sez. un., nn. 14331/2005, 18120/2005 e 19505/2008.

⁽¹⁸⁾ Si osservi peraltro che – come noto – nel processo tributario non è previsto l'esperimento di un'azione di mero accertamento negativo, essendo il diritto al rimborso riservato all'esperimento di un particolare ed apposito procedimento amministrativo nel quale, eventualmente e con funzione di garanzia sostanziale per il contribuente, può successivamente venirsi ad innestare un processo (avanti al giudice tributario) avente ad oggetto il rifiuto, espresso o tacito, sulla domanda di rimborso. Procedimento quest'ultimo che, pur avente natura giurisdizionale, è comunque caratterizzato da termini brevi ed inderogabili entro i quali introdurre la relativa azione in merito agli esiti della valutazione dell'ufficio. Cfr., FEDELE, *Appunti dalle lezioni di diritto tributario*, Torino, 2005, 357 ss. Analogamente, sulla necessità che il contribuente rispetti rigorosamente tutti i termini di cui al procedimento di rimborso, per poi, solo successivamente, adire il giudice tributario, si veda TINELLI, *Istituzioni di diritto tributario*, Padova, 2010, 375.

nel caso in cui la posizione creditoria (favorevole al contribuente⁽¹⁹⁾) non sia più suscettibile di accertamento e rettifica da parte del “potere pubblico”.

In altre parole, allorquando il credito – pur originariamente avente natura tributaria – dia luogo ad una controversia nella quale non si discuta più dell'*an* né del *quantum debeatur*, ma dia luogo ad una questione che involge solamente il diritto del contribuente alla realizzazione del proprio credito così come ormai cristallizzato (quindi certo, liquido ed esigibile), non operano più quelle “ragioni” che impongono di trattare la fattispecie (ancorché sorta nel quadro di modelli teorici di tipo partecipativo) secondo un approccio di tipo pubblicistico e, per converso, tornano ad operare quei principi e quelle regole, di tipo privatistico⁽²⁰⁾, che disciplinano la ripetizione delle somme non dovute⁽²¹⁾ e che quindi, se trattenute dal fisco, procurerebbero a questo un indebito arricchimento.

Naturalmente, la relativa azione non potrà che giovare degli ordinari strumenti all'uopo apprestati dal codice di procedura civile (ivi compresa la tutela monitoria) e, per quanto in questa sede interessa, la medesima è soggetta ai normali limiti previsti per l'azione di ripetizione dell'indebito e, dunque, all'ordinario termine di prescrizione di cui all'art. 2946 c.c. che, dal canto suo, non può che decorrere dal momento in cui il credito effettivamente si cristallizza⁽²²⁾, astraendosi in questo modo dal rapporto tributario, come detto ormai esaurito⁽²³⁾.

SIMONE FRANCESCO COCIANI

⁽¹⁹⁾ Simmetricamente – come noto – anche gli atti dell'esecuzione forzata in favore del fisco, purché successivi alla notifica della cartella di pagamento, non rientrano nella giurisdizione tributaria (cfr. art. 2, comma 1, d. lgs. 31 dicembre 1992, n. 546).

⁽²⁰⁾ O, se si preferisce, di diritto comune.

⁽²¹⁾ Tra cui, *in primis*, l'art. 2033 c.c.

⁽²²⁾ In tal senso, di recente, Cass., 29 ottobre 2010, n. 26318, in *Corr. trib.*, 2011, 728, con nota di BASILAVECCHIA, *Quando decorre la prescrizione per il rimborso chiesto in dichiarazione?*; e in *Riv. giur. trib.*, 2011, 503, con nota di CIPOLLA, *Crediti d'imposta e tutele processuali: si rafforza la tesi del consolidamento del credito esposto in dichiarazione e non rettificato dal Fisco*.

⁽²³⁾ Nel senso che il diritto di ripetizione si origina successivamente all'esaurimento del rapporto di restituzione si veda ancora MISCALI, *Il diritto di restituzione, dal modello autoritativo al modello partecipativo nel sistema delle imposte*, cit., 297 s.

GIUDICE DI PACE DI FOLIGNO – 25 gennaio 2013 – *Est.* CIONI – P.
c. Prefettura di Perugia.

**Documento e prova documentale – Atto pubblico – Efficacia
Circolazione stradale – Verbale di accertamento di violazione strada-
le – Efficacia probatoria – Percezioni sensoriali dei verbalizzanti
– Insufficienza del ricorso di cui agli artt. 203 e 204 *bis* del C.d.S.
– Necessità di proporre la querela di falso per contestarne la veri-
dicità (artt. 203 e 204 *bis* del C.d.S).**

**Circolazione stradale – Mancata esposizione del permesso di parcheg-
gio – Conseguenze**

Il verbale di contestazione della violazione del divieto di sosta, in quanto atto pubblico, fa stato, fino a querela di falso, non solo dei “fatti che il pubblico ufficiale attesta [...] da lui compiuti”, ma anche degli ulteriori presumibili (1).

Il verbale di contestazione per divieto di sosta fa stato, fino a querela di falso, non solo della sosta in area vietata, ma, quantunque non menzionata nel verbale, anche dell’attività ispettiva dell’interno dell’abitacolo, che dovrebbe essere svolta dal verbalizzante onde accertare la presenza di un eventuale permesso di parcheggio, con la conseguenza che l’opponente, che ricorra in quanto titolare di un regolare permesso di parcheggio debitamente esposto, deve, considerata la natura di atto pubblico del verbale di contestazione, ricorrere alla querela di falso (2).

La dimenticanza dell’esposizione del permesso equivale all’assenza del diritto di sostare in area privata (3).

(*Omissis*). Con atto depositato in questa cancelleria in data 7.11.12 il ricorrente impugnava l’ordinanza ingiunzione prefettizia prot. M IT PR PGUTG 00023280 19.10.12 area III notificata il 31.10.12.

Con tale provvedimento il Prefetto di Perugia gli era stato respinto un ricorso avverso il verbale di accertamento 86221/A2012/P del 1.2.12 della polizia municipale di Foligno che gli aveva contestato l’illegittima sosta del suo veicolo BG 189 XS in zona interdetta al transito.

Deduceva il ricorrente di aver regolarmente esposto il permesso di cui era titolare sul cruscotto posteriore della vettura.

Chiedeva di dimostrare con l’audizione testimoniale del verbalizzante che, subito dopo l’accertamento, esso ricorrente aveva rintracciato il vigile e intendeva mostrargli la presenza del permesso.

La causa istruita con allegazioni documentali veniva decisa alla udienza del 22 gennaio 2013 con lettura del dispositivo. (*Omissis*).

Il ricorso non è fondato.

Gli atti redatti dai pubblici ufficiali nell'esercizio delle loro funzioni sono assistiti da fede privilegiata.

Essi fanno pertanto fede, fino a querela di falso intorno ai fatti che il redattore dichiara aver compiuto o essere avvenuti in sua presenza.

Il verbale impugnato attesta che la vettura sostava in zona interdetta al traffico e dunque implicitamente accerta che nessun permesso era visibilmente esposto, come è d'obbligo, sulla vettura.

Ma se anche si volesse ritenere che l'accertamento del pubblico ufficiale si è limitato al fatto della sosta del veicolo e non dell'assenza del permesso, il ricorso sarebbe egualmente infondato.

L'esposizione del documento, trattandosi di esimente, doveva essere dimostrata dal ricorrente, ma questi non allega alcuna prova concreta a suo discarico.

È infatti inconferente la prova testimoniale dedotta nel ricorso, perché con essa il Pinca non intenderebbe dimostrare la presenza del permesso, ma solo il fatto di aver detto al vigile (rintracciato in luogo diverso dopo l'accertamento) che il documento era esposto.

La decisione prefettizia è dunque immune da censure e va confermata previo rigetto del ricorso. (*Omissis*).

(1-3) Un'ipotesi di *aequitas cerebrina*: alterazione della valenza probatoria dell'atto pubblico.

SOMMARIO: 1. *Fatto*. – 2. *Diritto*: art. 2700 c.c. e principio di *letteralità*. – 3. *Il verbale di contestazione non menziona l'attività ispettiva del pubblico ufficiale*. – 4. *La dimenticanza dell'esposizione del permesso non è equiparabile all'assenza del diritto a parcheggiare in area vietata*. – 5. *“Piena fede” dell'atto pubblico e violazione della presunzione di innocenza (art. 27, 2° comma Cost.)*. – 6. *Preminenza del “processo giusto” (art. 111, 1° comma Cost.) sull'applicazione formalistica della legge (summum jus, summa injuria)*. – 7. *Incostituzionalità della sanzione per il legittimo esercizio della tutela giurisdizionale*. – 8. *Conclusione*.

1. Un invalido, che aveva parcheggiato in area vietata esponendo il relativo permesso, veniva erroneamente multato per violazione del divieto di sosta.

Accortosi della multa, rintracciava speditamente il verbalizzante eccedendo l'esposizione dell'autorizzazione, sentendosi, tuttavia, consigliare di fare ricorso. Il Giudice di Pace di Foligno, adito in seconda istanza ai sensi degli artt. 203-204 *bis* del Codice della Strada, assumeva che il verbale di contestazione faceva stato, quantunque non menzionata, anche dell'attività ispettiva dell'interno dell'abitacolo, talché l'opposizione avrebbe dovuto svolgersi nei termini della querela di falso, incombendo, in ogni caso, al

ricorrente l'onere di provare la propria innocenza. La sentenza presenta evidenti motivi di illegittimità.

2. La lettura dell'art. 2700 c.c., suffragata da una costante dottrina e giurisprudenza, individua con precisione la valenza probatoria dell'atto pubblico: quest'ultimo fa stato, sino a querela di falso, dei "fatti che il pubblico ufficiale attesta [...] da lui compiuti". Vige, pertanto, con terminologia desumibile dalla disciplina sui titoli di credito, il principio di letteralità.

Il verbale di contestazione di che trattasi, rilevava la sosta dell'auto-vettura in area vietata, ma nulla attestava circa l'assenza, al suo interno, di un permesso di parcheggio.

I due fatti sono nettamente distinti, pertanto, dal primo non si può inferire il secondo alla stregua di una presunzione "grave, precisa e concordante", essendo possibile che il verbalizzante non avesse effettuato questo ulteriore controllo o che lo avesse svolto senza la dovuta diligenza.

Nessuna norma permette di ritenere necessariamente implicito, alla constatazione del divieto di sosta, lo svolgimento dell'attività ispettiva suddetta. Con ciò si vuol dire che, dai fatti accertati dall'atto pubblico, si possono inferire altri fatti, ma questa deduzione è disciplinata dalla norma sulle presunzioni semplici (art. 2729 c.c.) e, quindi, non beneficia della valenza probatoria di cui all'art. 2700 c.c.

Al tempo stesso, nella fattispecie in esame, questo tipo di presunzione non può trovare applicazione poiché, dal fatto costituito dalla elevazione della sanzione pecuniaria per divieto di sosta, non può essere dedotto, alla stregua di una inferenza "grave, precisa e concordante", l'ulteriore fatto consistente nello svolgimento dell'attività ispettiva dell'interno dell'abitacolo.

Se l'Amministrazione comunale predispone degli stampati inadeguati, non è possibile che a questa disavvedutezza debba rimediare il Giudice stravolgendo la disciplina legale.

3. Come si è detto, l'opposizione è stata presentata ai sensi degli artt. 203-204 *bis* del Codice della Strada e alla stregua di queste norme l'opponente avrebbe dovuto essere giudicato. In altri termini, il Codice suddetto consente l'opposizione prescindendo dalla querela di falso. Non si tratta di una deroga, poiché, come osservato da Cass., 4 dicembre 2009, n. 25676, "secondo l'orientamento consolidato di questa Corte, per contestare le affermazioni contenute in un verbale proveniente da un pubblico ufficiale su circostanze oggetto di percezione sensoriale, come tali suscettibili di errore di fatto, non è necessario proporre querela di falso, ma è sufficiente fornire prove idonee a vincere la veridicità del verbale, secondo l'apprezzamento rimesso al Giudice di merito (Cass. 20/7/2001, n. 9909; Cass. 12/1/2006, n. 457; Cass. 24/11/2008, n. 27937)".

Della querela di falso, d'altra parte, nel caso di specie, non ricorrevano i presupposti, poiché il ricorrente non aveva contestato: 1. la "provenienza del documento dal pubblico ufficiale che lo ha formato"; 2. i "fatti che il

pubblico ufficiale” aveva dichiarato come “avvenuti in sua presenza o da lui compiuti”; 3. la sosta dell’autoveicolo in zona vietata.

Al ricorrente, pertanto, non poteva essere addossato l’onere di impugnare con tale strumento una dichiarazione del pubblico ufficiale inesistente, quale è quella dell’avvenuta ispezione dell’interno del veicolo volta a rilevare la presenza, o l’assenza, di un permesso di parcheggio.

Aggiungasi che, se pure questa dichiarazione fosse stata presente, essa sarebbe stata contestabile indipendentemente dalla querela di falso, non sotto il profilo dell’avvenuto svolgimento dell’attività ispettiva, bensì, in quanto volta a riferire una “percezione sensoriale”.

4. L’autorizzazione a sostare in area vietata deve essere esposta (art. 12 del d.p.r. n. 503 del 1996). In mancanza, non può che essere elevata la sanzione amministrativa pecuniaria per divieto di sosta, supposto, da parte del pubblico ufficiale, lo svolgimento dell’attività ispettiva dell’interno del autoveicolo al fine di accertarne l’assenza.

Peraltro, poiché il titolare del permesso è avente diritto al parcheggio, egli è sempre ammesso a provare che, nel giorno e nell’ora indicati nel verbale di contestazione, era *in loco* e nel possesso dell’autorizzazione, è, dunque, legittimato a richiedere e, una volta assolto l’onere probatorio, ad ottenere l’annullamento della sanzione pecuniaria.

La mancata esposizione, di per sé, non può importare la caducazione del diritto al parcheggio, non può essere sanzionata come se l’autorizzazione al parcheggio non esistesse. Analogamente, in materia di assicurazione obbligatoria delle autovetture, altro è la mancata esposizione del tagliando assicurativo, altro l’assenza della copertura assicurativa.

La dimenticanza, di cui sia stata data la prova nei termini suddetti, non è disciplinata dalla legge e, pertanto, nessuna sanzione è comminabile per questo titolo (art. 25, 2° comma Cost.).

Conseguentemente, se pure nel verbale fosse stata riferita l’attività ispettiva, da ciò non sarebbe seguita l’inammissibilità del ricorso in opposizione, ai sensi degli artt. 203-204 *bis* del Codice della Strada, volto a provare la presenza dei presupposti legali richiesti per l’esercizio del diritto al parcheggio in area vietata, neppure, per le ragioni già esposte, sarebbe seguita l’obbligatorietà della querela di falso.

5. Applicando la disciplina dell’atto pubblico e ritenendo, sia pure del tutto erroneamente, che, nel caso di specie, la “piena fede”, da cui esso è caratterizzato, si sia estesa sino a ricomprendere l’attività ispettiva quantunque non espressamente menzionata nel verbale, il Giudice ha causato, senza adeguata motivazione, un duplice pregiudizio al ricorrente.

Il primo, consiste nell’averlo privato del beneficio della presunzione di innocenza di cui all’art. 27, 2° comma Cost. Ed infatti, esclusa l’estensione della “fede” del verbale di contestazione allo svolgimento dell’attività ispettiva, rimaneva non provata, da parte dell’Amministrazione, la man-

cata esposizione del tagliando di permesso, talché il ricorrente avrebbe dovuto beneficiare della presunzione di innocenza di cui al predetto art. 27 Cost.

Richiamando la disciplina dell'atto pubblico (art. 2700 c.c.), il Giudice, dunque, ha privato il ricorrente di tale beneficio, di questo "diritto inviolabile" (art. 2 Cost.).

Il secondo pregiudizio, è costituito dall'aver ritenuta giuridicamente irrilevante la prova fornita dal ricorrente ed acquisita agli atti, alla cui stregua egli, accertosi del verbale di contestazione, aveva rintracciato il verbalizzante eccependo la regolarità del parcheggio, vale a dire, l'esposizione del premesso.

6. La sentenza è, poi, lesiva del principio supremo che dovrebbe essere sempre tenuto presente dai Giudici, quello che prescrive l'equità ("In omnibus quidem, maxime in jure, aequitas spectanda est" - D. 50, 17, 90), vale a dire, il "processo giusto" (art. 111, 1° comma Cost.), la ragionevole composizione degli interessi contrapposti, il principio, dunque, che consente di equiparare il "summum jus" (l'applicazione formalistica della legge) alla "summa injuria" (Cicero, *De officiis*, I, 10). Come anche affermato da G.B. Vico è "giureconsulto, non chi ricorda bene a memoria il diritto tetrico, cioè quello sommo e generale delle regole, ma chi con acuto giudizio vede nelle cause le ultime particolari circostanze dei fatti, che meritano l'equità, cioè vede le eccezioni che permettono di sottrarsi alla legge universale" (*L'antichissima sapienza degli italici*, Torino, 1976, 206).

Il ricorso all'equità è tanto più necessario in materia di sanzioni amministrative pecuniarie in quanto potenzialmente lesive del principio di uguaglianza. Quest'ultimo, presiedendo all'applicazione delle sanzioni penali, non può non trovare applicazione anche a quelle di carattere amministrativo a contenuto pecuniario.

Ed infatti la loro incidenza punitiva è una variabile dipendente dall'ammontare del reddito posseduto dalla persona sanzionata, massima nei soggetti a basso reddito, irrilevante nella situazione opposta. Pertanto, quando trova applicazione questo tipo di sanzione si deve dare rilievo a tutte le circostanze favorevoli al ricorrente in modo da adeguarla, per quanto possibile, alla sua statura reddituale.

7. La difesa del ricorrente aveva eccepito l'incostituzionalità dell'art. 204, 1° comma, prima alinea, d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285, nella parte in cui obbliga il Prefetto (nel caso di specie, adito in prima istanza), allorché confermi l'accertamento effettuato dall'organo di Polizia, ad emettere una ingiunzione di pagamento "nel limite non inferiore al doppio del minimo edittale".

Il raddoppio della sanzione è, infatti, immotivato e contrasta insanabilmente con il primo e secondo comma dell'art. 24 Cost.

Al riguardo, il Giudice di Pace ha omesso, illegittimamente, di pronunciarsi.

La comprensibile necessità di frenare i ricorsi arbitrari può essere soddisfatta, non pregiudicando le legittime istanze di giustizia, ma, ad esempio, attribuendo al Giudice la facoltà di sanzionare quei ricorsi manifestamente infondati ed aventi finalità meramente dilatorie.

8. Concludendo, la sentenza si segnala per avere ignorato il consolidato orientamento della Suprema Corte di Cassazione in materia di efficacia probatoria dei verbali redatti da pubblici ufficiali; per avere avallato il comportamento del verbalizzante che, raggiunto dal ricorrente, si è rifiutato di procedere di conseguenza; per avere privato il ricorrente del beneficio della presunzione di innocenza (art. 27, 2° comma Cost.); per avere ritenuta indegna di nota l'eccezione di incostituzionalità legittimamente sollevata in relazione all'art. 24 Cost. La sentenza si segnala, dunque, come un vistoso esempio di *aequitas cerebrina*.

ALBERTO DONATI

DIRITTO PENALE

TRIBUNALE DI PERUGIA - 28 novembre 2012 - Pres. CENCI - Est. D'ANDRIA - A.D. ed altri.

Competenza – Competenza nei procedimenti riguardanti magistrati – Connessione teleologica – Esclusione – Ragioni (c.p.p., artt. 11; 12; 21; 23).

Posto che il Giudice, nel valutare la competenza, deve attenersi alla prospettazione accusatoria e all'astratta configurabilità delle fattispecie, non può ravvisarsi la connessione teleologica, idonea a radicare la competenza del Tribunale funzionalmente competente ex art. 11 c.p.p. anche per tutti gli altri reati contestati agli altri imputati, qualora non possa rinvenirsi alcun legame di strumentalità del delitto associativo rispetto a quello di rivelazione di segreti d'ufficio commesso dal magistrato (1).

(*Omissis*). All'udienza del 28 novembre 2012, dato atto della regolarità della costituzione di tutte le parti, il Tribunale ammetteva la costituzione di parte civile del Comune della M. e respingeva la richiesta di esclusione delle parti civili M.D.T. e I. e del M.D.F.; invitava, quindi, i difensori degli imputati ad illustrare le questioni ed eccezioni contenute nelle memorie già depositate concernenti la dedotta incompetenza del Tribunale di Perugia, nonché la nullità del decreto di rinvio a giudizio per genericità ed indeterminatezza del capo di imputazione. Dopo aver instaurato il contraddittorio su entrambe le questioni, il Tribunale si ritirava in camera di consiglio e pronunciava la seguente sentenza mediante lettura del dispositivo. (*Omissis*).

Ritiene il Tribunale che la questione di competenza sollevata dalle difese degli imputati sia fondata e che, dunque, per tutti i reati per cui si procede, ad eccezione di quello di cui al capo a), deve essere pronunciata sentenza di incompetenza con conseguente trasmissione degli atti alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma.

Deve premettersi che l'eccezione di incompetenza sollevata dinanzi al presente Tribunale nella fase degli atti introduttivi del dibattimento è

la riproposizione di quella già formulata in sede di udienza preliminare e rigettata dal G.U.P. con ordinanza dell'11 luglio 2011 (*Omissis*).

Già in quella sede, dunque, le difese degli imputati ebbero modo di illustrare le questioni che poi hanno ribadito dinanzi al Tribunale riportandosi altresì a memorie e documentazione depositata prima dell'udienza dibattimentale.

Deve aggiungersi, inoltre, che il tema della competenza del Tribunale di Perugia era già stato sollevato dalle difese degli imputati nella fase delle indagini preliminari e in particolare nell'ambito dei procedimenti generati dall'impugnazione della misura cautelare applicata dal G.I.P. presso il Tribunale di Perugia nei confronti di alcuni degli imputati.

Proprio in quell'ambito e in ordine allo specifico tema della competenza del Tribunale di Perugia aveva modo di pronunciarsi anche la Corte di Cassazione che sulla base degli atti e delle contestazioni provvisorie formulate a carico degli imputati sul punto rigettava il ricorso affermando la competenza del Tribunale di Perugia (sentenza nr. 1367/2010 del 15 ottobre 2010, ric. D. G.).

Come si vedrà più avanti, va evidenziato, già adesso, che la Suprema Corte si pronunciava su un'ipotesi accusatoria sensibilmente diversa da quella che si è venuta delineando successivamente e per la quale è stato chiesto il rinvio a giudizio: e, infatti, nella fase delle indagini e con la misura cautelare si prospettavano a carico del magistrato A.T. oltre al reato di rivelazione di segreto di ufficio, anche il reato di corruzione nonché quello di favoreggiamento.

Così sinteticamente ricostruite le vicende processuali e venendo, dunque, al merito della questione proposta si osserva che per il reato di rivelazione di segreto d'ufficio di cui al capo a) non è contestabile e non è contestata la competenza del Tribunale di Perugia ai sensi dell'art. 11 c.p.p. in quanto il reato risulta commesso, in concorso con altri, anche da A.T., all'epoca dei fatti magistrato in servizio presso il Tribunale di Roma.

Secondo la prospettazione difensiva, tuttavia, tale competenza funzionale del Tribunale di Perugia per il reato di cui al capo a) non è sufficiente ad attrarre la competenza anche per tutti gli altri reati contestati agli altri imputati in quanto tali fattispecie risultano commesse indubitabilmente a Roma e non sono connesse ai sensi dell'art. 12 c.p.p. con quella contestata al T.

(*Omissis*). Si osserva che nell'ordinanza emessa dal G.U.P. presso il Tribunale di Perugia in data 11 luglio 2011 la suddetta impostazione non viene condivisa in quanto si ravvisa l'esistenza di un collegamento teleologico tra il reato associativo contestato al capo g) dell'imputazione e il reato di rivelazione di segreti di ufficio contestato al capo a) nel senso che il reato associativo sarebbe stato commesso al fine di eseguire

il reato di rivelazione di segreti di ufficio contestato al magistrato. La sussistenza del collegamento teleologico varrebbe, dunque, ai sensi dell'art. 12 lett. c) c.p.p. a radicare la competenza del Tribunale di Perugia non solo per il reato di cui al capo a) *ex art.* 11 c.p.p. ma anche per tutti gli altri reati contestati.

Il Tribunale non ritiene di poter aderire a tale impostazione in quanto si fonda su una non persuasiva ricostruzione dei rapporti tra i diversi fatti di reato come prospettati dalla Pubblica Accusa.

Va, innanzitutto, sottolineato che sebbene il P.M. nel capo d'imputazione prospetti nel capo g) l'esistenza di un'associazione a delinquere commessa (tra gli altri) anche al fine di commettere reati di rivelazione di segreti d'ufficio, è evidente dalla struttura del fatto associativo così come contestato che gli ipotetici reati di rivelazione di segreti di ufficio per i quali gli imputati si erano associati erano quelli che rientravano nello scopo primario dell'associazione e cioè, testualmente, la "gestione pilotata e contraria alle regole di imparzialità ed efficienza della Pubblica Amministrazione delle aggiudicazioni e della attuazione degli Appalti inerenti i Grandi eventi, gestiti dal Dipartimento per lo sviluppo e la competitività del turismo della Presidenza del Consiglio dei Ministri".

Non si riscontra, invece, alcuna possibile affinità tra tale scopo sociale illecito e il reato contestato al Toro in concorso con altri, dal momento che tale reato riguarda non la rivelazione di notizie concernenti le procedure di appalto quanto la rivelazione di notizie segrete concernenti i procedimenti penali aperti contro taluni imputati. Deve, allora, constatarsi come il reato di rivelazione di segreto d'ufficio di cui al capo a) non può in nessun modo farsi rientrare negli obiettivi che ragionevolmente potevano essere programmati dagli associati in quanto si tratta di condotte del tutto eccentriche rispetto al programma criminoso prefissato, collocate a distanza di circa un decennio dalla data di costituzione dell'associazione e in una fase di crisi verosimilmente non prevista, determinata dalle indagini condotte nei confronti di taluni degli associate avviate dalla Procura di Roma e dalla Procura di Firenze.

Ciò chiarito, risulta evidente altresì che non può neanche ipotizzarsi, tanto più che non ve n'è traccia nella contestazione formulata dal P.M., che l'associazione costituita sia valsa oggettivamente e fuori da ogni originario programma criminoso ad agevolare l'ottenimento di tali notizie segrete e che, dunque, vi sia una relazione di mezzo a fine tra i due reati. E, infatti, non si vede come la associazione in questione potesse favorire in alcun modo l'esecuzione del reato dal momento che le condotte ascritte agli imputati presuppongono unicamente la strumentalizzazione a fini illeciti dei rapporti di alcuni soggetti, solo alcuni dei quali partecipi dell'associazione, con il magistrato estraneo al vincolo associativo. Posto, dunque, che il Giudice nel valutare la competenza

deve attenersi alla prospettazione accusatoria e all'astratta configurabilità delle fattispecie (Cass. Pen. Sez. I, n. 11047/2010), risulta chiaro già dalla prospettazione accusatoria che il reato contestato al T. in concorso con altri non solo non appartiene affatto al genere di quelli individuati come scopo del reato associativo, ma non è stato in alcun modo agevolato dalla costituita associazione. Ne discende che non può rinvenirsi alcun legame di strumentalità dell'associazione a delinquere rispetto al reato di rivelazione di segreti d'ufficio contestato al capo a).

Deve ora essere affrontato l'altro argomento a sostegno della competenza del Tribunale di Perugia e che sembrerebbe autorevolmente avallato dalla sentenza della Corte di Cassazione sopra richiamata.

Come anticipato la Corte di Cassazione ha affrontato la questione nell'ambito del procedimento incidentale originato so dalle impugnazioni avverso l'ordinanza cautelare emessa nei confronti di taluni imputati. In particolare, nel rigettare il ricorso dell'imputato D.G., la Corte di Cassazione ha affermato la competenza del Tribunale di Perugia ritenendo che tra le condotte di reato per cui si procedeva a carico del T. e quelle corruttive per cui si procedeva a carico degli altri imputati fosse riscontrabile una connessione teleologica nel senso opposto rispetto a quella prospettata dal G.U.P. nell'ordinanza sopra esaminata e cioè nel senso che la rivelazione di segreti d'ufficio compiuta dal magistrato e posta in essere comunicando l'esistenza di procedimenti giudiziari aperti presso la Procura di Firenze e Roma a carico di taluni degli odierni imputati sarebbe oggettivamente qualificata da intenti di occultamento e, dunque, rientrerebbe nell'ambito dei reati commessi per occultare altri ai sensi dell'art. 12 lett. c) c.p.p.

In proposito, deve, innanzitutto, rilevarsi come la pronuncia della Corte di Cassazione si colloca in una fase procedimentale in cui il T. risultava iscritto nel registro degli indagati non solo per il reato di rivelazione di segreti di ufficio (definito successivamente con sentenza di applicazione della pena *ex art. 444 c.p.p.*), ma anche per il reato di corruzione e di favoreggiamento, reati per i quali successivamente risulta emesso decreto di archiviazione. Già solo questo dato conduce a ritenere – come peraltro ritenuto anche dal G.U.P. con l'ordinanza dell'11 luglio 2011 – che la suddetta sentenza non ha valore definitivo in questo procedimento ai sensi dell'art. 25 c.p.p. in quanto, al di là della discussa valenza della pronuncia sulla competenza emessa dalla Suprema Corte di Cassazione nell'ambito della procedura *de libertate*, in ogni caso, al momento della pronuncia della Corte di Cassazione nr. 1367/2010 del 15 ottobre 2010, ric. D.G., da un lato, si ascrivevano al T. condotte diverse da quelle per cui si è proceduto con l'esercizio dell'azione penale e, dall'altro, inoltre, si prospettava una qualificazione giuridica diversa da quella ipotizzata con l'esercizio dell'azione penale. D'altra

parte, ad escludere l'effetto vincolante nel corso del procedimento, è la stessa sentenza della Corte di Cassazione in esame che chiarisce che la decisione "viene adottata allo stato delle emergenze riferite nelle ordinanze – tenuto conto della genericità delle informazioni già commentata dal Tribunale del Riesame – e con riferimento alla sola emissione della misura cautelare perentoria". Per completezza, comunque, si osserva che tale effetto vincolante potrebbe al più valere nei confronti del ricorrente non certo nei confronti di coloro che non hanno partecipato (né potevano farlo) al giudizio cautelare.

Ciò posto si osserva che allo stato attuale e cioè dopo la definitiva formulazione delle ipotesi di reato con l'esercizio dell'azione penale, anche l'ipotesi di una oggettiva finalizzazione della condotta del T. all'occultamento dei reati di corruzione contestati agli altri imputati risulta priva di sostegno e non potrebbe che essere frutto di un ragionamento meramente ipotetico privo di qualsiasi aggancio logico e fattuale nei fatti come descritti in imputazione.

Il P.M., infatti, ha contestato al T. la diffusione di notizie segrete relative ai procedimenti in corso a Firenze e a Roma contro taluni degli imputati, ma non ha contestato condotte volte a rendere più difficile la scoperta dei reati, né risulta dalla formulazione dell'imputazione che tali condotte siano state poste in essere da altri sulla scorta delle notizie così diffuse.

Risulta allora necessitata la conclusione che la relazione che lega le condotte di reato ascritte al T. a quelle corruttive ascritte agli altri imputati e per le quali erano in corso indagini a Roma e a Firenze esula dall'ambito dell'art. 12 lett. c) c.p.p. e rientra piuttosto nell'ambito dell'art. 371, co. 2, lett. b), c.p.p. che riguarda, tra l'altro, i reati commessi per assicurare ad altri l'impunità di altri reati: la comunicazione delle notizie concernenti le indagini in corso infatti pur non avendo un'oggettiva idoneità ad occultare i reati commessi e per i quali si indaga, ha un'evidente finalità di agevolare gli indagati nell'eludere e ostacolare le indagini in corso a loro carico e a sottrarsi, dunque, alle conseguenze penali dei reati. Ne consegue, dunque, che anche sotto questo profilo non si può ritenere sussistente alcuna connessione ai sensi dell'art. 12 lett. c) tra il reato ascritto al capo a) al magistrato e quelli successivi per cui si procede nei confronti degli altri imputati.

Per completezza, poi, va osservato che non ricorre neanche l'ipotesi di cui all'art. 12 lett. b) c.p.p. in quanto la medesimezza del disegno criminoso che giustifica la trattazione unitaria dei reati presso il Tribunale funzionalmente competente deve riguardare lo stesso imputato mentre nel caso di specie, invece, al T.A., come detto, non risultano contestati reati diversi da quello di cui al capo a); né può valere l'identità di taluni imputati, a cui sono contestati oltre che il reato di cui al capo a) in con-

corso con il T. anche i reati di cui ai successivi capi di imputazione, in quanto, secondo giurisprudenza pacifica – che si fonda sul dato letterale della norma nonché sulla necessità di stretta interpretazione delle norme derogatorie del giudice naturale – “la continuazione idonea a determinare lo spostamento della competenza per connessione ai sensi dell’art. 12 lett. b) cod. proc. pen. solo se l’episodio in continuazione riguarda lo stesso o, se sono più d’uno, gli stessi imputati” (Cass. Pen., Sez. I, n. 24583/09), “giacché l’interesse di un imputato alla trattazione unitaria dei fatti in continuazione non può pregiudicare quello del coimputato in uno di quei fatti a non essere sottratto al giudice naturale secondo le regole ordinarie della competenza, sicché, in tal caso, il vincolo della continuazione produce i suoi effetti solo sul piano sostanziale, ai fini della determinazione della pena” (Cass. Pen., Sez. IV, n. 11963/2004).

In conclusione, in accoglimento dell’eccezione proposta, gli imputati – fatto salvo il reato di cui al capo a) per il quale sussiste la competenza funzionale del Tribunale di Perugia – devono essere giudicati presso il Tribunale di Roma nel cui circondario si sono consumati i reati a loro contestati. (*Omissis*).

(1) Sull’ambito applicativo dell’art. 11, comma 3, c.p.p.: quando l’insussistenza della connessione teleologica importa l’incompetenza territoriale del giudice designato ex art. 11 c.p.p.

SOMMARIO: 1. *La vicenda sub iudice* - 2. *Il sistema normativo delineato dagli artt. 11 e 12 c.p.p.* - 3. *Sui rapporti tra connessione teleologica e competenza ex art. 11 c.p.p.*

1. Non può ravvisarsi alcun legame di strumentalità tra il reato associativo (contestato agli altri imputati) e quello di rivelazione di segreti d’ufficio (contestato al magistrato in servizio presso il Tribunale di Roma) idoneo a radicare la competenza del Tribunale di Perugia ex art. 11, comma 3, c.p.p.: così il Tribunale di Perugia accoglie la questione di competenza sollevata dalle difese degli imputati, pronunciando sentenza di incompetenza con contestuale trasmissione degli atti alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma.

Questi, in breve, i passaggi più significativi del ragionamento seguito dal Collegio perugino nella pronuncia in commento.

In ordine al reato di cui all’art. 326 c.p., è indiscussa la competenza del Tribunale di Perugia ex art. 11 c.p.p., risultando detto reato commesso, in concorso con altri, da soggetto, all’epoca dei fatti, magistrato in servizio presso il Tribunale di Roma.

La competenza funzionale del Tribunale di Perugia così individuata non è, tuttavia, idonea ad attrarre la competenza anche per tutte le altre

fattispecie delittuose contestate agli altri imputati, considerato che le stesse risultano commesse in Roma e non risultano connesse, ai sensi dell'art. 12 c.p.p., con quella addebitata al primo.

Ed invero, nel caso di specie, non può ravvisarsi non solo alcuna connessione teleologica, ma neanche alcuna delle altre due situazioni disciplinate dall'art. 12 c.p.p. ed idonee, ex art. 11, comma 3, c.p.p., a fondare, anche per tutti i procedimenti connessi a quello che vede coinvolto il magistrato, la competenza del Giudice competente per quest'ultimo.

Nel rimandare al prosieguo l'esame degli specifici profili presi in considerazione dal Tribunale e, tra questi, in particolare, quello concernente i rapporti tra connessione teleologica ex art. 12 lett. c) e competenza per i procedimenti riguardanti i magistrati ex art. 11 c.p.p., pare opportuno ricostruire, nei suoi tratti essenziali, la fisionomia codicistica delle norme interessate.

2. Volta ad «attuare una distribuzione, in senso orizzontale e verticale, delle regidicande penali»⁽¹⁾, in ossequio al precetto del giudice naturale precostituito per legge di cui all'art. 25, comma 1, Cost.⁽²⁾, la disciplina dedicata alla competenza è modulata – come noto – attraverso tre fondamentali criteri distributivi: materia, territorio, connessione⁽³⁾.

Su quest'ultimo conviene soffermarsi, sia pur brevemente, per la rilevanza allo stesso assegnata dalla pronuncia in commento.

Oggetto di un ampio e lungo dibattito dottrinario⁽⁴⁾ e finanche di ripetute verifiche di costituzionalità volte ad indagarne la compatibilità con il

⁽¹⁾ Così DELLA CASA, *Soggetti*, in CONSO-GREVI-BARGIS (a cura di), *Compendio di procedura penale*, VI ed., Padova, 2012, 14.

⁽²⁾ Sulla genesi storica del quale, v. ALFIERI, *Giudice naturale*, in *Dig. disc. pen.*, V, Torino, 1991, 443 e, più di recente, BELLOCCHI, *I requisiti di naturalità e precostituzione del giudice*, in DEAN (a cura di), *Fisionomia costituzionale del processo penale*, Torino, 2007, 73-77. Più in generale, su detto principio costituzionale, CORDERO, *Connessione e giudice naturale*, in *Connessione di procedimenti e conflitti di competenza*. Atti del X Convegno di studi «Enrico de Nicola», Milano, 1976, 53-56 e ROMBOLI, *Giudice naturale*, in *Enc. dir.*, Agg. II, Milano, 1998, 365.

⁽³⁾ Sul tema, cfr., tra i molti, ASTARITA-GAITO, *Competenza e incompetenza del giudice penale*, in *Dig. disc. pen.*, III Agg., Torino, 2005, 176; BACCARI, *La cognizione e la competenza del giudice*, Milano, 2011, 107 e ss.; BONETTO, *Giurisdizione, competenza, conflitti*, in CHIAVARIO (coordinato da), *Protagonisti e comprimari del processo penale*, in CHIAVARIO-MARZADURI (diretta da), *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, Torino, 1995, 9 e ss.; DALIA-DELLA MONICA, *Competenza: III) Diritto processuale penale*, in *Enc. giur.*, VII, Roma, 1999, 1; NAPPI, *Competenza penale*, in *Dig. disc. pen.*, II, Torino, 1988, 348 ss.; RICCIARELLI, *Il giudice: dalla competenza al riparto di attribuzioni*, in SPANGHER (diretto da), *Trattato di procedura penale*, t. I, vol. I (*I soggetti* a cura di DEAN), Torino, 2009, 35; RIVIEZZO, *Competenza penale*, in *Dig. disc. pen.*, I Agg., Torino, 2000, 61.

⁽⁴⁾ Per una approfondita ricostruzione del quale, si rinvia a MACCHIA, *Art. 12 c.p.p.*, in AMODIO-DOMINIONI (diretto da), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, I, Milano, 1989, 74-78.

summenzionato principio costituzionale⁽⁵⁾, la competenza per connessione assurge, nel nuovo codice di rito, a «criterio originario di determinazione della competenza»⁽⁶⁾.

In linea con le indicazioni della legge delega⁽⁷⁾ ed animato dall'intento di escludere qualsivoglia discrezionalità nella individuazione del giudice competente, nonché da quello di fronteggiare, da un punto di vista processuale, i problemi posti dal cd. gigantismo processuale⁽⁸⁾, il legislatore riduce sensibilmente, rispetto al previgente art. 45 c.p.p. 1930⁽⁹⁾, le ipotesi di connessione, circoscrivendole a quelle in cui il reato sia stato commesso da più persone in concorso o cooperazione fra loro, nonché a quelle in cui più persone con condotte indipendenti abbiano determinato l'evento [art. 12 lett. a) c.p.p.]; a quelle in cui una persona sia imputata di più reati commessi con una sola azione od omissione ovvero con più azioni od omissioni esecutive di un medesimo disegno criminoso [art. 12 lett. b) c.p.p.] ed, infine, a quelle in cui si proceda per taluni reati dei quali gli uni siano stati commessi per eseguire o per occultarne altri [art. 12 lett. c) c.p.p.]⁽¹⁰⁾.

⁽⁵⁾ Il Giudice delle leggi ha, tuttavia, sempre respinto le censure di incostituzionalità sollevate in riferimento alla disciplina della connessione, rilevando che «un margine di relativa discrezionalità nell'accertare la sussistenza delle condizioni volute dalla legge è inseparabilmente connesso all'esercizio del potere-dovere di interpretazione proprio del giudice, ma si tratta di una discrezionalità regolata, razionalmente indispensabile e del tutto legittima» (in questi termini, Corte cost., 20 giugno 1972, n. 117, in *Giur. cost.*, 1972, 1271). Per una rassegna delle numerose decisioni della Consulta intervenute *in subiecta materia* sotto il codice previgente, MACCHIA, *Art. 12 c.p.p.*, cit., 78-79.

⁽⁶⁾ Così ZAGREBELSKY, *Art. 12 c.p.p.*, in CHIAVARIO (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. I, Torino, 1989, 116. Cfr., in proposito, la stessa *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, in *Supplemento ordinario n. 2 alla G.U. del 24 ottobre 1988, Serie generale n. 250*, 13.

⁽⁷⁾ Nella direttiva n. 14 dell'art. 2 della legge 16 febbraio 1987, n. 81, si imponeva, difatti, tra l'altro, che fosse disciplinato l'«istituto della connessione con espressa previsione dei relativi casi» e che fosse esclusa «ogni discrezionalità nella determinazione del giudice competente».

⁽⁸⁾ Al riguardo, SPANGHER, *Soggetti*, in CONSO-GREVI (a cura di), *Profili del nuovo codice di procedura penale*, Padova, 1996, 12; ZAGREBELSKY, *Art. 4 c.p.p.*, in CHIAVARIO (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., 92; *Id.*, *Art. 12 c.p.p.*, cit., 119; nonché, già sotto il vecchio codice di rito, *Id.*, *Connessione e giudice naturale*, cit., 64 e 70.

⁽⁹⁾ Per un raffronto, v. ZAGREBELSKY, *Art. 12 c.p.p.*, cit., 117-119.

⁽¹⁰⁾ Qualificate, rispettivamente, come ipotesi di connessione oggettiva, soggettiva e teleologica: in proposito, cfr., tra i tanti, BACCARI, *La cognizione e la competenza del giudice*, cit., 280-289 e DANIELE, *Art. 12 c.p.p.*, in GIARDA-SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Milano, 2010, 292-294. Giova ricordare come la parte finale della norma - «o in occasione di questi ovvero per conseguirne o assicurarne al colpevole o ad altri il profitto, il prezzo, il prodotto o l'impunità» - sia stata abrogata dall'art. 1 della legge 1° marzo 2001, n. 63, con contestuale trasferimento delle ipotesi di connessione cd. occasionale o consequenziale tra più reati tra le situazioni legittimanti il coordinamento tra i diversi uffici di procura precedenti *ex*

Derogatoria rispetto alle usuali regole disciplinanti la competenza per territorio è l'ipotesi peculiare regolamentata dall'art. 11 c.p.p. per i procedimenti riguardanti i magistrati⁽¹¹⁾.

Finalizzato a presidiare valori fondamentali, quali quelli della serenità e obiettività dei giudizi, dell'imparzialità e terzietà del giudice, del diritto di difesa e dell'uguaglianza dei cittadini⁽¹²⁾, il disposto in parola stabilisce che nei procedimenti nei quali «un magistrato assum[a] la qualità di persona sottoposta ad indagini, di imputato ovvero di persona offesa o danneggiata dal reato», che secondo le regole generali «sarebbero attribuiti alla competenza di un ufficio giudiziario compreso nel distretto di corte d'appello in cui il magistrato esercita le proprie funzioni o le esercitava al momento del fatto», la competenza è devoluta al giudice, di pari competenza per materia, ma con sede nel capoluogo del distretto di corte di appello determinato *ex lege*, secondo i criteri di cui all'art. 1 disp. att. c.p.p.⁽¹³⁾.

art. 371, comma 2 lett. b), c.p.p. Per una compiuta analisi della riforma così attuata, si rinvia a BACCARI, *Le modifiche in tema di connessione, riunione e collegamento investigativo; la disciplina a regime e quella transitoria (artt. 12, 17, 371 c.p.p.)*, in TONINI (a cura di), *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova (legge 1° marzo 2001, n. 63)*, Padova, 2001, 174 e ss.

La lett. b) dell'art. 12 c.p.p. è stata sostituita per effetto della modifica introdotta dall'art. 1, comma 1, del decreto legge 20 novembre 1991, n. 367, convertito, con modificazioni, con la legge 20 gennaio 1992, n. 8, per il coordinamento delle indagini nei procedimenti per i reati di criminalità organizzata, così introducendo anche l'ipotesi del reato continuato. Al riguardo, MANZIONE, sub *art. 1*, in *Commento al d.l. 20/11/1991 n. 367 conv. con modif. dalla l. 20/1/1992 n. 8*, in *Leg. pen.*, 1992, 710.

⁽¹¹⁾ In ordine ai presupposti soggettivi ed oggettivi di applicazione della norma, cfr., per tutti, DANIELE, *Art. 11 c.p.p.*, in GIARDA-SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, cit., 282-286.

⁽¹²⁾ Sottolinea, così, la *ratio* sottesa alla previsione normativa *de qua*, DANIELE, *Art. 11 c.p.p.*, cit., 281-282. Per i tratti di discontinuità rispetto alla disciplina previgente contenuta nell'art. 60 c.p.p. 1930, BACCARI, *La cognizione e la competenza del giudice*, cit., 230-231.

⁽¹³⁾ La competenza tabellare così delineata in base al criterio della circolarità delle diverse sedi scongiura «il rischio di un incrocio di competenze reciproche, più volte verificatosi alla luce del criterio accolto nella versione originaria dell'art. 11 [c.p.p.]» (così SPANGHER, *Soggetti*, cit., 16). Nella sua formulazione originaria, precedente la riforma operata dalla legge 2 dicembre 1998, n. 420, la disposizione in commento prevedeva che i medesimi procedimenti fossero attribuiti al « giudice, ugualmente competente per materia, [avente] sede nel capoluogo del distretto di corte di appello più vicino [...] ». Per un commento di siffatta novità normativa, BALDUCCI, *Modificata la disciplina sulla competenza per i procedimenti riguardanti i magistrati*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 19; ICHINO, *Procedimenti riguardanti magistrati, procedimenti connessi ed il nuovo art. 11 c.p.p.*, in *Giur. it.*, 2000, 664.

Per completezza, vale la pena di ricordare come, nella sua primigenia versione normativa, l'art. 11 c.p.p., al suo terzo comma, prevedesse che «salve le norme sull'astensione e sulla ricsuzione del giudice, le disposizioni dei commi 1 e 2 non si applicano quando il reato dal quale il magistrato è offeso o danneggiato è

Analogamente, anche «i procedimenti connessi a quelli in cui un magistrato assume la qualità di persona sottoposta ad indagini, di imputato ovvero di persona offesa o danneggiata dal reato sono di competenza del medesimo giudice [così] individuato» (art. 11, comma 3, c.p.p.)⁽¹⁴⁾.

Com'è evidente, il minuzioso sistema di riparto della competenza così congegnato risponde all'esigenza di comprimere quanto più possibile il margine operativo dell'interprete nella individuazione del giudice competente e ciò in ossequioso rispetto del precetto, di rango costituzionale, del giudice naturale precostituito per legge.

3. Ciò posto in termini generali, la declaratoria di incompetenza territoriale⁽¹⁵⁾ nella vicenda che ci occupa è stata l'occasione per ricostruire i rapporti intercorrenti tra connessione funzionale ex art. 11, comma 3,

commesso in udienza»; disposto, poi, dichiarato costituzionalmente illegittimo da Corte cost., 31 ottobre 1991, n. 390, assegnando prevalenza «[alla] garanzia della serenità e obiettività dei giudizi, [alla] imparzialità e terzietà del giudice, [nonché alla] salvaguardia del diritto di difesa e [al] principio di uguaglianza dei cittadini, che, a differenza di ogni altro principio, hanno fondamento nella Costituzione (artt. 101, 107, 24 e 3 della Costituzione) [...], «anche se il loro pregiudizio potrebbe considerarsi attenuato dalla previsione dell'astensione o della ricasazione del giudice del procedimento ed anche se si tratta di un magistrato, offeso o danneggiato nell'esercizio della funzione pubblica assegnatagli dall'ordinamento». A commento della pronuncia *de qua*, RAFARACI, *L'incostituzionalità dell'art. 11, comma 3 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 1992, 1160; TRIGGIANI, *In margine alla sentenza della Corte Cost. n. 390 del 1991 sulla competenza per i procedimenti penali riguardanti magistrati*, in *Giur. cost.*, 1992, 3131.

⁽¹⁴⁾ In argomento, *amplius*, SANTALUCIA, *La connessione tra procedimenti riguardanti i magistrati*, in *Giur. it.*, 2001, 1239. «Le ragioni di tale *vis attractiva* vanno ricercate nella necessità di circoscrivere gli effetti pregiudizievoli che si verificherebbero, sul piano della acquisizione probatoria e della completezza dell'accertamento, se il procedimento riguardante il magistrato si svolgesse separatamente dai procedimenti connessi»: così BACCARI, *La cognizione e la competenza del giudice*, cit., 241.

Per quanto concerne la qualificazione giuridica da assegnare alla competenza determinata ai sensi dell'art. 11, comma 3, c.p.p., quale ipotesi di "speciale competenza territoriale" o di "competenza funzionale", e l'analisi del relativo regime di rilevabilità dell'eventuale difetto di competenza, conseguente all'una piuttosto che all'altra tipizzazione, si rinvia a RICCIARELLI, *Il giudice: dalla competenza al riparto di attribuzioni*, cit., 77, note 101-103.

A proposito della nozione di "competenza funzionale", non destinataria di una esplicita disciplina codicistica, «proprio perché connaturata alla costruzione normativa delle attribuzione del giudice e allo sviluppo del procedimento», v. MAZZA, *I protagonisti del processo*, in DOMINIONI-CORSO-GAITO-SPANGHER-DEAN-GARUTI-MAZZA, *Procedura penale*, II ed., Torino, 2012, 77.

⁽¹⁵⁾ Sulle problematiche a questa connesse, si rinvia agli ampi studi di GAITO, *Competenza e incompetenza e relative declaratorie. I conflitti*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 374 e, da ultimo, di CARINI, *Le verifiche sulla competenza: presupposti e modalità di soluzione*, in M. MONTAGNA (coordinato da), *La giustizia penale differenziata. Gli accertamenti complementari*, Torino, 2011, 265.

c.p.p. e le varie fattispecie normative tratteggiate dall'art. 12 c.p.p. ed, in particolare, quella cd. teleologica di cui alla lettera c).

Come si è già detto, dato di partenza è costituito dalla «non ... contestabile e non ... contestata» competenza del Tribunale di Perugia, *ex art. 11 c.p.p.*, in ordine al reato di rivelazione di segreto d'ufficio (di cui al capo a) dell'imputazione) in quanto lo stesso risulta commesso, in concorso con altri, anche da soggetto, all'epoca dei fatti, magistrato in servizio presso il Tribunale capitolino.

Senonché la competenza funzionale così determinata non è, *ex se*, «sufficiente ad attrarre la competenza anche per tutti gli altri reati contestati agli altri imputati in quanto tali fattispecie risultano commesse indubitalmente a Roma e non sono connesse ai sensi dell'art. 12 c.p.p. con quella contestata al [magistrato]»⁽¹⁶⁾.

«Non persuasiva» pare, in tal senso, la ricostruzione dei rapporti tra le diverse fattispecie delittuose prospettata dal Giudice nell'ordinanza con quale, in sede di udienza preliminare, lo stesso aveva provveduto a rigettare la medesima eccezione di incompetenza riproposta in sede di trattazione delle questioni preliminare ed oggetto di esame da parte del Tribunale giudicante.

Ed invero, in quella sede, il G.U.P. era giunto a ritenere sussistente un vero e proprio collegamento teleologico, *ex art. 12 lett. c) c.p.p.*, tra il reato associativo di cui al capo g) dell'imputazione e quello di rivelazione di segreti di ufficio di cui al capo a), in quanto il primo sarebbe stato commesso al fine di eseguire il secondo. Collegamento, quello indicato, idoneo, pertanto, a radicare la competenza del Tribunale di Perugia, *ex art. 11 c.p.p.*, non solo per il reato di cui al capo a) ma anche per tutti gli altri reati contestati.

Il sillogismo così come strutturato è seccamente smentito dal Collegio.

Deve, in primo luogo, aversi riguardo alla «struttura del fatto associativo così come contestato [nel capo d'imputazione]»: ebbene, non può sfuggire come «gli ipotetici reati di rivelazione di segreti di ufficio per i quali gli imputati si erano associati erano quelli che rientravano nello scopo primario dell'associazione e cioè, testualmente, la “gestione pilotata e contraria alle regole di imparzialità ed efficienza della Pubblica Amministrazione delle aggiudicazioni e della attuazione degli Appalti inerenti i Grandi eventi, gestiti dal Dipartimento per lo sviluppo e la competitività del turismo della Presidenza del Consiglio dei Ministri”»⁽¹⁷⁾.

Così circoscritto lo scopo sociale illecito, non è possibile riscontrare - ad avviso del Tribunale - «alcuna possibile affinità» tra il medesimo ed il reato di indebita rivelazione contestato al magistrato, dal momento che quest'ultimo ha ad oggetto «non la rivelazione di notizie concernenti le procedure di appalto quanto la rivelazione di notizie segrete concernenti i procedimenti

⁽¹⁶⁾ Così si legge a pag. 2 della sentenza annotata.

⁽¹⁷⁾ In questi termini, la sentenza in commento a pag. 3.

penali aperti contro taluni imputati» e, dunque, tale fattispecie criminosa risulta estranea agli obiettivi che ragionevolmente potevano essere programmati dagli associati, trattandosi di «condotte del tutto eccentriche rispetto al programma criminoso prefissato, collocate a distanza di circa un decennio dalla data di costituzione dell'associazione e in una fase di crisi verosimilmente non prevista, determinata dalle indagini condotte nei confronti di taluni degli associate».

Né pare ipotizzabile - né, oltretutto, è ipotizzato dal P.M. nella formulazione del capo di imputazione - che la predetta associazione abbia contribuito ad agevolare l'acquisizione di informazioni circa l'avvio e l'evolversi delle indagini in corso e che, dunque, possa ravvisarsi quantomeno «una relazione di mezzo a fine tra i due reati», considerato che «le condotte ascritte agli imputati presuppongono unicamente la strumentalizzazione a fini illeciti dei rapporti di alcuni soggetti, solo alcuni dei quali partecipi dell'associazione, con il magistrato estraneo al vincolo associativo»⁽¹⁸⁾.

Nel richiamare un principio ormai pacifico nella giurisprudenza di legittimità⁽¹⁹⁾ - quello secondo cui il Giudice, nel valutare la competenza, deve attenersi alla prospettazione accusatoria e all'astratta configurabilità delle fattispecie - alla luce delle argomentazioni sopra sviluppate, al Tribunale non resta che escludere la sussistenza di qualsivoglia «legame di strumentalità dell'associazione a delinquere rispetto al reato di rivelazione di segreti d'ufficio contestato al capo a)» e, per esso, la connessione teleologica idonea a fondare la competenza *ex art. 11, comma 3, c.p.p.*

Per completezza argomentativa, il Tribunale passa in rassegna, per confutarli, anche due ulteriori argomenti astrattamente adducibili a sostegno della competenza del Tribunale di Perugia.

L'uno sembrerebbe quello avallato dalla pronuncia, con la quale la Suprema Corte, adita, in fase di indagini preliminari, nell'ambito del procedimento cautelare originato dall'impugnazione avverso la misura carceraria applicata dal G.I.P. presso il Tribunale di Perugia nei confronti di taluni degli imputati, nel rigettare il ricorso, aveva sostenuto la competenza del Tribunale del capoluogo umbro, ritenendo che la rivelazione di segreti d'ufficio posta in essere dal magistrato comunicando l'esistenza di procedimenti penali pendenti nei confronti di taluni imputati fosse oggettivamente caratterizzata da «intenti di occultamento»⁽²⁰⁾.

In tal senso, i giudici di legittimità avevano ritenuto che tra le condotte delittuose imputate al magistrato e quelle corruttive ascritte a carico degli

⁽¹⁸⁾ Cfr., in proposito, le argomentazioni sviluppate a pag. 4 della pronuncia in commento.

⁽¹⁹⁾ In tal senso, la richiamata Cass., sez. I, 24 febbraio 2010, in *Mass. Uff.*, 246782.

⁽²⁰⁾ Cass., sez. VI, 23 settembre 2010, Della Giovampaola, in *Mass. Uff.*, 248746, a margine della quale LEO, *Connessione teleologica tra reati commessi da persone diverse*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 556.

altri imputati fosse riscontrabile una connessione teleologica *ex art. 12 lett. c) c.p.p.* di tipo diverso rispetto a quella riscontrata dal G.U.P. ed integrante l'ipotesi normativa dei reati commessi per occultare altri.

Osserva, al riguardo, il Collegio come alla pronuncia della Corte di Cassazione non possa assegnarsi, *ex art. 25 c.p.p.*⁽²¹⁾, valore definitivo e vincolante nel procedimento *de quo*⁽²²⁾, perché, da un lato, «si ascrivevano [al magistrato] condotte diverse da quelle per cui si è proceduto con l'esercizio dell'azione penale e, dall'altro, [...] si prospettava una qualificazione giuridica diversa da quella ipotizzata con l'esercizio dell'azione penale».

Dirimente, sotto tale prospettiva, è la stessa sentenza della Corte di Cassazione, nella parte in cui la stessa, quasi a voler scongiurare possibili fraintendimenti futuri, precisa come la decisione fosse adottata «allo stato delle emergenze riferite nelle ordinanze – tenuto conto della genericità delle informazioni già commentata dal Tribunale del Riesame – e con riferimento alla sola emissione della misura cautelare perentiva»⁽²³⁾.

Senonché, anche una simile ipotesi interpretava suggerita dalla Cassazione risulta definitivamente superata dopo la formulazione delle ipotesi di reato con l'esercizio dell'azione penale, dal momento che al magistrato è contestata la diffusione di notizie segrete relative ai procedimenti pendenti contro taluni degli imputati, ma non condotte volte ad ostacolare la scoperta dei reati, né risulta, dalla formulazione dell'imputazione, che tali condotte siano state poste in essere da altri soggetti sulla scorta delle notizie così diffuse. A voler inquadrare giuridicamente il legame tra le condotte di reato ascritte al magistrato e quelle corruttive ascritte agli altri imputati e per le quali erano in corso indagini, a parere del Collegio, lo stesso è inquadrabile non nell'alveo dell'art. 12 lett. c) c.p.p., ma piuttosto nell'ambito dell'art. 371, co. 2, lett. b), c.p.p., concernente, tra l'altro, i reati commessi per assicurare ad altri l'impunità di altri reati e ciò sul rilievo per cui «la comunicazione delle notizie concernenti le indagini in corso [...], pur non avendo un'oggettiva idoneità ad occultare i reati commessi e per i quali si indaga, ha un'evidente finalità di agevolare gli indagati nell'eludere e ostacolare le indagini in corso a loro carico e a sottrarsi, dunque, alle conseguenze penali dei reati».

Da ultimo, è esclusa anche l'astratta configurabilità dell'ipotesi di cui all'art. 12 lett. b) c.p.p.: la medesimezza del disegno criminoso legittimante la trattazione unitaria dei reati presso il Tribunale funzionalmente competente deve riguardare, infatti, lo stesso imputato, giacché, secondo consolidato orientamento giurisprudenziale, «la continuazione è idonea a determinare

⁽²¹⁾ Sulla portata dell'art. 25 c.p.p., PIGNATELLI, *Art. 25 c.p.p.*, in CHIAVARIO (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., 153-155.

⁽²²⁾ In ogni caso, il Collegio precisa, altresì, come il suddetto effetto vincolante avrebbe potuto valere nei confronti del solo ricorrente e non certo nei confronti di coloro che non hanno partecipato (né potevano farlo) al giudizio cautelare.

⁽²³⁾ In questi termini, la già citata Cass., sez. VI, 23 settembre 2010, Della Giampaola, cit.

lo spostamento della competenza per connessione ai sensi a dell'art. 12 lett. b) cod. proc. pen., solo se l'episodio in continuazione riguarda lo stesso o, se sono più d'uno, gli stessi imputati»⁽²⁴⁾. Conseguenza necessitata del surriferito impianto motivazionale è l'accoglimento dell'eccezione proposta, con conseguente trasmissione degli atti presso la Procura di Roma⁽²⁵⁾.

ERICA FARINELLI

⁽²⁴⁾ Così Cass., sez. I, 28 maggio 2009, in *Mass. Uff.*, 243821; in senso conforme, inoltre, *ex plurimis*, Id., sez. IV, 7 novembre 2006, Galletti, *ivi*, 236276; Id., sez. I, 10 giugno 2004, La Perna, *ivi*, 229533; Id., sez. I, 12 novembre 1999, Zagara, *ivi*, 214834; Id., sez. I, 8 giugno 1998, Sama, *ivi*, 210881. Il che si comprende agevolmente sol che si consideri che «l'interesse di un imputato alla trattazione unitaria dei fatti in continuazione non può pregiudicare quello del coimputato in uno di quei fatti a non essere sottratto al giudice naturale secondo le regole ordinarie della competenza» (così Cass., sez. I, 10 giugno 2004, La Perna, *cit.*).

⁽²⁵⁾ In proposito, com'è noto, a seguito della sentenza con cui la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 23, comma 1, c.p.p., «nella parte in cui prevede la trasmissione degli atti al giudice competente anziché al pubblico ministero presso quest'ultimo quando il giudice del dibattimento dichiara con sentenza la propria incompetenza per territorio» (Corte cost., 15 marzo 1996, n. 70, in *Cass. pen.*, 1996, 2084), dopo che, già in precedenza, ne aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale con riferimento alla incompetenza per materia (Corte cost., 11 marzo 1993, n. 76, in *Giur. cost.*, 1993, 687), il giudice dibattimentale è tenuto a restituire gli atti al p.m. presso il giudice competente. Per un esame della questione si rinvia a BACCARI, *La cognizione e la competenza del giudice*, *cit.*, 427-430 ed ai richiami dottrinali e giurisprudenziali *ivi* contenuti.

TRIBUNALE DI PERUGIA – 18 luglio 2011 – Pres. Est. MICHELI – T. R.

Pornografia minorile – Elementi costitutivi del reato – Utilizzazione di persona minore di anni diciotto – Inserimento della condotta in un contesto embrionale di organizzazione – Potenziale e successiva fruizione del materiale da parte di terzi – Necessità (c.p., art. 600 ter).

Ai fini della configurabilità del delitto di cui all'art. 600 ter c.p. non può ritenersi sufficiente l'utilizzazione di persona minore degli anni diciotto nella realizzazione di materiale pornografico, in quanto occorre

che detta utilizzazione, pur non animata da finalità necessariamente lucrative, sia comunque contestualizzata in un'organizzazione, almeno embrionale, per la potenziale destinazione del prodotto alla successiva fruizione da parte di terzi (1).

Violenza privata – Elementi costitutivi – Molestia o disturbo alle persone – Prospettazioni di minacce percepite come reali – Tentativo – Sussistenza (c.p., artt. 56, 610, 660).

Le continue manifestazioni di molestia perpetrate con il mezzo del telefono determinano una sgradevole intrusione nell'altrui sfera di libertà e se consistono nel prospettare vere e proprie minacce, percepite come reali dalla vittima, sono idonee a consumare anche la fattispecie di cui all'art. 610 c.p., pur nella forma tentata (2).

(*Omissis*). Con decreto *ex art.* 453 c.p.p. del 28 novembre 2008, il GIP presso questo Tribunale disponeva il giudizio immediato nei confronti di T. R. per i delitti di cui agli artt. 81 cpv., 600 *ter*, 610 e 660 c.p., in ipotesi realizzati fino al 2008 in danno della giovane ucraina K. H. [...]. Nel fascicolo formato ai fini della celebrazione del dibattimento venivano versati: [...] un verbale di perquisizione e sequestro nei confronti della stesso T., datato 18 giugno 2008, in cui si dava atto del rinvenimento nella disponibilità dell'imputato, fra l'altro, di due telefoni cellulari (nella memoria di uno di questi risultavano presenti svariate fotografie ritraenti la minore K. H. in pose pornografiche), cinque DVD porno, una bottiglia di olio di vasellina, un perizoma, una confezione di profilattici, due confezioni di gel lubrificante per massaggi del corpo, alcuni quaderni, copie di atti relativi a B. R. (madre della K., in particolare una cessione di fabbricato e una ricevuta di pagamento per il rilascio del permesso di soggiorno), copia del certificato di nascita della K. e foto varie [...].

Dinanzi al Tribunale come poi definitivamente formato, le parti si riportavano alle precedenti istanze e si dava inizio all'assunzione delle prove orali.

Il M.llo E. D. B., in servizio presso la Stazione dei Carabinieri di Todi, dichiarava di aver raccolto le denunce della K. e della madre, segnalando che il 10 giugno 2008 le due donne si erano presentate esibendo un certificato medico rilasciato dal Pronto Soccorso dell'Ospedale di Todi ed attestante lesioni personali (con prognosi di 20 giorni) subite dalla ragazza ad opera, a loro dire, del T. [...]. Nel contempo, la minore aveva mostrato il proprio telefono cellulare, che conteneva numerosissimi messaggi a contenuto minatorio ed obiettivamente indicativi dell'atteggiamento assillante di chi li aveva spediti: il numero da cui

quegli sms provenivano, come pure i messaggi che la K. aveva esibito nei giorni successivi presentando integrazioni alla querela iniziale, era poi risultato intestato all'imputato. Il teste precisava che in una delle occasioni in cui si era provveduto a trascrivere gli sms, essi risultavano in numero di 139.

Il M.llo D. B. riferiva quindi di aver provveduto, all'atto della successiva perquisizione nei confronti del T., al sequestro di due telefoni cellulari [...]: nella stragrande maggioranza dei casi, gli sms già rilevati risultavano spediti da quest'ultima utenza. Nella memoria dell'altro apparecchio radiomobile vi erano delle immagini che, nel corso dell'assunzione della testimonianza, venivano esibite al teste in quanto riprodotte su CD prodotto dal Pubblico Ministero (il Sottoufficiale le riconosceva in quelle a suo tempo visionate sul cellulare) e che venivano così descritte dal Collegio in contraddittorio: *“si dà atto che le immagini rappresentano alcune pose della ragazza costituitasi parte civile, in alcune immagini non è possibile distinguere se si tratti della K. H., in altre invece pare trattarsi della medesima. Alcune di queste immagini hanno carattere pornografico e in alcune si notano organi genitali sia maschili che femminili, e alcune delle immagini che vengono mostrate indicano la K. H. nuda”*.

Ulteriori immagini, ma nella forma di *videoclip* e non di scatti fotografici, erano parimenti presenti nella memoria del secondo cellulare: in un primo filmato si vedeva per pochi secondi la K. nell'atto di inviare un bacio all'indirizzo del soggetto che la stava riprendendo, mentre nell'altro (ancora, come da descrizione effettuata dal Tribunale in udienza) *“si vede la K. H. a seno nudo, che balla agitando il seno davanti a chi riprende le immagini”*.

All'atto della già ricordata perquisizione nel domicilio dell'imputato erano stati trovati anche dei quaderni con parti scritte sia dal T. che dalla minore, a mo' di colloquio fissato per iscritto con frasi reciprocamente indirizzate, quasi a botta e risposta. Il contenuto di quelle frasi aveva poi determinato gli inquirenti a valutare non più sostenibili eventuali accuse a carico del prevenuto per ipotesi di violenza sessuale, emergendone un quadro di sostanziale consenso ai rapporti da parte della ragazza [...].

Era quindi la K. a rendere testimonianza.

La ragazza ammetteva subito di essere stata ripresa in fotografie e filmati da parte del T., a mezzo di telefono cellulare, essendo nuda o quasi, e talora nel compimento di atti sessuali veri e propri con altri due uomini. Sosteneva di non essere stata lei a chiedere all'imputato di riprendere quelle immagini, e di essere stata invece costretta a subire quelle iniziative; invitata a chiarire meglio i termini di tale costrizione, anche facendole notare che in alcune delle immagini già visionate ella risultava palesare un atteggiamento naturale e sorridente, la K.

ribatteva che all'inizio era stata indifferente alla cosa (sottolineando comunque che all'epoca aveva 13 anni e mezzo o giù di lì), mentre in seguito era stata obbligata attraverso il ricatto di poter diffondere quelle foto, informandone la madre o addirittura affliggendole presso la scuola. Obbligo in cui, a suo dire anche mediante l'uso di coltelli, ella si trovava pure quanto a richieste del T. di avere rapporti sessuali con lui.

La K. aggiungeva che l'imputato le aveva inviato centinaia di messaggi, in un primo periodo di contenuto affettuoso [...], poi per minacciarla o sottoporla a pressioni psicologiche (ad esempio, scrivendole che se non fosse più andata a casa sua si sarebbe ucciso, puntando a suscitargli compassione). La richiesta che la ragazza si sentiva rivolgere era quella di restare assieme a lui, come una sorte di fidanzata, cosa che ella non accettava, spiegando in particolare *"io mi ero stufata, non ce la facevo più, lui era talmente tanto geloso che non mi lasciava mai libera, anche se io uscivo lui mi andava sempre dietro [...]"*. In sostanza, la teste ammetteva che in un primo tempo il rapporto con il T. era stato da lei accettato o quanto meno tollerato, poi – anche per la vistosa differenza di età – se ne era stancata volendosi allontanare da lui, ma l'uomo aveva preso a mandarle messaggi ed a mostrarsi assillante [...].

Sui motivi che l'avevano portata a sporgere denuncia, la K. sosteneva che una mattina [...] il T. l'aveva attesa in un vicolo per aggredirla. Nell'occasione l'aveva picchiata, dandole schiaffi e una pur lieve coltellata su un ginocchio (dopo averle puntato il coltello al collo dicendole che se l'avesse lasciato l'avrebbe uccisa), fino a romperle un bastone sul braccio: poi l'aveva portata a casa, e lei ne era rimasta molto spaventata. La madre si era accorta di quel turbamento, e l'aveva seguita in camera dove ella si accingeva a cambiarsi, notando così che sanguinava: a quel punto, l'aveva portata dai Carabinieri.

Tornando al contenuto del rapporto fra lei e l'imputato, ed in particolare sulle frasi che i due si scrivevano sui quaderni sequestrati, la ragazza ribadiva che era tutto un ricatto, con il T. a pretendere che quegli scambi di pensieri (anche di ispirazione erotica) continuassero, dietro la minaccia di andare a spalare in giro di lei e della B. Rispondendo a specifiche domande del difensore della parte civile, la K. spiegava che l'uomo aveva cominciato a renderle la vita impossibile, essendo troppo geloso e possessivo, mentre ella desiderava avere un ragazzo e non sentirsi in gabbia: precisava di avergli fatto capire che voleva lasciarlo, in quanto aveva fatto sesso con un altro davanti a lui.

Chiestole di illustrare come ciò fosse stato possibile, la giovane affermava di avergli detto che avrebbe desiderato avere rapporti con un ragazzo, e l'imputato le aveva portato a casa un marocchino che ella conosceva da tempo, di nome A. R., con il quale aveva fatto effettivamente

senso dinanzi al T., presente a scattare foto ed a riprendere le scene. Lo stesso era poi accaduto con un altro ragazzo, di colore.

In pratica, secondo la K. si era trattato di comportamenti che avrebbero dovuto far capire al prevenuto che ella non intendeva continuare la relazione con lui, ma l'altro li aveva interpretati come desideri da assecondare, pur di avere ancora a che fare con lei [...]. Fra l'altro, in un botta e risposta per iscritto era presente una frase in cui H. si diceva contenta dell'idea che l'imputato avesse fatto vedere ad altri [...] le fotografie scattate durante l'intimità con i due stranieri già menzionati: a riguardo, la teste rappresentava non essersi trattato di un pensiero espresso *sua sponte*, ma che al contrario era stato il prevenuto a indurla a scriverlo, praticamente facendoglielo fare sotto dettatura.

Era quindi la volta di B. R., chiamata a rendere testimonianza subito dopo la figlia.

La donna sosteneva di non aver saputo nulla del rapporto fra H. e il T., fino a quando non aveva visto la ragazza con un taglio al ginocchio [...].

Escludeva infine di essersi mai resa conto che l'imputato avesse una storia con la figlia o fosse comunque attratto da lei [...]. In seguito, aveva letto i messaggi che il T. aveva inviato ad H., mentre non aveva mai visto le foto o i filmati: parimenti, non aveva mai saputo che cosa i due si scrivessero nei quaderni successivamente sequestrati, precisando anzi di aver visto solo la ragazza scrivere mentre l'altro controllava, come se in effetti volesse aiutarla a fare i compiti.

Come già segnalato dalla figlia, riferiva di aver rivisto l'imputato di recente, quasi avendo l'impressione che volesse seguirle, confermando poi anche la telefonata anonima con parole ingiuriose alla ragazza.

Infine, la B. ammetteva di aver esercitato la prostituzione in passato, nei primi tempi della sua permanenza in Italia, quando non aveva altre possibilità di guadagnarsi di che vivere; escludeva comunque di essersi ancora dedicata al meretricio nel periodo della frequentazione con il T., al quale non aveva mai raccontato del suo passato. Con l'imputato aveva avuto rapporti sessuali in due occasioni – prima di sorprenderlo nell'atto di baciare sul collo la figlia – ma senza che vi fossero state richieste od offerte di denaro [...].

Lo stesso 24 maggio 2011 il P.M. produceva *ex art.* 513 c.p.p. i verbali degli interrogatori resi dall'imputato nel corso delle indagini preliminari. Ne risultava che il T., dopo essersi avvalso in prima battuta della facoltà di non rispondere (il 20 giugno 2008, dinanzi al G.I.P.), forniva la propria versione dei fatti sei giorni più tardi, dichiarando al Pubblico Ministero, come da verbalizzazione riassuntiva:

“Non sono veri i fatti che mi sono contestati. Ho conosciuto la ragazza un anno e mezzo fa. Mi sono preso a cuore la situazione della ragazza che in passato ha avuto dei problemi [...].

Nego la circostanza di aver fatto vedere dei DVD pornografici alla ragazza, pur possedendoli in casa mia. La prima volta che ebbi un rapporto con la madre era perché lei si ubriacò, e la figlia che stava in casa entrò e ci vide [...].

Quando beveva, la madre chiamava i suoi amanti ed aveva rapporti sessuali. Io stavo con la figlia che mi chiedeva di farle compagnia quando la mamma era in quelle condizioni. Ciò è avvenuto più volte [...].

Non ho mai avuto rapporti sessuali con la figlia, solo carezze e baci affettuosi. Non è vero che la madre mi ha visto con la ragazza contro il muro a baciarla. Mi vide con la ragazza fra le braccia perché a seguito di una scommessa persa le ho morso un orecchio. Nego di aver avuto rapporti sessuali con la figlia. Ci volevamo bene come padre e figlia. Per quanto riguarda i quaderni nella mia abitazione, riferisco che erano domande e risposte tra me e la ragazza che non potevano avvenire alla luce del sole, in quanto era presente la madre e lei non voleva farle sentire.

Ho scritto delle cose pornografiche ma non le ho mai fatte. Sono fantasie che non si sono mai tradotte in fatti. Abbiamo iniziato a scrivere questi quaderni nel 2007 [...].

Le foto trovate sul mio cellulare, della ragazza con delle persone di colore, erano state richieste dalla ragazza che si eccitava di più. Dopo un po' iniziarono i ricatti della madre e anche della figlia, che mi minacciava di denunciarmi per stupro. Io avevo paura del mio precedente penale, e quindi avevo paura della denuncia. Mi chiedeva soldi, di pagare la bolletta della luce e dell'acqua. Pagavo in contanti e non ho documentazione che possa provare tali pagamenti. La ragazza aveva rapporti con H. (che era amante anche della mamma) ed io dovevo fotografarla perché lei si eccitava a riguardarla. Io non mi eccitavo a vedere queste foto [...].

Io non ho mai messo in contatto la ragazza con gli uomini con cui aveva rapporti. Era lei che lo faceva. Ho solo scattato le foto che lei mi chiedeva. Alcuni rapporti si sono consumati nella mia abitazione [...].

Non mi sono innamorato di H. Ho scritto delle minacce nei messaggi, ma sono cose che non avrei mai fatto [...]. La ragazza ha preso l'iniziativa di scrivere i quaderni, io ho solo acconsentito per poi capirne la personalità [...].”

Il 28 luglio 2008, nuovamente interrogato dopo l'acquisizione dei *files* contenenti le immagini registrate sui suoi telefonini, il T. ribadiva la precedente linea difensiva, così esprimendosi:

“Nego ogni addebito concernente percosse o lesioni che io abbia infero ad H. Si è più volte verificato che la ragazza, la quale non ha un buon rapporto con la madre, sia stata picchiata dalla stessa, che di frequente è ubriaca [...].

Preciso che ho visto due volte la madre picchiare la figlia, ma il più delle volte ho visto i segni delle percosse sulla ragazza [...]. Come ho già detto nei precedenti interrogatori ero costretto a conceder l'ospitalità alla ragazza per farla congiungere con altri uomini, oltre che a fotografarla e riprenderla: il tutto sotto la minaccia di venire denunciato, anche a fronte dei miei precedenti [...]. Non ho cancellato le foto perché H. mi chiese di non farlo in quanto le servivano, ma non so a cosa [...].”

Infine, il 30 luglio 2008 il prevenuto rendeva la sua ultima ricostruzione dei fatti al G.I.P., dichiarando:

“Ho fatto le fotografie ma contro la mia volontà, essendo stato ricattato dalla ragazza e dalla madre; in particolare loro mi chiedevano soldi, abbigliamento ed oggetti vari [...]. La ragazza voleva che io la riprendessi, ma non so che uso faceva delle fotografie; mi chiedeva di fotografarla, ed anche se non volevo farle le fotografie mi vedevo costretto a farle, in quanto mi ricattavano conoscendo i miei precedenti penali. È vero che la madre mi diceva che se non facevo tutto ciò che chiedevano mi avrebbero denunciato dicendo che violentavo la figlia minore”.

All'udienza dell'11 luglio 2011 la difesa dell'imputato rinunciava a sua volta a tutti gli ulteriori testimoni della lista, ed il processo era rinviato alla data odierna per la discussione, con le parti a concludere come da verbale.

In ordine al delitto di cui all'art. 600 *ter* c.p., contestato al capo A), è lo stesso P.M. ad aver sollecitato l'assoluzione del prevenuto.

Va considerato che, come risulta dalle stesse ammissioni di responsabilità del T., indubbiamente egli realizzò gran parte del materiale pornografico ritraente la giovane K. e che è stato acquisito agli atti; fu lui a scattare fotografie ed a riprendere con il telefonino alcune scene ad esplicito contenuto sessuale.

A dire dell'imputato, egli sarebbe stato costretto a determinarsi in tal modo, in quanto la ragazza e la madre di costei lo avevano minacciato di denunciarlo per presunti abusi in danno della giovane, avendo peraltro gioco facile nell'assumere credibilità in ragione dei gravi precedenti dello stesso T.: ora, è abbastanza pacifico che la K. si dispose senza troppi problemi a farsi ritrarre in quelle pose ed in quelle attività, come si evince dal contenuto degli scritti intercorsi fra lei e il prevenuto, ma immaginare che addirittura vi sarebbe stata una costrizione di cui il T. rimase vittima è decisamente troppo.

A tacer d'altro, infatti, si dovrebbe ipotizzare che - per chissà quali mire di futura notorietà nel mondo del cinema o delle pubblicazioni *hard* - sarebbe stata la ragazza, cui la madre teneva bordone, a chiedere al T. di scattare foto e girare *video-clips*: ma se davvero fu così, e l'imputato nulla avrebbe voluto saperne, non si comprende come mai quelle immagini e quei filmati rimasero nella memoria dei suoi cellulari [...].

Dunque, è chiaro che fotografie e riprese rimasero nella disponibilità del prevenuto perché ciò corrispondeva ad una sua precisa volontà: le ipotesi, a riguardo, sono molteplici, e vanno dalla possibilità che egli intendesse avere un campionario di prodezze della K. da esibire ad altri uomini interessati a fare sesso con una adolescente [...] sino a quella che egli fosse talmente annebbiato dalla dedizione erotica che provava nei riguardi della ragazza, al punto da ricavare momenti di piacere a vederla fare sesso con altri, sia in diretta che attraverso immagini registrate [...].

Ammettiamo dunque che quel materiale fosse stato realizzato solo per documentare scene che soddisfacevano la libidine dell'imputato, e magari per dargli occasioni di eccitazione nel vederle riprodotte sul *display* del telefonino. Siamo dinanzi ad un comportamento rilevante *ex art. 600 ter c.p.*, tenendo anche conto che il precetto della norma appena richiamata si riferisce alla realizzazione di esibizioni pornografiche od alla produzione di materiale pornografico con l'utilizzo di minori, ovvero alla induzione di infradiciottenni a partecipare a dette esibizioni?

Considerando le caratteristiche delle immagini anzidette, è chiaro che esse possano rientrare a pieno titolo nella nozione di "materiale pornografico": la Suprema Corte insegna a riguardo che deve intendersi tale "quello di contenuto lascivo, idoneo ad eccitare le pulsioni erotiche del fruitore, sicché in esso vanno ricomprese non solo le immagini raffiguranti amplessi ma anche corpi nudi con i genitali in mostra" (Cass., Sez. III, 9 dicembre 2009 – 3 marzo 2010, RV 246231) [...].

Resta da vedere se vi sia stata "utilizzazione" della giovane, allora 14enne, nel senso voluto dalla norma, come modificata nel 2006 (in precedenza si richiedeva la necessità di uno "sfruttamento" del minore). In vero, già nell'applicazione dell'art. 600 *ter c.p.* nella sua formulazione originaria era stato chiarito che per aversi sfruttamento non fosse necessario un impiego del minore in attività continuative e non occasionali, giacché "sfruttare" deve intendersi espressione equivalente a quella di "utilizzare a qualsiasi fine", non necessariamente di lucro: in altri termini, con la previsione in esame l'ordinamento ha inteso apprestare una tutela penale anticipata della libertà sessuale del minore, mediante la repressione e la sanzione di comportamenti che esponano a pericolo il libero sviluppo personale dell'individuo attraverso la mercificazione del corpo (v. in proposito Cass., Sez. III, 28 maggio 2009 – 24 giugno 2009, RV 244440).

Se dunque sotto il profilo ora evidenziato può affermarsi che il T. "utilizzò" (con il consenso o meno della ragazza, è irrilevante) la K. al fine di produrre quel materiale, non risulta tuttavia integrato un ulteriore e non meno rilevante requisito che deve connotare *ab initio* la condotta del soggetto attivo del reato: come parimenti si ricava dalle indicazioni della

giurisprudenza di legittimità, “ai fini della configurabilità del delitto di cui all’art. 600 *ter*, comma 1, c.p., le nozioni di ‘produzione’ ed ‘esibizione’ ivi contemplate richiedono l’inserimento della condotta in un contesto di organizzazione almeno embrionale e di destinazione, anche potenziale, del materiale pornografico alla successiva fruizione da parte di terzi” (Cass., Sez., III, 11 marzo 2010 – 6 maggio 2010, RV 246982).

Occorre dunque tornare a chiedersi cosa il T. ne volesse fare, di quelle foto e di quei filmati: certamente, mirava a ricavarne eccitazione per sé, e lo si è già evidenziato; ma ritiene il Collegio che non vi sia prova certa di un programmato utilizzo di quel materiale per una successiva diffusione, tanto meno dell’intenzione del prevenuto di farne strumento di pressione nei riguardi della ragazza al fine di indurla a continuare a frequentarlo ed a concedergli i suoi favori [...].

È scontato che quelle foto fossero destinate ad essere riviste dal T., magari anche in compagnia della stessa H., per eccitarsi o riderne insieme, ma è solo dopo la realizzazione del materiale che sorse la possibilità di farle vedere a terzi. A paventarlo fu la stessa ragazza, senza neppure dispiacersene, nel chiedere all’imputato se le avesse mostrate a C. [...]; e pensò senz’altro di farlo lo stesso T., ancora in un momento successivo, quando prese a martellare di sms la K. per indurla a ristabilire un contatto con lui, minacciandola che altrimenti qualche foto sarebbe finita affissa dalle parti della scuola.

Conformemente alla ricostruzione del Pubblico Ministero, non può dirsi che al momento degli scatti o delle riprese vi fosse già l’ipotesi di un uso siffatto delle immagini, che invece - si ribadisce - erano di certo destinate a soddisfare i grossolani istinti di libidine di un uomo anziano alle prese con una ragazza che già cominciava a stancarsene, dopo una storia lecita ma comunque squallida che seguiva la relazione fra lui e la madre di lei.

La conclusione cui si perviene in ordine al primo capo d’imputazione, con una pronuncia *ex art.* 530, comma 2 c.p.p., consente peraltro di meglio inquadrare la responsabilità del T. in ordine al secondo addebito, da ritenere invece piena e innegabile.

Nel momento in cui la K. prese ad impedirgli il prolungarsi della frequentazione, perché - come ella stessa ha riferito rendendo testimonianza - la assillava con manifestazioni di gelosia che non la facevano sentire libera, l’imputato reagì arrecandole molestia, con la spedizione a raffica di messaggi, nonché minacciandola di far vedere quelle fotografie in ambiti che certamente non le sarebbero stati graditi [...].

Non vi è discussione sulla configurabilità della contravvenzione di cui all’art. 660 c.p.: spedire uno stesso messaggio dieci volte consecutive nel giro di un minuto o poco più, per poi cambiare testo e ricominciare daccapo, agli stessi ritmi, vuol dire agire con petulanza, sapendo peraltro

di imporre al destinatario di quegli sms comunicazioni sgradite ed ossessive. Come si evince dalle trascrizioni curate dalla Polizia Giudiziaria e versate agli atti, il T. inviò alla ragazza messaggi scritti di continuo, anche solo per chiederle di raggiungerlo a casa l'indomani o di sapere come mai non si facesse viva: a mero titolo di esempio, il 14 giugno 2008 l'imputato le mandò l'sms con il testo "Vuoi che vengo a casa tua?" ben 26 volte in meno di dieci minuti, alternando poi atteggiamenti concilianti [...] a minacce vere e proprie.

Minacce che sicuramente la giovane poteva percepire come reali e concrete, già solo nel leggere "Se non rispondi vengo a prenderti fuori scuola, capito?" o "Vuoi scommettere che domani tu verrai a casa mia?" [...]. Ai fini del tentativo di violenza privata descritto nel capo d'imputazione in argomento, appare poi di solare evidenza il messaggio "Quale foto preferisci, le tue foto vuoi che vengano attaccate alla porta della scuola?", ripetuto dieci volte fra le 16:54 e le 16:56 dell'11 giugno 2008 [...].

In definitiva, sussistono elementi più che sufficienti per affermare la penale responsabilità del T. in ordine ai reati di cui al capo B) della rubrica.

Non si reputa che l'imputato meriti attenuanti generiche (al di là dei precedenti, è significativo prendere atto che egli intenda disegnarsi come vittima delle due donne), e stante la chiara identità di disegno criminoso fra il delitto e la contravvenzione contestati, per omogeneità e contestualità di condotte nonché per reciproca strumentalità degli addebiti, appare conforme a giustizia indicare una pena base di mesi 7 di reclusione per la tentata violenza privata, da aumentare di mesi 2 per effetto del cumulo giuridico. (*Omissis*).

(1-2) Nel pronunciamento in disamina, il Collegio perugino declina una puntuale ricostruzione della fattispecie di pornografia minorile *ex art. 600 ter c.p.*, in stretta aderenza con le riflessioni dottrinali e della giurisprudenza di legittimità consolidatesi nel tempo (cfr., fra tanti ed in termini generali, APRILE, *I delitti contro la personalità individuale. Schiavitù e sfruttamento sessuale dei minori*, in MARINUCCI-DOLCINI (diretto da), *Trattato di diritto penale, Parte Speciale*, VI, Padova, 2006, 129 ss.; COCCO, *Pornografia minorile 600 ter/600 quater.1*, in COCCO-AMBROSETTI (a cura di), *I reati contro le persone*, Padova, 2007, 255 ss.; DI GIOVINE, *Art. 600 ter*, in PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, III ed., II, Milano, 2007, 3608 ss.; GIZZI, *Pornografia minorile*, in COPPI (a cura di), *I reati sessuali, i reati di sfruttamento dei minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali*, Torino, 2007, 401 ss.; ID., *Pornografia e pedopornografia*, in *Enc. giur.*, Agg. XV, Roma, 2006, 1 ss.; PALUMBIERI, *Introduzione*, in CADOPPI (a cura di), *I reati contro la persona. Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori*, Roma,

2006, 315 ss.; PICOTTI, *I delitti di sfruttamento sessuale dei bambini, la pornografia virtuale e l'offesa ai beni giuridici*, in *Scritti per Federico Stella*, II ed., Napoli, 2007, 1267 ss.).

La disciplina che ci occupa, introdotta dalla l. 3 agosto 1998, n. 269, è stata oggetto di un incisivo *restyling* ad opera della successiva l. 6 febbraio 2006, n. 38, che non soltanto ha colmato delle lacune emerse in sede applicativa nell'impianto originario, ma che ha anche cercato ottemperare alle linee guida della decisione quadro del Consiglio europeo 2004/68/GAI, circa la repressione del fenomeno della pedopornografia (sul panorama comunitario e convenzionale delle fonti interessanti la materia, PECCIOLI, *Lotta contro lo sfruttamento sessuale di minori e la pedopornografia (commento alla l. 6 febbraio 2006, n. 38)*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 935 ss.). Si è così delineata una previsione di pericolo concreto, volta alla tutela della libera formazione e salvaguardia, financo sessuale, dell'infradiciottenne, nonché alla calmierazione di un mercato, quello della pedofilia, purtroppo in costante espansione (cfr., *ex plurimis*, DI DONATO, *Legge 6 febbraio 2006, n. 38, «Disposizioni in materia di lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia anche a mezzo internet»*, tra esigenze reali di tutela e offese virtuali, in *Crit. dir.*, 2006, 68 ss.; V. SANTORO, *D'ora in poi vittime più tutelate grazie all'innovazione di fine legislatura*, in *Guida dir.*, 2006, 9, 93 ss.; nonché in senso critico sulla caratterizzazione plurioffensiva dell'illecito, M. MANTOVANI, *Novità ed irrazionalità della riforma in tema di pedopornografia*, in INSOLERA (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006, 147 ss.).

Nonostante i tentativi di fugare i dubbi emersi nel primo periodo applicativo, la normativa attualmente vigente sembra comunque peccare in punto di precisione. Non viene, ad esempio, attribuito un puntuale significato all'espressione "materiale pornografico", con ciò scontando una grave *deficit* di determinatezza. All'occorrenza, oltre alla definizione contenuta nella già citata decisione quadro (art. 1, comma 1, lett. b), nella parte in cui si definisce la "pornografia infantile", giunge in soccorso l'elaborazione pretoria, all'uopo richiamata dalla corte territoriale: è materiale pornografico quello atto a stimolare la concupiscenza e le pulsioni erotiche del fruitore, tanto da ricomprendervi scene non solo raffiguranti amplessi veri e propri, ma anche ogni disinibita messa in mostra di corpi nudi (v. in proposito e da ultimo, Cass., sez. III, 7 giugno 2010, G., in *Mass. Uff.*, 247600; sottolinea, per il profilo che ci occupa, l'evidente violazione del principio di legalità, da declinare come necessaria determinatezza della fattispecie, G. MARRA, *Pornografia minorile: contenuti e limiti di una definizione*, in *Cass. pen.*, 2005, 3872 ss.).

Al prevenuto, in particolare, si contesta l'ipotesi del comma introduttivo, ovverosia la condotta di chi "utilizza" minori nella realizzazione di esibizioni pornografiche o nella produzione di materiale pornografico, ovvero di chi "induce" gli stessi alla partecipazione a dette esibizioni. Come già accaduto nella vigenza della vecchia formulazione, laddove si accennava allo "sfrut-

tamento”, ed in continuità con uno storico *decisum* delle Sezioni Unite (sez. un. 31 maggio 2000, B. A., in *Cass. pen.*, 2001, 427 ss., con nota di G. MARRA, *La nozione di sfruttamento nel delitto di pornografia minorile e la «terza via» delle Sezioni unite*), il giudicante torna ad escludere ogni proposito remunerativo: non occorre, insomma, che il reo si proponga di realizzare dei profitti dalla produzione, anche occasionale e non solo continuativa, in quanto l’offensività è data dalla mera fruizione passiva del minore. Tuttavia, al fine di limitare un’eccessiva anticipazione della soglia della punibilità e per dare concretezza al pericolo manifestatosi, si ritiene che l’utilizzo della vittima, con speculare degradazione della medesima in oggetto sessuale, debba comunque inserirsi in un apparato organizzativo almeno embrionale, per la potenziale destinazione del materiale così formato alla successiva fruizione di terzi (da ultimo, la richiamata Cass., sez. III, 6 maggio 2010, Flak, in *Mass. Uff.*, 246982).

Esulano, diversamente e per la vicenda che ci occupa, dall’area della tipicità quelle produzioni pornografiche che sono destinate a rimanere nella sfera strettamente privata dell’autore, in quanto, sin dall’inizio, non se ne progetta una successiva diffusione: nella mancata convergenza dei due profili testè illustrati, il contegno osservato, pur biasimevole, non sarà comunque meritevole di rimprovero (fra tante, Cass., sez. III, 14 gennaio 2008, M. E. e altri, in *Cass. pen.*, 2008, 4167 ss., con nota fortemente critica degli assunti ivi sviluppati di LA ROSA, *Non costituisce reato la produzione di materiale pedopornografico ad uso privato dell’autore*; circa il concorso soltanto apparente fra la previsione in commento ed il successivo art. 600 *quater* c.p., M. BIANCHI-DELSIGNORE, *Detenzione di materiale pornografico*, in CADOPPI-CANESTRARI-PAPA (a cura di), *I reati contro la persona*, III, Torino, 2006, 477 ss.). L’estensore non manca di rilevare come la possibilità di far vedere ad altri le foto o i filmati realizzati emerse soltanto in un periodo successivo, probabilmente dietro sollecitazione della giovane ragazza, alquanto compiaciuta delle proprie *performances* e desiderosa che anche altri le apprezzassero.

Di talché, in mancanza di una prova certa circa il pericolo di una programmata diffusione, da progettarsi, si ripete, *ab initio*, nel momento della realizzazione delle stesse, non si può che addivenire ad un’assoluzione per insussistenza del fatto, con la formula dell’art. 530, comma 2 c.p.p.

Per quanto concerne gli addebiti di tentata violenza privata e molestia o disturbo alle persone, perpetrata per mezzo del telefono, si giunge ad opposta conclusione. Il Collegio sostiene come il fare ossessivo dell’imputato integri il dolo specifico della petulanza, nella misura in cui lo stesso non esitava ad inviare ripetuti sms alla vittima, la quale non poteva sottrarsi ad una comunicazione divenuta oramai sgradita (v., Cass., sez. I, 29 luglio 2011, Donato, in *Mass. Uff.*, 250912, nonché ed ancor più recentemente Cass., 12 ottobre 2011, B. A. e F. P., *ivi*, 250807; a proposito dell’elemento psicologico della disciplina contravvenzionale, da qualificarsi quale dolo specifico Cass., sez. I, 23 aprile 2004, Gravina, *ivi*, 228217; non mancano,

tuttavia, pronunciamenti che ritengono «sufficiente la coscienza e volontà di tale condotta, nulla rilevando i motivi dai quali il soggetto sia stato spinto ad agire», cfr., *ex multis*, Cass, sez. I, 3 febbraio 2004, Rota, in *Cass. pen.*, 2005, 2260 ss.).

Nello specifico, i messaggi alternavano toni concilianti a vere e proprie minacce che la minore non poteva non percepire come reali e, per l'effetto, attuabili. Con ciò limitando la sua libera volontà e ricevendone comunque un effetto intimidatorio: ai fini della rilevanza penale di un comportamento di tal fatta alcun valore assumerà la circostanza che il reo si sia poi risolto nel non adottare quanto prospettato, se non ai fini dello scomputo *ex art. 56 c.p.* (in questi termini, circa la compatibilità della fattispecie di cui all'art. 610 c.p. con la forma tentata, Cass., sez. V, 28 aprile 2005, Capria, in *Mass. Uff.*, 232132).

Nella parte finale della motivazione, l'estensore dopo aver posto in continuazione i due addebiti, stante la contestualità e reciproca strumentalità degli stessi, anche per il cumulo giuridico, esclude l'invocata applicazione delle attenuanti di cui all'art. 62 *bis* c.p., in considerazione del fatto che il prevenuto, gravato da pesanti precedenti penali, si sia sempre ritenuto una vittima delle condotte lui contestate (sul valore attenuante del contegno processuale serbato dall'imputato, *ex plurimis*, Cass., sez. VI, 28 marzo 2012, S. P., in *Mass. Uff.*, 252229).

CLAUDIO LARA

G.I.P. TRIBUNALE DI PERUGIA – 14 agosto 2012 – *Est.* SEMERARO
– R.

Difesa e difensore – Difesa tecnica – Difensore di fiducia e difensore di ufficio – Procuratore speciale – Richiesta di riti alternativi – Esclusione – (C.E.D.U., art. 6, paragrafo 3; Cost., art. 24, comma 2; c.p.p., artt. 96, 97, 99, 122, 438, comma 3).

È del tutto incompatibile lo svolgimento della difesa d'ufficio con l'attribuzione del potere di rappresentanza insito nella procura speciale per la celebrazione del rito abbreviato e, pertanto, le istanze di liquidazione dei compensi, quale difensore di ufficio, sono inammissibili (1).

(*Omissis*). Va in primo luogo osservato che dagli atti prodotti ed acquisiti risulta che l'Avv. R., quale procuratore speciale, ha chiesto per gli imputati il rito abbreviato.

All'esito del rito abbreviato, gli imputati sono stati assolti.

Ritiene questo giudice che sia del tutto incompatibile lo svolgimento della difesa di ufficio con l'attribuzione del potere di rappresentanza insito nella procura speciale per la celebrazione del rito abbreviato.

Va ricordato che la difesa di uffici è un *munus* pubblico che prescinde dal rapporto fiduciario ed è sussidiaria, nel senso che sussiste solo ove il rapporto fiduciario manchi.

Però il conferimento della procura speciale per chiedere il rito alternativo dell'abbreviato presuppone necessariamente la sussistenza del rapporto fiduciario.

Con il conferimento della procura speciale l'imputato attribuisce infatti un suo diritto personalissimo.

Con il conferimento della procura speciale, il difensore assume sia la difesa tecnica e le funzioni di assistenza, che quelle di rappresentanza. [...]

Dunque il difensore acquista anche il potere di rappresentanza e il conferimento, volontario, di tale potere da parte del rappresentato implica l'esistenza di un rapporto fiduciario con il rappresentante: rappresentanza volontaria e *munus* pubblico sono concetti incompatibili.

La dottrina, in senso del tutto prevalente, afferma che al difensore di ufficio non si applicano tutte quelle norme che sono riservate al difensore di fiducia, come quelle, relative ai riti alternativi, che attengono all'esercizio di diritti e facoltà del difensore per il quale è necessario il conferimento di procura speciale.

L'art. 122 c.p.p., che regola in via generale il conferimento di procura speciale, poi si riferisce proprio al difensore di fiducia laddove consente, fra l'altro, che la procura speciale sia rilasciata per scrittura privata al difensore con sottoscrizione autenticata dallo stesso difensore.

Dunque, per quanto l'Avv. R. nel corso del processo sia stato qualificato quale difensore di ufficio, egli è in realtà il difensore di fiducia.

Ne consegue che la disciplina sulla liquidazione del difensore di ufficio è inapplicabile. (*Omissis*).

(1) Rappresentanza volontaria e *munus* pubblico.

SOMMARIO: 1. *La vicenda concreta.* – 2. *La difesa nel processo penale.* – 3. *Autodifesa e difesa tecnica.* – 4. (Segue): *il procuratore speciale* – 5. *La richiesta di giudizio abbreviato.* – 6. *Rappresentanza volontaria e munus pubblico: concetti incompatibili?*

1. Con l'ordinanza in epigrafe, il Giudice per le indagini Preliminari presso il Tribunale di Perugia si è pronunciato in relazione ad una istanza di liquidazione dei compensi presentata da un avvocato, quale difensore di ufficio di otto imputati, dopo aver esperito le procedure che attestano la loro irreperibilità.

Tali imputati venivano assolti all'esito del giudizio abbreviato, richiesto dall'avvocato in virtù di procura speciale, ed alla base del diniego del Giudice vi è la considerazione che il *munus* della difesa di ufficio «sia del tutto incompatibile con l'attribuzione del potere di rappresentanza insito nella procura speciale per la celebrazione del rito abbreviato».

Per comprendere le motivazioni addotte dal Giudice risulta necessario procedere ad un preliminare inquadramento della figura del difensore all'interno del procedimento penale per poi soffermarsi sui poteri a questi attribuiti, specie con riferimento agli atti "personalissimi", come la richiesta di riti alternativi.

2. La difesa rappresenta la funzione dialetticamente opposta all'accusa, che l'imputato (autodifesa) e il difensore (difesa tecnica) esercitano innanzi ad un giudice terzo ed imparziale ⁽¹⁾. La difesa è, altresì, una garanzia oggettiva ossia la speranza che «contrapponendo ai ragionamenti ed alle deduzioni dell'accusa i ragionamenti e le deduzioni della difesa» si produca «l'attrito dal quale, come dal ferro battuto, sprizzano quelle scintille di luce che illuminano la mente e la coscienza dei giudicanti» ⁽²⁾.

Ai sensi dell'art. 24, comma 2, Cost., «La difesa è un diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento» ⁽³⁾. Nulla tuttavia è detto sul tipo di struttura idonea a salvaguardare la difesa né sulle singole garanzie che la compongono ⁽⁴⁾. Lacuna tanto più evidente se la si raffronta con all'art. 6, par. 3, della C.E.D.U., ai sensi del quale ogni accusato ha diritto di «difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non

⁽¹⁾ Così FERRUA, *Difesa (diritto di)*, in *Dig. disc. pen.*, III, Torino, 1989, 466.

⁽²⁾ Cfr. BORSANI-CASORATI, *Codice di Procedura penale italiano, commentato*, IV, Milano, 1879, 200.

⁽³⁾ Per una trattazione del diritto di difesa, quale diritto costituzionale all'interno del processo penale, v., per tutti, MAGLIOCCA, *Il diritto di difesa*, in DEAN (a cura di), *Fisionomia costituzionale del processo penale*, Torino, 2007, 51 ss.

⁽⁴⁾ Sulla portata dell'art. 24, comma 2, Cost. CAPPELLETTI, *Diritto di azione e di difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale (art. 24 Costituzione e «due process of law clause»)*, in *Giur. Cost.*, 1961, 1287; GUARINIELLO, *Diritto di difesa e giudizi di valore (In margine al divieto d'opposizione alla costituzione di parte civile nell'istruzione pretorile)*, in *Dig. dis. pen.*, Utet, 1968, 2277 ss.; VASSALLI, *Sul diritto di difesa giudiziaria nell'istruzione penale*, in *Scritti giuridici in onore della Cedam*, II, Padova, 1953, 585 ss.; SECHI, *Il patrocinio dei non abbienti nei procedimenti penali*, Milano, 2006, 7; 25 ss.; BALLERO, *Tutela sostanziale del diritto di difesa e nuovo corso della giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1972, 997; SCAPARONE, *Evoluzione ed involuzione del diritto di difesa*, Milano, 1980, 21.

ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia», ove nessun accenno è fatto all'inviolabilità, ma tuttavia la difesa è qualificata da una serie di garanzie che evidenziano la scelta per un modello accusatorio ⁽⁵⁾.

Si è dunque in presenza di una norma di principio ⁽⁶⁾, che non può essere colmata da semplicistici richiami a precetti codificati, ma va rapportata ad altri principi costituzionalmente cristallizzati, nell'ottica dell'affermazione del *favor libertatis* ⁽⁷⁾.

Pertanto, alla Corte Costituzionale è spettato il compito di dotare di più pregnante significato l'affermazione di cui all'art. 24, comma 2, Cost., arricchendo il nucleo di garanzie difensive ed includendo nel concetto di procedimento ogni attività volta a formare prove utilizzabili in giudizio, quale che fosse la sede del suo svolgimento.

Si può affermare, dunque, che la difesa penale si sostanzia dall'insieme dei diritti, poteri e facoltà ⁽⁸⁾ il cui esercizio è strumentale ad ottenere per l'imputato la pronuncia declaratoria della sua non colpevolezza, che rappresenta l'ultimo e vero oggetto del diritto *de quo* ⁽⁹⁾.

Tutti gli ordinamenti processuali riconoscono all'imputato il diritto di essere assistito da un esperto giuridico. Gli autori concordano nell'individuare la *ratio* ⁽¹⁰⁾ di questo diritto nella possibilità di controbattere sui temi dell'accusa, specie sul valore giuridico del fatto, nonché denunciare eventuali

⁽⁵⁾ Sulla tutela dell'accusato nella C.E.D.U., v. per tutti CHIAVARI, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo, nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969, 251 ss.

⁽⁶⁾ CURTOTTI – NAPPI, *Difesa penale*, in *Dig. disc. pen.*, III Agg., Torino, 2005, 372.

⁽⁷⁾ Cfr. GALEOTTI, *La libertà personale*, Milano, 1953, 31.

⁽⁸⁾ Sull'insieme di prerogative riconosciute all'imputato in attuazione del diritto di difesa v. DI CHIARA, *l'imputato e del diritto di difesa: il telaio dell'art. 24 Cost. e il "nuovo" catalogo dei diritti dell'accusato*, in FIANDACA-DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, 276; SCAPARONE, *Il 2° comma dell'art. 24. Il diritto di difesa nel processo penale*, in BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1981, 87; ID., *Evoluzione ed involuzione del diritto di difesa*, cit., 25.

⁽⁹⁾ Corte Cost., 14 luglio 1971, n. 175. In dottrina v. SCAPARONE, *Elementi di procedura penale. I principi Costituzionali*, Milano, 1999, 120 ss.; ID., *Evoluzione ed involuzione del diritto di difesa*, cit., 20. V. anche VOENA, *Difesa (diritto processuale penale)*, in *Enc. Giur.*, III, Roma 1989, 3.

⁽¹⁰⁾ Ben altro riconoscimento spetta alla difesa tecnica nei sistemi inquisitori o misti, ove lo stravolgimento della figura del difensore è direttamente proporzionale all'entità della formula inquisitoria. Nel modello inquisitorio, infatti, vi è un affievolimento del contraddittorio nella formazione della prova nonché un cumulo di funzioni giurisdizionali ed accusatorio che gettano il difensore in uno stato di passività. V. CORDERO, *Scrittura e oralità nel rito probatorio*, in ID., *Tre studi sulle prove penali*, 1964, 175 e 237 ss.

vizi nello svolgimento del procedimento, attività che presuppone la conoscenza di nozioni tecnico-giuridiche che l'imputato non è in possesso ⁽¹¹⁾.

3. In relazione alle modalità di esercizio la difesa può essere esercitata personalmente (autodifesa) ovvero per il tramite del difensore (difesa tecnica).

Il diritto di autodifesa è la massima esplicazione del principio generale del *nemo tenetur se detegere*, che nell'aspetto attivo si sostanzia nella facoltà per il prevenuto di interloquire nel processo per affermare la sua non colpevolezza, senza obblighi di verità; ed in quello passivo nella facoltà di difendersi tacendo, o comunque, di non fornire elementi a proprio discapito⁽¹²⁾.

Ai sensi dell'art. 99, comma 2, c.p.p.⁽¹³⁾, l'imputato è il *dominus* dell'azione difensiva, ma tuttavia da tale disposizione non può evincersi la legittimità della autodifesa esclusiva⁽¹⁴⁾. La difesa tecnica è, nel nostro ordinamento, una garanzia indisponibile, irrinunciabile, poiché non è prevista la difesa personale esclusiva nemmeno quando l'imputato sia dotato di sufficiente preparazione.

L'obbligatorietà della difesa tecnica, pur non essendo oggetto di una specifica disposizione codicistica⁽¹⁵⁾, è ricavabile da varie norme⁽¹⁶⁾ e risponde all'esigenza di garantire la partecipazione al processo di accusa e difesa su basi paritarie⁽¹⁷⁾.

Quanto al contenuto⁽¹⁸⁾, la difesa, tecnica si estrinseca nel potere di

⁽¹¹⁾ Cfr. per tutti BELLAVISTA, *Difesa giudiziaria penale*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 454.

⁽¹²⁾ V. DOMINIONI-CORSO-GAITO-SPANGHER-DEAN-GARUTI-MAZZA, *Procedura penale*, 2° ed., Torino, 2012, 115.

⁽¹³⁾ Ai sensi del quale «l'imputato può togliere effetto, con espressa dichiarazione contraria, all'atto compiuto dal difensore prima che, in relazione all'atto stesso, sia intervenuto un provvedimento del giudice».

⁽¹⁴⁾ La non legittimità della autodifesa esclusiva fu oggetto di un ampio dibattito in dottrina durante gli anni settanta, per tutti GREVI, *Il problema dell'autodifesa nel processo penale*, Bologna, 1977, *passim*. Tuttavia la Corte investita della questione ritenne legittimo il divieto di autodifesa, *ex art.* 125 del Codice Rocco. V. Corte Cost., 22 dicembre 1980, n. 188; *Id.*, 10 ottobre 1979, n. 125.

⁽¹⁵⁾ Così come previsto all'art. 125 del Codice Rocco.

⁽¹⁶⁾ Il riferimento è agli artt. 97, 178, lett. c); 350, comma 2 e 3; 369; 369 bis; 401, comma 1; 420, comma 1; 666, comma 4, c.p.p.

⁽¹⁷⁾ Sulla *ratio* dell'obbligatorietà, v. Corte Cost., 18 dicembre 1997, n. 421. Il difensore è l'unico soggetto in grado di assicurare, per l'imputato «quella serenità che gli consent[e] di valutare adeguatamente le situazioni di causa», cfr. Corte Cost., 25 ottobre 1989, n. 489.

⁽¹⁸⁾ Questa viene conferita mediante una procura *ad litem*, ossia una nomina contenuta in una dichiarazione scritta o orale. Tale procedura è riferita all'indagato o imputato, nonché alla persona offesa ai sensi dell'art. 101, comma 1, c.p.p. Per quanto concerne le altre parti, la procura speciale è conferita con atto pubblico o scrittura privata autenticata *ex art.* 100, comma 1, c.p.p.

assistenza e di rappresentanza, ossia nella consulenza prestata ad integrazione dell'autodifesa e nel potere conferito al difensore di compiere atti nell'interesse del cliente, ad eccezione di alcune tipologie⁽¹⁹⁾. Trattasi, dunque, di un rapporto che permette all'imputato di continuare ad esercitare il suo diritto di autodifesa, compiendo personalmente tutti quegli atti che non siano per legge riservati al difensore, mentre quest'ultimo ha il potere di compiere per il suo assistito tutti quegli atti che il codice non riserva espressamente alla sola parte⁽²⁰⁾.

La necessità della presenza di un difensore nel procedimento penale costituisce la *ratio* dell'istituto del difensore di ufficio che interviene, infatti, in via sussidiaria, ossia nell'ipotesi in cui l'indagato o l'imputato non ne ha nominato uno di fiducia o ne sia rimasto privo⁽²¹⁾.

Il difensore d'ufficio ha le stesse prerogative di quello di fiducia, compreso il diritto alla retribuzione da parte del suo assistito, anche se irreperibile⁽²²⁾, sul presupposto che tale *munus* non risponde ad esigenze assistenziali, ma ha come unico scopo quello di attuare un minimo di eguaglianza di armi tra accusa e difesa.

Tuttavia, stante l'assenza di un rapporto fiduciario tra difensore d'ufficio e assistito, la nomina da parte di questi di un professionista comporta la cessazione dal *munus*.

4. La regola generale che estende al difensore le prerogative che la legge riconosce all'imputato, subisce un'eccezione rappresentata da tutti quegli atti riservati personalmente all'imputato, per cui la rappresentanza tecnica non è sufficiente.

In tali ipotesi è, infatti, necessaria la rappresentanza volontaria, che permette al difensore di compiere l'atto in nome e per conto della parte assistita. Tale rappresentanza è conferita mediante procura speciale rilasciata, a pena di inammissibilità, per atto pubblico e scrittura privata autenticata, con l'indicazione dell'oggetto e dei fatti cui si riferisce, ai sensi dell'art. 122 c.p.p.⁽²³⁾.

⁽¹⁹⁾ Ai sensi degli artt. 99, comma 1 e 100, comma 4, c.p.p., sono atti personali quelli che la legge espressamente riserva alla parte e che, pertanto, non possono essere compiuti dal difensore.

⁽²⁰⁾ CONSO-GREVI-BARGIS, *Compendio di procedura penale*, 6° ed., Padova, 2012, 145 ss.

⁽²¹⁾ L'autorità procedente provvede alla designazione (art. 99 c.p.p.) sulla base degli elenchi predisposti dal Consiglio dell'Ordine degli avvocati e dei relativi turni di disponibilità.

⁽²²⁾ Cfr. Cass, Sez. IV, 10 aprile 2008, B. M., CED 240224.

⁽²³⁾ La procura speciale è necessaria, ad esempio, per l'istanza di rimessione del processo (art. 46, comma 2, c.p.p.); per l'accettazione della remissione di querela (art. 340 c.p.p.), nonché per gli atti di disposizione di un diritto come la transazione relativa al risarcimento del danno conseguente ad un reato.

L'articolo 122 c.p.p. detta le regole da osservare quando la legge prescrive che l'atto sia compiuto per mezzo di un procuratore speciale, ossia un soggetto cui la parte conferisce il potere di agire in sede processuale in suo nome e conto. Attraverso il conferimento di tale procura l'imputato può compiere indirettamente, attraverso l'operato di un altro soggetto, taluni atti di natura «personalissima»⁽²⁴⁾ che presuppongono l'esercizio di un potere dispositivo.

In giurisprudenza si ritiene valido il mandato pur se la volontà dell'assistito non sia trasfusa in formule sacramentali ovvero sia espressa in modo incompleto, purché dal complesso si possa risalire, senza dubbio alcuno, all'effettiva portata della volontà della parte⁽²⁵⁾.

Poiché la procura si sostanzia in un'apposita nomina che permette al difensore di sostituirsi all'assistito nel porre in essere determinate tipologie di atti, qualora questa sia rivolta nei confronti di colui che fino a quel momento esercitava le funzioni di difensore d'ufficio, questi, proprio in virtù della nomina, decade da tale *munus* in quanto il «difensore di ufficio cessa dalle sue funzioni se viene nominato un difensore di fiducia»⁽²⁶⁾.

5. Si è illustrato come per il compimento di taluni atti sia necessario un *quid pluris* rispetto alla mera rappresentanza tecnica, poiché trattasi di atti che incidono notevolmente sulla sfera dell'assistito e pertanto l'ordinamento sancisce che possano essere presentati dall'imputato ovvero dal difensore munito di procura speciale. Tra questi vi è la richiesta di giudizio abbreviato, come previsto dal comma 3 dell'art. 438 c.p.p., secondo cui la volontà dell'imputato è espressa personalmente o a mezzo del procuratore speciale con sottoscrizione autenticata, poiché si sostanzia in un atto dispositivo personale, in deroga al principio che estende al difensore i diritti spettanti all'imputato, *ex art. 99, comma 1, c.p.p.*⁽²⁷⁾.

Il fondamento di una simile disciplina si rinviene nella struttura di tale rito deflattivo.

La Corte Costituzionale⁽²⁸⁾, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità

⁽²⁴⁾ Così DOMINIONI-CORSO-GAITO-SPANGHER-DEAN-GARUTI-MAZZA, *Procedura penale*, cit., 117.

⁽²⁵⁾ Così Cass., sez. VI, 1° luglio 1992, V., *CED*, 192007, 852; Id., sez. IV, 3 febbraio 2002, M., *CED*, 228595.

⁽²⁶⁾ Art. 97, comma 6, c.p.p.

⁽²⁷⁾ Sull'istituto, in generale, v. CANZIO, *Giudizio abbreviato*, in *Enc. Dir.*, Agg. IV, Milano, 2000, 617 ss.

⁽²⁸⁾ Si tratta di Corte Cost., 13 gennaio 2005, n. 57 (ord.), con cui il Giudice delle leggi ha dichiarato manifestamente infondata, in relazione agli artt. 3, 24, 111 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 438, comma 3, c.p.p., nella parte in cui non prevede che la facoltà di giudizio abbreviato possa essere esercitata anche dal difensore dell'imputato irreperibile non munito di procura speciale, in quanto il rito abbreviato si configura come atto personalissimo. In dottrina v. SCARCELLA, *Silenio dell'imputato, difesa tecnica e riti alternativi: un (difficile) compromesso*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, 56.

di tali modalità, ha evidenziato come la richiesta del rito abbreviato, che consiste in una definizione del giudizio sulla base del risultato dell'attività di indagine, determinasse effetti incisivi sulla sfera giuridica del soggetto, sia sul terreno sostanziale che processuale ⁽²⁹⁾.

Il rito abbreviato si fonda sul materiale raccolto in sede di indagini preliminari e consente una limitata acquisizione degli elementi integrativi ⁽³⁰⁾, comportando una rinuncia alla garanzia della formazione della prova in dibattimento, nonché alla possibilità di essere giudicato da un collegio ⁽³¹⁾.

Tale considerazione ha portato la Corte a ritenere ragionevole che il legislatore, nel modificare l'istituto *de quo*, abbia mantenuto la precedente disciplina relativa alla richiesta del rito (personalmente dall'imputato o dal suo difensore munito di procura speciale).

I principi esposti sono stati ribaditi dalle Sezioni Unite ⁽³²⁾ che evidenziano come l'importanza della scelta spieghi la legittimazione a proporre la richiesta di rito abbreviato all'imputato, ovvero ad un suo procuratore speciale.

In relazione alla richiesta, è ormai pacifico in giurisprudenza la legittimità dell'instaurazione del rito abbreviato presentata del difensore non munito di procura speciale in presenza dell'imputato che nulla eccepisca.

A parere della Corte, infatti, la sussistenza di una richiesta proveniente da colui che agisce nell'interesse dell'imputato, nonché la presenza di questi all'udienza, sono elementi idonei a conferire all'atteggiamento silente dell'assistito la corrispondenza della sua volontà a quella esternata dal difensore ⁽³³⁾.

⁽²⁹⁾ Scelta compiuta in situazioni affini come l'applicazione della pena su richiesta dalle parti (art. 446 c.p.p.) e rinuncia all'udienza preliminare (art. 419, comma 5, c.p.p.). In relazione al patteggiamento v. Corte Cost., 1° aprile 1993, n. 143, Ord., in cui nel dichiarare la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 446 c.p.p. in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., la Corte ha evidenziato come l'attribuzione in via esclusiva all'imputato della facoltà di richiedere o dare il consenso all'applicazione della pena concordata trova fondamento nell'esigenza di tutela della parte, sul rilievo della particolare natura dell'impegno assunto e delle conseguenze che ne derivano, determinando spesso una non reversibile disposizione di fondamentali diritti.

⁽³⁰⁾ Si parla, in proposito di rito a prova "contratta".

⁽³¹⁾ V. PICCIALLI, *La richiesta di giudizio abbreviato da parte del difensore non munito di procura*, in *Il Corriere del Merito*, 2008, 717 ss.

⁽³²⁾ Cfr. Cass., sez. un., 31 gennaio 2008, M., CED 238680. Per un commento v. PICCIALLI, *La richiesta di giudizio abbreviato da parte del difensore non munito di procura*, cit., 718.

⁽³³⁾ In tal senso, Cass., sez. un., 31 gennaio 2008, n. 9977, cit. Conformi: Cass., sez. VI, 11 aprile 2001, M., CED 220906; Cass., sez. VI, 13 marzo 1997, C., CED 209116. *Contra*: Cass., sez. I, 1° marzo 2006, D. e altro, CED 233581; Cass., sez. III, 16 novembre 1990, S., CED 186106. Per una panoramica concernente il contrasto giurisprudenziale risolto dalle Sezioni Unite v. DEGL'INNOCENTI, *Giudizio abbreviato ed applicazione della pena su richiesta delle parti: questioni controverse*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2010, 4, 376 ss.; SCARCELLA, *Silenzio dell'imputato, difesa tecnica e*

A conclusione difforme dovrà, tuttavia, pervenirsi nell'ipotesi di richiesta proveniente dal difensore privo di procura speciale in assenza dell'imputato ⁽³⁴⁾.

6. Alla base del diniego dell'ordinanza *de qua*, vi è proprio la considerazione della qualità di procuratore speciale, rivestita dall'avvocato.

La richiesta di riti alternativi è atto personalissimo, pertanto, in assenza dell'imputato, dovrà provenire dal difensore munito di apposita procura speciale, che gli conferisce il diritto di agire in nome e per conto dell'assistito. Sul presupposto della tipologia di atti che si richiedono e all'incidenza che questi hanno sulla sfera della parte cui sono rivolti, la legge richiede quindi un rafforzamento, non essendo sufficiente la sussistenza di una mera difesa tecnica, sia che venga esplicitata per il tramite di un difensore di fiducia ovvero da un difensore d'ufficio. Tali considerazioni portano ad affermare che nel momento in cui un difensore di ufficio diviene procuratore speciale, cessa da tale *munus*, poiché il rapporto che si instaura con l'assistito è un rapporto fiduciario rafforzato da un *quid pluris*, del tutto assimilabile a quello con il difensore di fiducia.

Correttamente il giudice *a quo* configura il difensore in questione quale difensore di fiducia nonostante risultasse agli atti mero difensore di ufficio, in virtù di quella procura speciale rilasciata dagli imputati per la richiesta di giudizio abbreviato, che ha comportato l'instaurarsi di un rapporto fiduciario. Può infatti rilevarsi come la sua partecipazione al procedimento sia avvenuta quale procuratore speciale, poiché proprio all'esito del giudizio abbreviato richiesto i suoi assistiti venivano assolti.

Pertanto deve convenirsi con le statuizioni dell'ordinanza in commento che evidenziano come il procedimento per cui veniva chiesta la liquidazione dei compensi quale difensore di ufficio fosse un rito abbreviato, richiesto dal medesimo in virtù di procura speciale e che, pertanto, lo stesso difensore andasse configurato quale procuratore speciale, il cui mandato fa cessare il precedente *munus* di difensore d'ufficio, stante l'incompatibilità concettuale, nonché normativa, tra i due istituti.

LUDOVICA KHRAISAT

riti alternativi: un (difficile) compromesso, cit., 54 ss.; LA REGINA, *Giudizio abbreviato*, in *Studium Iuris*, 2008, 1133; PICCIALLI, *La richiesta di giudizio abbreviato da parte del difensore non munito di procura*, cit., 719.

⁽³⁴⁾ V. Cass., sez. I, 24 novembre 1993, Minerva, *CED*, 197076, che ravvisa una causa di deducibile e rilevabile in qualunque stato e grado del procedimento nell'ipotesi di richiesta avanzata esclusivamente del difensore dell'imputato latitante, non munito di procura speciale; nonché Cass., Sez. III, 5 maggio 2004, Mignano, *CED*, 229456 per cui la celebrazione del rito abbreviato, malgrado la carenza del consenso dell'imputato poiché assente, ed in assenza della procura speciale configura una causa di nullità del procedimento che se pur assoluta, è di ordine generale e pertanto ecepibile *ex art.* 180 c.p.p.

DIRITTO PUBBLICO

CORTE CONTI – sez. giur. Umbria- 16 dicembre 2011 n. 184 – Pres.
PRINCIPATO – *Est.* LEONI – Procura Regionale dell’Umbria C. A.D. e
altri

Enti locali – Responsabilità patrimoniale risarcitoria – Sanzione pecuniaria – Elemento soggettivo – Mancata prova – Non irrogabilità
(art. 30, comma 15, l. 27 dicembre 2002, n. 289)

Giurisdizione contabile – Accertamento diretto della nullità – Nullità parziale – Sussistenza

Atto amministrativo – Nullità anche parziale – Effetti – Insanabilità atti connessi – Rapporti integralmente esauriti – Inefficacia della nullità

L’applicabilità della sanzione pecuniaria prevista dall’art. 30, comma 15, L. 289/2002 è subordinata alla sussistenza dell’elemento soggettivo del dolo o della colpa grave motivo per cui in caso di assenza o di mancanza di prove atte a dimostrare la sussistenza dell’elemento soggettivo ai deliberanti non potrà essere irrogata la sanzione pecuniaria (1).

La giurisdizione del giudice contabile quale giudice naturale e precostituito ai sensi dell’art. 103 della Carta costituzionale si estende sino all’accertamento diretto della nullità in quanto la medesima serve al giudicante per individuare l’invalidità del titolo su cui si fonda la domanda e giustificarne il mancato accoglimento. Il Giudice contabile tuttavia può estendere la propria giurisdizione alla dichiarazione di nullità degli atti emanati da una pubblica amministrazione anche se tale potere cognitivo non può riguardare ciascun atto nella propria interezza, ma solo i profili meramente contabili (2).

La nullità anche parziale delle delibere e degli atti negoziali ad esse riconnessi opera spiegando i propri effetti di insanabilità solo per i rapporti che non si siano già integralmente esauriti sul noto principio factum infectum fieri nequit, mentre non opera per gli atti intercorsi tra le parti che non abbiano ancora assunto una definitività giuridica (3).

(Omissis).

La questione all'esame del Collegio concerne la richiesta applicazione, nei confronti dei componenti del Consiglio comunale di Perugia e delle delibere n. (*Omissis*) da essi adottate, nonché dei relativi contratti stipulati dal Comune in forza degli atti medesimi, della sanzione prevista dall'art. 30, comma 15, della legge 27 dicembre 2002, n. 289.

(*Omissis*).

L'esame del merito della controversia impone al Collegio, in primo luogo, di meglio precisare gli effetti della pronuncia richiesta dalla Procura regionale, con riferimento alla previsione normativa contenuta nell'art. 30, comma 15, della legge, n. 289 del 2002. Questa precisazione risulta decisiva per comprendere pienamente il contenuto concreto da attribuire alla disposizione innanzi richiamata e per l'esatta esecuzione della decisione che la Corte assume in fattispecie quale quella oggetto del presente giudizio.

Occorre, a tal fine, tenere presente quanto questa Sezione- con la ripetuta sentenza n. 128 del 2007- e le stesse Sezioni riunite della Corte dei Conti- con la pure richiamata sentenza n. 12/QM/2007 – hanno avuto modo di stabilire a proposito dell'individuazione, ad opera della legge, della Corte dei Conti quale giudice naturale precostituito per legge ed alla pacifica natura di giudizio contabile che la Procura introduce quando chiede, in citazione, la dichiarazione di nullità degli atti e dei contratti di finanziamento di spese diverse da quelle di investimento sostenute con risorse provenienti da indebitamento, nonché l'applicazione della sanzione nei confronti degli amministratori dell'Ente locale che tali atti abbiano provati.

Premesso, dunque, che a tali affermazioni il Collegio intende integralmente rinviare, (*Omissis*), occorre qui svolgere un ulteriore ragionamento finalizzato, come premesso, a stabilire in modo chiaro il contenuto concreto della disposizione di riferimento.

Siffatto ragionamento non può non prendere le mosse dalla lettura combinata degli articoli 103, secondo comma e 113, ultimo comma, della Costituzione, disponendo il primo che "la Corte dei conti ha giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalle legge" ed il secondo che "la legge determina quali organi della giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa".

A tali lapidarie statuizioni occorre aggiungere quanto la Corte costituzionale (segnatamente con le recenti sentenze 14 luglio 2004, n. 204 e 17 maggio 2006, n. 191) ha avuto modo di stabilire a proposito dei limiti posti al Legislatore nell'attribuzione della giurisdizione per blocchi di materie.

È dunque nei limiti e con i criteri così stabiliti che deve essere inquadrata l'attribuzione della Corte dei Conti della giurisdizione relativa

alla dichiarazione di nullità di atti emanati da una pubblica amministrazione, precisando che siffatto potere cognitivo non è da intendere esteso a ciascun atto nella sua interezza, bensì meramente ai soli profili di natura contabile.

Questa interpretazione che il Collegio considera conforme al riparto di giurisdizione delineato nella carta fondamentale trova riscontro sia nella giurisprudenza di riferimento sopra richiamata- la quale ha evidenziato che la giurisdizione assegnata alla Corte dalla legge n. 289 del 2002 è tale perché, operando la “nullità di diritto”, la concreta applicazione al pari di ogni altra misura di reazione a detti illeciti, cioè quelli contabili è affidata “alla Corte dei Conti quale giudice naturale precostituito per legge” ex art. 25 cost” (così la sentenza di questa Sezione n. 128 del 2007), e per essere il relativo processo quello “di cui agli artt. 43 e seguenti del R.D. n. 1038/1933 e all’art. 5 della legge n. 19/1994” (così le Sezioni Riunite, nella sentenza n. 12/QM/2007)- sia nell’indiretta considerazione che, se gli atti in questione fossero permeati da altri vizi, comportanti “nullità”, ma non afferenti agli aspetti strettamente contabili e finanziari, il sindacato giudiziale sarebbe comunque affidato ad altro Giudice.

In definitiva si tratta dell’attribuzione alla Corte dei conti del potere di giudicare di una nullità- comminata direttamente dalla legge, ma i cui concreti effetti possono derivare solamente a seguito della dichiarazione giudiziale sollecitata dalla Procura contabile- limitata ai profili concernenti le attribuzioni tipiche dell’Istituto che sono, appunto, esclusivamente quelle contabili. Anche perché, avendo sempre ben presente il bene – valore che la legge ha inteso salvaguardare, che è quello dell’equilibrio di bilancio, la reazione” apprestata dall’ordinamento a condotte devianti, che tale equilibrio compromettano è destinata chiaramente a censurare gli aspetti riguardanti le modalità della copertura di ciascun atto di spesa sospettato, non altri.

L’insieme delle considerazioni che precedono assume, peraltro, un significato particolarmente pregnante con riferimento alle conseguenze che l’eventuale dichiarazione di nullità comporta nei confronti degli atti sottoposti a giudizio, perché è evidente che – nell’ottica interpretativa testè delineata – al verificarsi della dichiarazione giudiziale consegue che all’Ente incomba l’obbligo di provvedere ad una diversa copertura finanziaria degli atti in questione.

In altri termini- e anche al fine di non esporre le pronunzie della Corte a sconfinamenti, di dubbia costituzionalità, nei poteri discrezionali degli Enti destinatari dei limiti introdotti dalla ripetuta legge finanziaria 2003- la dichiarazione di nullità “contabile” implica che l’Ente – fermi i suoi poteri di emanare atti comportanti l’assunzione di spese e di emanare, altresì, gli eventuali atti di secondo grado ad essi

connessi, compresi quelli in via di autotutela- si trovi obbligato a non procedere all'esecuzione della spesa deliberata, almeno in quei termini di copertura finanziaria, e debba provvedere, per le spese già eseguite in forza di delibere nulle, a rideterminare virtualmente, ora per allora, la differenza di risultato dei documenti contabili, a ragione delle disposte nullità, assegnando ad economia le risorse provenienti da indebitamento utilizzate illegittimamente ed a riportare a disavanzo, nel rendiconto, le uscite destinate a corrispettivo dei contratti con i quali siano state pagate spese correnti, la copertura delle quali deve essere assicurata mediante altre, consentite, entrate tra quelle indicate nell'art. 149, comma 4, del testo unico approvato con DPR 18 agosto 2000, n. 267.

In tal modo, con la pronuncia di nullità emessa dalla Corte dei conti è salvaguardato il principio dell'equilibrio di bilancio immanente alla disposizione dell'art. 30, comma 15, della legge n. 289 del 2002, come innanzi precisato. (*Omissis*).

Viene ora all'esame del Collegio la connessa questione della "nullità" dei contratti che il Comune di Perugia ha stipulato in esecuzione delle delibere dichiarate assunte in violazione dei limiti posti dall'art. 30, comma 15, della legge n. 289 del 2002.

Va detto che, evidentemente, la legge collega la sorte dei due atti giuridici, provvedimento e contratto, in guisa tale che *simul stabunt, simul cadent* non lasciando spazio ad alcuna discrezionalità del Giudice, ma innescando un automatismo che determina il venir meno del secondo alla dichiarazione di nullità del primo.

Conseguentemente, sono nulli i contratti che sono stati stipulati in applicazione delle delibere che questa Sezione ha dichiarato, anche parzialmente nulle.

A tal proposito deve, comunque, esser qui ribadito quanto questa Sezione ha avuto modo di precisare nel punto XIX della sentenza n. 87 del 2008: "la nullità in questione opera solo per i rapporti che non siano già integralmente esauriti e per i quali, quindi, non sia più possibile emanare tutti gli effetti oramai irretrattabilmente prodotti: *factum infectum fieri nequit*"

Al verificarsi della deliberazione degli atti di spesa assunti con risorse provenienti da indebitamento, in violazione dei limiti posti dall'articolo 30, comma 15, della legge 27 dicembre 2002, n. 289, ripetutamente qui richiamata, la disposizione che tali limiti ha posto prevede anche, al secondo periodo, che "Le sezioni giurisdizionali regionali della Corte dei conti possono irrogare agli amministratori, che hanno assunto la relativa delibera, la condanna ad una sanzione pecuniaria pari ad un minimo di cinque e fino ad un massimo di venti volte l'indennità di carica percepita al momento di commissione della violazione".

Sull'applicazione di questa disposizione la giurisprudenza di questa

Sezione e delle Sezioni Riunite della Corte dei Conti, più volte innanzi riportata, ha avuto modo di fissare alcune linee interpretative che, in questa sede, debbono essere integralmente confermate.

Più in particolare il Collegio intende fare riferimento, per quanto qui di interesse, alle affermazioni concernenti gli elementi oggettivo e soggettivo al sovvenire dei quali s'integra la fattispecie alla quale la sanzione pecuniaria è collegata.

Quanto all'elemento soggettivo, dunque, è da considerare assodato che l'intensità minima che deve caratterizzarlo – analogamente a quanto stabilito dalla legge quanto alle ipotesi di responsabilità a carattere risarcitorio per danno erariale – è quella della colpa grave nella condotta tenuta dai soggetti destinatari della sanzione stessa, cioè, testualmente, gli “amministratori che hanno assunto la relativa delibera”.

Sul punto, peraltro, questa Sezione, nella sentenza n. 87 del 2008 si è anche soffermata sul profilo relativo alla misura della sanzione che, in quanto stabilita in una misura minima ed in una misura massima ha fatto intendere che la legge abbia voluto attribuire al Giudice il potere di stabilire l'entità della sanzione pecuniaria in dipendenza tanto della lesività della condotta in senso oggettivo, quanto dell'intensità dello stesso elemento soggettivo. (*Omissis*).

Con tutta evidenza, dunque, il Giudice contabile è chiamato a valutare i fatti nei quali si sono estrinsecate le condotte in una prospettiva che tenga conto della gravità degli effetti degli atti illegittimamente adottati, del grado di consapevolezza che possa aver caratterizzato le scelte degli amministratori e, casomai, della frequenza e della reiterazione con la quale tali scelte siano state operate.

Anche perché per concludere le considerazioni generali sul punto, la disposizione sanzionatoria è evidentemente applicabile solamente nei confronti degli amministratori derogando alla previsione tipicamente applicabile nelle ipotesi di responsabilità amministrativa per danno erariale, che ha distinto, quanto agli Enti locali, la responsabilità degli organi di indirizzo politico da quella degli organi di gestione già a partire dall'art. 53 della legge 8 giugno 1990, n. 142 (*Omissis*)

Da questo assetto consegue però che – formandosi comunque gli atti deliberativi all'esito di un'istruttoria necessariamente eseguita dagli Organi di gestione tecnica ed amministrativa degli Enti – la capacità di una compiuta comprensione della natura delle spese si manifesta non sempre agevole per i componenti degli organi di indirizzo politico.

Diversa rilevanza, ai fini dell'elemento soggettivo, deve infatti essere attribuita a delibere nelle quali manifestamente il contenuto dell'autorizzazione si riferisce a spese correnti ed, invece, a delibere nelle quali la spesa da autorizzare fa manifesto riferimento, fin dal titolo, ad interventi di “manutenzione straordinaria”. Anche perché una compiuta

comprensione della natura della spesa- se cioè essa possa essere qualificata di “investimento” o meno- è operazione non sempre agevole e talora condizionata da anfibologie semantiche. Quanto premesso, peraltro, trova riscontro nella sentenza della Sezione I giurisdizionale centrale della Corte dei conti n. 444 del 15 giugno/13 luglio 2010che, in parziale riforma della sentenza di questa Sezione, n. 87 del 2008, più volte richiamata, ha affermato che: *l'indubbia esattezza dell'interpretazione della normativa effettuata dalla sentenza- che spende ben dieci pagine di scritto per dimostrare, attraverso richiami e citazioni di regolamenti, di principi, di norme e di codici internazionali, l'illegittimità dell'impiego di fondi – tuttavia non è seguita con la medesima incisività dalla valutazione del comportamento degli appellanti, ai quali, di certo, va imputata la colpa per avere con alquanto leggerezza impiegato i fondi raccolti dal pubblico risparmio per lavori, talvolta, di mera riparazione di danni causati da eventi atmosferici di carattere eccezionale, ma non un comportamento scriteriato, attesa la mancanza, nella legge n. 350/2003, da poco emanata, di una nozione “ontologica” di manutenzione straordinaria; la difficoltà di percezione della portata dell'innovazione recata dalla norma costituzionale, di natura contabile, è bene ricordare; e infine l'avvento della nota pronuncia della Consulta quando la maggior parte dei finanziamenti censurati erano stati già deliberati. Ad essi, tutt'al più può essere fatto addebito di non aver valutato, con la cautela e l'approfondimento dovuti, la portata dell'innovazione e di avere confidato nell'utilizzabilità del tradizionale concetto di manutenzione straordinaria, così come tramandato e stratificato nella prassi burocratica”.*

Il Collegio considera che a tale impostazione debba esser data continuità, quantomeno con riferimento a fatti coevi. Ciò sia per ragioni di giustizia sostanziale con riguardo agli amministratori di Enti diversi che abbiano tenute condotte sostanzialmente conformi, sia per attribuire alla giurisprudenza della Corte dei Conti *in subjecta materia* chiarezza ed uniformità di linea interpretativa.

Tanto più in presenza di condotte-quali sono quelle degli amministratori convenuti- che non manifestano quella gravità alla quale si è fatto cenno, segnatamente con riguardo alla “riconoscibilità” dell'insussistenza dei presupposti per l'adozione di atti deliberativi esorbitanti i limiti posti dalla legge n. 289 del 2002.

Conseguentemente non sussistono i presupposti per l'applicazione della sanzione prevista dall'art. 30, comma 15 della legge 27 dicembre 2002, n. 289, nei confronti degli odierni convenuti.

Per questi motivi la Corte dei Conti, Sezione giurisdizionale per l'Umbria definitivamente pronunciando accoglie parzialmente la citazione introduttiva del presente giudizio e per l'effetto dichiara la parziale nullità contabile delle delibere del Consiglio Comunale di

Perugia (*Omissis*) limitatamente alle seguenti delibere della Giunta comunale (*Omissis*) con conseguente nullità dei relativi atti negoziali a tali delibere connessi, con i limiti indicati in parte motiva quanto ai rapporti esauriti per avvenuta completa esecuzione dei contratti stipulati e dispone che il Comune di Perugia, rideterminata, in termini di competenza la differenza di risultato che consegue in ognuno degli anni interessati, apporti – nei modi indicati in parte motiva – le conseguenti modifiche nel bilancio dell’esercizio nel quale è data esecuzione alla presente sentenza, e ciò al fine di ripristinare il corretto equilibrio leso.

(1-3) La nullità c.d. contabile e l’orientamento del Collegio contabile umbro

SOMMARIO: 1. *L’ambito di applicabilità della l. n. 289/2002*- 2. *La giurisdizione del Giudice Contabile come giudice naturale e precostituito e l’accertamento diretto della nullità* - 3. *Effetti della nullità contabile ed eseguibilità della sentenza*

1. Nella sentenza in esame la Corte dei Conti sez. giur. dell’Umbria è chiamata a pronunciarsi sul giudizio di responsabilità amministrativa patrimoniale introdotto dalla Procura Regionale nei confronti dei componenti del Consiglio comunale di Perugia per l’applicazione ai convenuti della sanzione prevista dall’art. 30, comma 15 della l. n. 289/2002 .

La normativa introdotta dalla l. n. 289/2002 contiene le disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato e all’art. 30 comma 15 prevede che: *“qualora gli enti territoriali ricorrano all’indebitamento per finanziare spese diverse da quelle di investimento, in violazione dell’articolo 119 della Costituzione, i relativi atti e contratti sono nulli. Le sezioni giurisdizionali regionali della Corte dei conti possono irrogare agli amministratori, che hanno assunto la relativa delibera, la condanna ad una sanzione pecuniaria pari ad un minimo di cinque e fino ad un massimo di venti volte l’indennità di carica percepita al momento di commissione della violazione ha come oggetto la tutela dell’equilibrio economico-finanziario degli enti territoriali”*.

La normativa predetta viene pertanto introdotta per garantire la tutela dell’equilibrio economico-finanziario degli enti territoriali e a tal fine il legislatore ha inteso utilizzare una tecnica di protezione degli interessi erariali prevedendo, da un lato misure invalidanti sugli atti ed i contratti, e dall’altro creando una fattispecie sanzionatoria per i comportamenti trasgressivi, in linea con quanto stabilito dalle misure dissuasive previste dal diritto comunitario.

In particolare, quindi, il legislatore con l'art. 30 ha introdotto una ipotesi di responsabilità patrimoniale di tipo risarcitorio con condotta a forma vincolata, nella quale l'evento costitutivo della responsabilità è rappresentato da una valutazione tipica dell'offensività dei fatti rispetto all'equilibrio di bilancio dell'Ente territoriale, mentre la sanzione pecuniaria è rappresentata da una valutazione tipica di adeguatezza della risposta sanzionatoria al fatto illecito commesso.

In tale prospettiva il Collegio contabile umbro è chiamato a pronunciarsi sugli effetti prodotti dal vincolo apposto sulle risorse autonome del Comune di Perugia per coprire il debito contratto con le delibere, nonché sulla sussistenza o meno di responsabilità sanzionabile da parte dei singoli consiglieri comunali.

L'orientamento assunto dalla Corte di conti umbra si conforma a quello di parte della dottrina secondo cui la comprovata assenza dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa grave⁽¹⁾ impedisce di fatto l'effettiva irrogazione della sanzione.

Infatti, mentre la nullità oggettiva opera di diritto prescindendo da ogni altra indagine sullo stato soggettivo di chi ha posto in essere gli atti stessi, la sanzione soggettiva si configura come una misura punitiva di reazione agli illeciti amministrativi e contabili e può essere applicata solo se viene accertata la sussistenza dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa grave dei deliberanti.

La sentenza in esame, quindi, pur rilevando la sussistenza di un indebitamento *contra legem* -cui è conseguita la dichiarazione di parziale nullità contabile delle delibere del Consiglio Comunale di Perugia e dei relativi atti negoziali connessi- ha ritenuto di non poter comminare ai convenuti la sanzione pecuniaria di cui all'art. 30 della l. n. 289 del 2002 per carenza del presupposto indefettibile di dolo o colpa grave.

2. La Corte dei Conti umbra, anche per ragioni di armonia espositiva, ha ritenuto di dover affrontare preliminarmente il concetto di indebitamento attenendosi all'ormai consolidata interpretazione assunta dalla dottrina e dalla giurisprudenza secondo cui per indebitamento deve intendersi l'insieme delle operazioni che comportano l'esborso di risorse aggiuntive

⁽¹⁾ La tematica della responsabilità sanzionatoria sembra essere ormai ad un buono stato di elaborazione essendo chiarito in dottrina e giurisprudenza che trattasi di una fattispecie che non può comunque prescindere dall'accertamento colposo o doloso dell'agente e sulla quale non pare essere dubbia la giurisdizione della Corte dei Conti (cfr. BARTOLINI, *Sulla c.d. nullità contabile*, in www.giustamm.it). E ancora la Corte dei conti infatti ritiene non ravvisato l'elemento soggettivo della colpa grave (presupposto fondamentale ai fini della configurazione della particolare responsabilità ex art. 30, comma 15, legge n.289/2002, secondo anche quanto statuito dalle Sezioni riunite della Corte dei conti, 27 dicembre 2007, n. 12/QM, in www.corteconti.it).

per l'effettuazione di spese non idoneamente coperte in bilancio e per il finanziamento di spese non di investimento.

Tale primo assunto – utilizzato dalla Corte per chiarire se l'emissione dei BOC era servita per sviluppare ed incrementare il patrimonio secondo una logica di investimento, o per la gestione di spese diverse – non presenta particolari criticità proprio per l'ampia condivisione, da parte del Collegio, dell'orientamento prevalente assunto anche dai precedenti collegi contabili.

La sentenza della Corte dei Conti umbra contrasta invece con altre precedenti pronunce quando affronta il tema della giurisdizione contabile in relazione all'accertamento diretto della nullità ed alla sua qualificazione come nullità contabile.

Infatti, nonostante la Corte dei Conti ai sensi dell'art. 103 della Costituzione sia definita quale giudice speciale del nostro ordinamento e giudice "naturale" della responsabilità amministrativa la dizione normativa dell'articolo 1 primo comma della l. n. 20/1994 ne scolpisce l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali.

Gli ultimi arresti giurisprudenziali della Suprema Corte, in un'ottica di maggiore garanzia nei confronti del cittadino – contribuente, sembrano meritoriamente ampliare l'ambito del sindacato del giudice contabile, erodendo quella originaria "barriera" del merito che una parte della dottrina aveva edificato per assicurare alla Pubblica Amministrazione una "zona franca" potenzialmente aperta all'arbitrio dei pubblici poteri.

La questione è assai delicata perché nell'ambito dell'attività amministrativa, il *discrimen* tra sindacabilità ed insindacabilità delle opzioni possibili è davvero incerto, dovendosi temperare due esigenze contrastanti, entrambe meritevoli di tutela, quali la necessità di non condizionare l'attività dei pubblici amministratori e l'esigenza di impedire lo sperpero del denaro pubblico.

Un'altra possibile soluzione favorevole alla giurisdizione in materia del giudice contabile è stata poi prospettata anche dalla dottrina secondo cui trattandosi di questioni tra di loro collegate devono essere risolte dal medesimo giudice contabile anche in virtù del principio di concentrazione delle tutele⁽²⁾.

Ciò premesso, pertanto, nella sentenza in esame emerge l'assunto secondo cui è la Corte dei Conti il giudice naturale e precostituito e può estendere la propria giurisdizione fino alla dichiarazione di nullità degli atti emanati da una pubblica amministrazione limitando, tuttavia, il proprio potere cognitivo ai soli profili meramente contabili.

⁽²⁾ Cfr. SMIROLDO, *La giurisdizione di nullità della Corte dei Conti sui provvedimenti e sui contratti che violano l'art. 30, comma 15, L. 27 dicembre 2002, n. 289: per gli enti territoriali un possibile exit device per liberarsi della morsa dei derivati finanziari*, in www.lexitalia.it.

Già in precedenza, infatti, il Collegio contabile si era espresso con la sentenza n. 87 del 23 maggio 2008⁽³⁾ in cui la Corte era stata chiamata a pronunciarsi su una delibera comunale con cui era stata disposta l'emissione di un prestito obbligazionario volto al finanziamento di una molteplicità di spese. In quel caso il Collegio, sul presupposto che alcune spese non potevano essere qualificate come spese di investimento, aveva deliberato la nullità di tutti gli atti ed i contratti sottesi a quelle spese.

La decisione della Corte dei Conti poggiava il proprio fondamento sulla distinzione tra spese di straordinaria ed ordinaria amministrazione e su tale presupposto era giunta all'irrogazione di due tipologie di sanzioni: da un lato la nullità degli atti e dei contratti di indebitamento, e dall'altro l'irrogazione della sanzione pecuniaria a carico di coloro che avevano assunto la delibera colpevole del ricorso all'indebitamento⁽⁴⁾.

Sulla medesima tematica veniva poi pronunciata un'altra sentenza della Corte dei Conti campana, la n. 2185 del 30 dicembre 2011⁽⁵⁾, che, tuttavia, su una fattispecie analoga assumeva un differente orientamento.

In quel caso il giudice contabile campano aveva ritenuto che alla Corte dei conti fosse precluso accertare la nullità in via diretta, salva la residuale possibilità di accertamento della nullità in via incidentale

Sulla scorta di tale ragionamento, pertanto, secondo il Collegio della Campania non poteva essere ordinato all'Ente di ottemperare ad alcun obbligo di adeguamento- seppure orientato al raggiungimento del ripristino dell'equilibrio lesivo- in quanto una pronuncia di mero accertamento incidentale della nullità parziale non poteva comportare l'estensione del giudicato al relativo capo della sentenza e al correlato dispositivo⁽⁶⁾.

⁽³⁾ Cfr. Corte conti, 23 maggio 2008, n. 87 in *www.corteconti.it*

⁽⁴⁾ Sempre secondo il Giudice umbro, tra le due sanzioni vi sarebbe una stretta correlazione, sicché la sanzione pecuniaria verrebbe a configurarsi come diretta conseguenza rispetto all'accertamento della nullità della delibera. In questo quadro si è anche evidenziato che la nullità delle delibere possa essere totale o parziale, a seconda dell'ambito di destinazione delle risorse provenienti dall'indebitamento: difatti, se queste ultime, nel caso concreto, vengano destinate in parte a spese per investimento, ed in parte per spese correnti, gioco forza la nullità sarà parziale nel senso che colpirà la delibera con cui si è disposto l'indebitamento limitatamente a quella parte che ha consentito il finanziamento delle spese correnti (Cfr. BARTOLINI, *Sulla c.d. nullità contabile*, cit.)

⁽⁵⁾ Cfr. Corte conti, sez. Campania, 30 dicembre 2011, n. 218, in *www.corteconti.it*.

⁽⁶⁾ Inoltre sempre secondo il Collegio campano l'accertamento della nullità potrebbe stimolare processi di auto correttivi dell'Amministrazione danneggiata che potrebbe determinarsi a porre in essere atti di autotutela decisoria/annullamento d'ufficio della delibera di assunzione del finanziamento e di rinegoziazione o risoluzione del contratto di mutuo, riportando l'attività amministrativa nella legalità finanziaria (Cfr. BARTOLINI, *Sulla c.d. nullità contabile*, cit.)

Di conseguenza il rilevante danno alla finanza pubblica, derivante dalla stabilità effettuale della delibera, non potendosi esaurire con l'azione sanzionatoria di cui all'art. 30, comma 15 della l. n. 289/2002, imponeva anche l'esperimento dell'azione risarcitoria pubblicistica.

La sentenza in commento, invece, lungi dal conformarsi al giudicato della Corte dei Conti campana, sposa l'orientamento della Corte dei Conti Umbra del 2008 ritenendo che la giurisdizione del giudice contabile debba estendersi sino all'accertamento diretto della nullità con la sola limitazione del sindacato ai profili contabili.

Tuttavia, la decisione assunta dal Giudice contabile pone due ordini di problemi tra loro strettamente collegati sia in ordine alla rilevabilità d'ufficio della patologia viziante che in merito alla sua insanabilità.

Infatti, mentre da una parte la facoltà di rilevare d'ufficio la nullità serve al Giudice per individuare l'invalidità del titolo su cui si fonda la domanda e per giustificarne il mancato accoglimento va comunque precisato che la rilevabilità della patologia viziante non può costituire un elemento idoneo da opporre ai terzi contraenti.

Pertanto, nel caso in cui il rapporto giuridico sotteso abbia già spiegato tutti i suoi effetti in base al noto principio "*simul stabunt simul cadent*" l'amministrazione sarebbe comunque tenuta al pagamento del contraente privato anche dinanzi ad una delibera dichiarata successivamente nulla sul presupposto che la medesima potrà operare solo per i rapporti che non si siano già integralmente esauriti mentre sarà priva di efficacia in relazione a quei rapporti in cui non sia più possibile eliminare tutti gli effetti ormai irretrattabilmente prodotti: "*factum infectum fieri nequit*".

3. Il Collegio nella sentenza in esame si è poi occupato del problema della insanabilità della nullità e della consequenziale e materiale impossibilità per l'amministrazione di sanare un atto dichiarato nullo.

A tal proposito, infatti, la *ratio* della nullità contabile consiste nel fatto che l'Ente non possa procedere a dare esecuzione a spese illegittimamente finanziate con risorse provenienti da indebitamento e che pertanto al fine di ripristinare corretti equilibri di bilancio debba individuare una diversa fonte di finanziamento.

Secondo parte della dottrina, infatti, è da escludere qualunque tipo di azione volta a sanare un atto nullo, mentre altra parte della dottrina giunge alla soluzione opposta secondo cui sarebbe possibile sostenere la rinnovazione dell'atto amministrativo nullo anche per mezzo delle innumerevoli leggi di sanatoria appositamente create per la salvezza dei risultati derivanti da provvedimenti nulli, sul presupposto che ogni questione relativa alla nullità deve essere affrontata necessariamente partendo dal codice civile⁽⁷⁾.

⁽⁷⁾ La nullità, quale patologia del diritto comune ha una disciplina codicistica che concerne pure la conservazione dei valori giuridici. Sotto questo profilo il codice

Sul punto si sono espresse da tempo dottrine difformi di cui talune favorevoli alla sanabilità del provvedimento nullo per mezzo della conversione o convalida amministrativa, mentre altre assolutamente contrarie⁽⁸⁾.

Ad ogni buon conto anche volendo aderire a tale seconda tesi ciò che non potrà essere messo in discussione è che nell'ottica di un rapporto ammi-

civile è categorico, disciplinando, da un lato, la conversione della fattispecie nulla e, dall'altro, gli effetti della sanatoria derivanti dalla prescrizione, dall'usucapione nonché dalla pubblicità sanante. Non è invece consentito convalidare la fattispecie nulla poiché esiste in materia un esplicito divieto. La nullità esprime un giudizio di disvalore così grande che il principio di conservazione dei valori giuridici deve trovare spazio in poche tassative ipotesi tipicamente previste. Quindi, la ragione per cui va esclusa la convalidabilità del provvedimento nullo non risiede né nella teoria dell'inesistenza né in quella negoziale, ma semplicemente nel codice civile. In questo ambito, pertanto, resta valida l'osservazione che l'atto amministrativo nullo possa essere rinnovato, in quanto in materia non esiste alcun divieto (Cfr. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, 2002, 331 ss.)

⁽⁸⁾ Come detto, infatti l'estensione della disciplina sulla conversione al provvedimento nullo è tutt'altro che pacifica, essendo stata criticata soprattutto dai pan pubblicisti. Tra questi il più fervido detrattore è stato Massimo severo Giannini che ha messo in evidenza come la "conversione del contratto nullo non può trovare analogie nel diritto amministrativo sia perché non esiste il provvedimento nullo, sia perché mancano nel diritto amministrativo quelle ragioni di tutela patrimoniale, sia perché non esiste il provvedimento nullo, sia perché mancano in diritto amministrativo quelle ragioni di tutela patrimoniale e di osservanza del principio di autonomia che invece ricorrono in diritto privato (Cfr. M.S. GIANNINI, in *Diritto amministrativo*, II, Miano, 1970, 571). Di recente, tuttavia, soprattutto dopo la riforma del 2005 si sono imposte tesi della dottrina secondo cui non sarebbe più possibile sostenere l'inammissibilità della conversione dell'atto nullo sulla base di una presunta assimilazione della nullità all'inesistenza. Difatti, il dettato normativo in vigore – ovvero l'art. 21 *septies* della legge n. 241/1990 e, sul piano processuale, gli artt. 31, comma 4; 114, comma 4, lett. b), e 133, comma 1, n. 5, del Codice del processo amministrativo – si riferisce testualmente al vizio di nullità, così facendone una categoria autonoma rispetto a quella dell'inesistenza. Inoltre, non attenendo autonomia privata e discrezionalità amministrativa ad universi inconciliabili, la disciplina della nullità negoziale, di cui agli artt. 1421 e ss. del Codice civile, sarebbe compatibile, sotto più profili e salvo le doverose cautele dettate dalla presenza di un interesse pubblico, con la struttura del provvedimento amministrativo. In tal senso l'art. 1424 c.c. in tema di conversione del contratto nullo, potrebbe trovare applicazione nel diritto amministrativo ove si valorizzasse non lo scopo perseguito dalle parti, ma l'interesse pubblico concreto. Anche nel diritto amministrativo, del resto, la validità dell'atto va preferita alla sua invalidità, non solo in ragione del principio della conservazione dei valori giuridici, ma anche in considerazione del legittimo affidamento posto in essere dal privato, che verrebbe leso dalla subitanea rimozione di un atto prima esistente, almeno nella realtà materiale. Ragioni analoghe a quelle prospettate, in uno con le coordinate fornite dalle recenti riforme, potrebbero consentire di risolvere la vessata questione concernente la convalidabilità dell'atto nullo (Cfr. F. VETRÒ, *L'azione di nullità dinanzi al giudice amministrativo*, Napoli, 2012, 70 e ss.)

nistrativo i risultati prodotti dal provvedimento nullo possono comportare naturalmente dei danni e la nascita della responsabilità amministrativa da atto nullo.

A tal fine giova premettere che il giudizio di responsabilità amministrativa si fonda su una ponderazione tra la diminuzione economica subita dall'amministrazione a causa dell'atto invalido, e *l'utiliter coeptum* che la medesima p.a. ha conseguito in virtù della predetta attività, tenendo conto del rispetto dei principi di buon andamento dell'azione amministrativa.

Nella pronuncia in esame, pertanto, c'è da chiedersi se l'analisi condotta dai giudici contabili abbia tenuto conto di tutti questi aspetti e soprattutto quali conseguenze e riflessi potrebbe comportare nei confronti dell'Ente.

Per rispondere al quesito va preliminarmente precisato che non può essere individuata una soluzione unitaria.

Infatti, sotto il profilo della responsabilità amministrativa l'illecito contabile si presenta come un efficace strumento per il recupero delle somme erogate in dispregio di divieti legislativi, perché, grazie alla rigorosa interpretazione data dalla Corte dei Conti in materia i danni arrecati all'amministrazione da gestioni contrarie alla legge, non possono essere sanati.

Per quanto riguarda la responsabilità aquiliana da atto nullo i benefici per i conti pubblici emergono solamente allorquando sia prevista una responsabilità diretta del titolare dell'organo.

Chiarito questo aspetto pertanto non rimane altro che ipotizzare i diversi effetti giuridici che potrebbero derivare dalla sentenza a seconda che il Comune di Perugia abbia già effettuato il pagamento dei lavori commissionati ed il diverso caso in cui tale pagamento dovesse ancora avvenire.

Invero, nel caso in cui le spese derivanti da delibere dichiarate nulle fossero state già liquidate e interamente pagate ed anche gli interventi tecnici e contabili fossero stati completati, la nullità giuridica e contabile non potrà operare in quanto attinente a rapporti esauriti ed i cui effetti si sarebbero ormai irretrattabilmente prodotti.

Al contrario, invece, se tale pagamento non fosse stato ancora eseguito ed i rapporti non già integralmente esauriti la nullità contabile potrebbe spiegare i suoi effetti e rendere sicuramente più agevole il riassetto dell'equilibrio di bilancio da parte dell'Ente.

Si pone, infine, il problema della concreta eseguibilità della sentenza in esame sotto il profilo contabile. La contabilità degli enti locali, infatti, a causa delle vincolanti e stringenti regole di imputazione e rendicontazione non consente finzioni giuridiche quali la ricostruzione virtuale dei risultati di gestione motivo per cui la sentenza *de qua* potrebbe alterare gli equilibri di bilancio di esercizio e risultare inesequibile.

Altro motivo di in eseguibilità è inoltre rappresentato dalla materiale impossibilità di rinegoziare le operazioni di emissione dei BOC che per espressa previsione normativa e regolamentare, possono essere estinti solo tramite rimborso anticipato del prestito ed esclusivamente con fondi provenienti dalla dismissione di cespiti patrimoniali disponibili.

In altre parole nel caso in cui l'Ente avesse già proceduto al pagamento dei propri contraenti e tutti i rapporti si fossero integralmente conclusi la sentenza *de qua* anche se esecutiva sarebbe destinata a divenire ineseguibile, con la conseguenza che neppure l'unica sanzione comminata dalla Corte – in quanto operante di diritto dinanzi a condotte *contra legem* – potrebbe produrre i suoi effetti.

SIMONA BARBETTI

T.A.R. UMBRIA – 6 giugno 2012 – n. 204. *Pres.* LAMBERTI – *Est.* FANTINI – N. I. s.r.l. (Avv. ti Goretti e Longo) c. Procura della Repubblica presso il Tribunale di Perugia, Ministero della Giustizia (Avvocatura dello Stato) e nei confronti di Ar. s.p.a. (n.c.); I. s.p.a. (Avv. Mora) c. Procura della Repubblica presso il Tribunale di Perugia, Ministero della Giustizia (Avvocatura dello Stato) e nei confronti di Ar. s.p.a. (Avv. ti Lo Gullo e Buchicchio).

Giustizia amministrativa – Bando di gara – Azione di annullamento – Aggiudicazione – Mancata impugnazione – Irrilevanza (art. 29 d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104)

Contratti della p.a. – Appalti -Bando di gara – Nulla osta di sicurezza – Requisito soggettivo – Avalimento – Utilizzabilità (artt. 17, 49, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163)

Non occorre impugnare gli atti di aggiudicazione ove siano stati gravati quelli di indizione del procedimento di gara e, alla luce di ciò, non si può far discendere dalla mancata impugnazione dell'aggiudicazione l'improcedibilità del ricorso proposto avverso il bando (1).

Il N.O.S. va qualificato quale requisito soggettivo di capacità tecnica, inseribile tra i requisiti richiesti dal bando e per il cui possesso può ritenersi consentito l'avalimento (2).

(*Omissis*) Con ricorso la N. I. s.r.l., società operante nel settore dei servizi di *intelligence* con specializzazione nell'ambito delle intercettazioni ambientali e telematiche, ha impugnato, in via principale, il bando del 22 agosto 2011, con cui la Procura della Repubblica presso il Tribunale

di Perugia ha indetto la procedura di gara informale ai sensi dell'art. 17 del d.lgs. n. 163 del 2006 per "la fornitura apparati per sistema di registrazione intercettazioni telefoniche, telematiche, ambientali e GPS", nonché il provvedimento disponente la propria esclusione, chiedendo altresì la pronuncia di inefficacia del contratto, ove *medio tempore* stipulato, e comunque il risarcimento dei danni.

Premette di avere partecipato alla precedente gara, indetta dalla Procura della Repubblica con nota del 23 maggio 2011 (successivamente annullata in autotutela), ma di essere stata esclusa in quanto, sebbene ritenuta in possesso di tutti i requisiti di partecipazione, l'offerta economica non era stata correttamente formulata.

La nuova procedura di gara ha ricalcato i contenuti della precedente; il bando di gara non specifica quali siano i requisiti (generali, organizzativi o di qualificazione) che, a pena di esclusione, il concorrente deve possedere, ma si limita a disciplinare le "modalità di presentazione delle offerte" in cui indica una serie di dichiarazioni da allegare alla domanda di partecipazione.

Per quanto rileva nel caso di specie, il bando prevede che la busta "A" dovrà contenere «dichiarazione sostitutiva di certificazione del nulla osta di sicurezza (N.O.S.), previsto dall'art. 9 della L. 3.8.2007, n. 124».

Esponde di avere fatto pervenire la propria offerta, dichiarando di avvalersi del nulla osta di sicurezza posseduta dalla B. s.r.l.; in data 3 ottobre 2011 la Commissione di gara ha escluso la ricorrente con la motivazione che essa avrebbe «presentato un'offerta incompleta stante la mancanza dell'abilitazione di sicurezza»; ad avviso della Commissione, il requisito N.O.S. non potrebbe essere soddisfatto mediante avvalimento.

Deduce a sostegno del ricorso i seguenti motivi di diritto :

1) Violazione della *lex specialis*; violazione dell'art. 9 della legge n. 124 del 2007, degli artt. 17 e 46 del d.lgs. n. 163 del 2006, del d.p.c.m. 3 febbraio 2006; violazione del principio della *par condicio* tra i concorrenti; violazione dei principi di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa, di cui all'art. 97 della Costituzione; eccesso di potere per sviamento, irragionevolezza, illogicità e contraddittorietà con precedenti determinazioni.

L'esclusione della ricorrente è frutto di una non corretta interpretazione sia del bando di gara, che non prevede il possesso del N.O.S. quale requisito di partecipazione, sia della disciplina legislativa in tema di tutela amministrativa del segreto, che non consente di porre il N.O.S. quale requisito di partecipazione alle gare pubbliche di appalto. L'illegittimità appare evidente in ragione del fatto che la *lex specialis* di gara non richiede il N.O.S. quale requisito di partecipazione, né contempla la sua assenza come causa di esclusione dalla gara.

In ogni caso, ove non si acceda all'interpretazione sopra esposta, allora va censurato il bando di gara, nella misura in cui richiama il N.O.S. quale requisito di partecipazione per violazione dell'art. 9 della legge n. 124 del 2007, degli art. 17 e 46 del codice dei contratti pubblici e del d.p.c.m. 3 febbraio 2006.

La tipologia del N.O.S. è correlata al tipo di classifica di segretezza della notizia o del documento; dalla normativa vigente in materia si evince che : a) il nulla osta di sicurezza è un'autorizzazione riferita esclusivamente ad una persona fisica ed autorizza l'ente richiedente ad avvalersi di tale soggetto per attività che comportano la trattazione di informazioni classificate; b) ai fini della partecipazione alle gare di appalto è sufficiente il possesso dell'abilitazione preventiva in capo alle imprese partecipanti; c) l'abilitazione complessiva (N.O.C.S.) è richiesta alle persone giuridiche ai fini dell'esecuzione dell'appalto.

Appare dunque evidente l'illegittimità degli atti impugnati nella misura in cui escludono la ricorrente per non essere in possesso, in qualità di persona giuridica, del N.O.S. al fine di partecipare alla gara; l'autorizzazione in questione è prevista dalla legge n. 124 del 2007 solo con riferimento alle informazioni classificate quali "segretissime, segrete o riservatissime"; il che non è nel caso di specie, nel quale addirittura è mancata del tutto, da parte dell'Amministrazione, sia l'indicazione della classificazione di sicurezza, sia l'indicazione della persona specifica di riferimento all'interno dell'organizzazione della concorrente che debba possedere il N.O.S.

A tutto concedere, l'Amministrazione si sarebbe dovuta limitare a richiedere il certificato N.O.C.S. (e non il N.O.S.) come requisito di esecuzione del contratto, dal momento che lo stesso attiene alla fase di svolgimento del contratto di appalto oggetto di affidamento.

Dalla non indispensabilità del N.O.S. per la partecipazione alla gara deriva anche l'infondatezza del richiamo nella motivazione all'art. 46, comma 1 *bis*, del d.lgs. n. 163 del 2006, ed in particolare al mancato adempimento alle prescrizioni della normativa vigente.

2) Violazione dell'art. 9 della legge n. 124 del 2007, degli art. 17, 46 e 49 del d.lgs. n. 163 del 2006, del d.p.c.m. 3 febbraio 2006; violazione del principio della *par condicio* tra i concorrenti; violazione dei principi di buon andamento ed imparzialità della pubblica amministrazione di cui all'art. 97 della Costituzione; eccesso di potere per sviamento, irragionevolezza, illogicità e contraddittorietà con precedenti determinazioni.

Ove poi si ritenga che il N.O.S. sia stato legittimamente richiesto dalla stazione appaltante, l'esclusione della ricorrente sarebbe illegittima, in quanto il requisito in questione è posseduto dalla N. I. s.r.l., in virtù dell'avvalimento del N.O.S. posseduto dalla B. s.r.l.

L'avvalimento ha portata generale, ed è utilizzabile a prescindere da

una specifica previsione del bando. Il N.O.S. deve essere assimilato ai requisiti di carattere tecnico, organizzativo e di qualificazione; attiene al sicuro affidamento di scrupolosa fedeltà alle istituzioni, nonché di rigoroso rispetto del segreto e viene dunque rilasciato proprio al fine di garantire la speciale qualificazione dell'operatore economico in relazione agli specifici servizi che svolge. La certificazione in esame concerne, in sostanza, il sistema gestionale del servizio reso e la sicurezza e segretezza del suo processo operativo. In questo senso può ben dirsi che il N.O.S. sia riconducibile ai requisiti tecnici, organizzativi e di qualificazione per i quali l'art. 49 del d.lgs. n. 163 del 2006 consente l'avvalimento.

3) Eccesso di potere per illogicità, irragionevolezza, contraddittorietà tra provvedimenti, violazione del principio di proporzionalità dell'azione amministrativa, sviamento funzionale.

Va rilevato come la Procura della Repubblica, nella gara precedentemente indetta (il 23 maggio 2011) e poi annullata in autotutela (18 agosto 2011), aveva comunque ammesso la ricorrente e considerato legittimo l'avvalimento in riferimento al requisito del N.O.S.; l'esclusione, come già esposto, è conseguita alla valutazione delle offerte economiche. Può dunque dirsi che la società N. I. s.r.l. abbia partecipato alla seconda gara facendo affidamento sulle determinazioni assunte dall'Amministrazione nel corso della prima gara.

Con successiva memoria del 7 novembre 2011 la società ricorrente ha rappresentato che con provvedimento del 26 ottobre 2011 la Procura della Repubblica di Perugia ha revocato in autotutela la di lei esclusione dalla gara, disponendo che l'offerta sia assoggettata a valutazione tecnica.

Si è costituita in giudizio l'Amministrazione intimata eccependo l'inammissibilità e comunque l'infondatezza nel merito del ricorso.

B) Con ricorso la I. s.p.a., anch'essa operante nel settore dell'industria elettronica ed in particolare della commercializzazione di apparecchiature elettroniche per intercettazioni legali ed applicazioni di controllo, ha impugnato i verbali della gara in esame, nonché la comunicazione dell'intervenuta aggiudicazione in favore di Ar. s.p.a.

Deduce i seguenti motivi di diritto:

4) Violazione dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990; eccesso di potere, sviamento, illogicità ed irrazionalità; travisamento dei fatti; violazione dell'art. 97 della Costituzione, con riguardo alla revoca, in autotutela, dell'esclusione, da parte della Commissione giudicatrice, della società N. I. s.r.l.. Si lamenta, in particolare, che la Commissione ha dapprima escluso dalla procedura di gara la N.I. s.r.l., in quanto non in possesso del richiesto N.O.S., e successivamente revocato l'esclusione senza accompagnare tale provvedimento da adeguata motivazione.

5) Ulteriore eccesso di potere, travisamento dei fatti, disparità di trattamento; violazione dell'art. 97 della Costituzione, sostenendosi

l'illegittimità della revoca dell'esclusione di N. I. s.r.l., nella considerazione che la titolarità del N.O.S. costituisce un requisito di ordine generale attinente alle condizioni soggettive del contraente, e tali da garantirne l'affidabilità morale e non la mera esperienza e/o la capacità professionale o finanziaria, con conseguenza inapplicabilità al caso di specie dell'avvalimento.

6) Violazione dell'art. 86 del d.lgs. n. 163 del 2006, nell'assunto dell'anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria Ar. s.p.a., che ha previsto un corrispettivo forfettario per le prestazioni offerte pari ad euro 2,22, senza peraltro che sia stata sottoposta a verifica.

7) Ulteriore eccesso di potere, difetto di motivazione, disparità di trattamento; violazione dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990, in quanto la Commissione di gara ha assegnato ad ogni offerta tecnica un punteggio numerico, non accompagnato da alcuna motivazione.

Si è costituita in giudizio la controinteressata Ar. s.p.a., eccependo l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, con riguardo alla prova di resistenza, ed alla mancata tempestiva impugnazione dell'atto di revoca dell'esclusione di N. I. s.r.l., e comunque la sua infondatezza nel merito.

Si è costituita in giudizio l'Amministrazione intimata, argomentando nel senso dell'inammissibilità e comunque dell'infondatezza nel merito del ricorso; si è altresì costituita N. I. s.r.l. concludendo per la reiezione dei primi due motivi e per l'accoglimento del terzo e del quarto motivo. (*Omissis*)

1. – Occorre preliminarmente disporre la riunione, ai sensi dell'art. 70 del c.p.a., dei ricorsi, in quanto oggettivamente (ed, almeno in parte, anche soggettivamente) connessi.

2. – Il ricorso esperito da N. I. s.r.l. avverso il bando e l'esclusione dal procedimento di gara informale è improcedibile con riguardo all'esclusione ed anche alla correlata domanda risarcitoria.

Ed infatti l'impugnativa avverso il provvedimento di esclusione di cui alla nota del 4 ottobre 2011 è superata dalla successiva riammissione alla gara conseguente alla revoca in autotutela (della esclusione) mediante il provvedimento del 26 ottobre 2011.

Con riguardo al bando, non può invece ritenersi venuto meno l'interesse al ricorso, per la mancata impugnativa del sopravvenuto provvedimento di aggiudicazione della gara in favore di Ar. s.p.a., atteso che, secondo il consolidato indirizzo giurisprudenziale, non occorre impugnare gli atti di aggiudicazione ove siano stati gravati quelli di indizione del procedimento di gara, in quanto l'annullamento del bando travolge anche il provvedimento di aggiudicazione, ragione per cui la mancata impugnazione di quest'ultimo non determina l'improcedibilità del ricorso (in termini, tra le tante, Cons. St., sez. V, 8 marzo 2011, n. 1463; sez. V, 28 ottobre 2008, n. 5384).

Né può obiettarsi la non integrità del contraddittorio, in quanto ammesso anche che sia necessaria in caso di illegittimità derivata caducante, risulta comunque intimata l'aggiudicataria Ar. s.p.a.

3. – Occorre dunque esaminare il primo motivo, atteso che il secondo ed il terzo concernono il provvedimento di esclusione, poi revocato.

Con il primo mezzo, sia pure in via subordinata, si censura l'illegittimità del bando, ove interpretato nel senso di richiedere il N.O.S. quale requisito di partecipazione alla gara (a pena di esclusione).

Occorre anzitutto chiedersi se la *lex specialis* di gara contenga effettivamente una siffatta previsione; a tale riguardo, ad avviso del Collegio, la soluzione deve essere di segno positivo, come è dato evincere dal contenuto della busta "A" (documenti), punto 1, disciplinato a pag. 2 del bando. E' ivi affermato che la busta "A" dovrà contenere «copia autenticata o dichiarazione sostitutiva di certificazione del nulla osta di sicurezza (N.O.S.), previsto dall'art. 9 della L. 3/8/2007, n. 124 e art. 17 co. 3 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163».

Si tratta di un requisito di partecipazione (quale che ne sia, per il momento, la natura) posto a pena di esclusione.

Ed invero, quand'anche non fosse rinvenibile nella *lex specialis* un'espressa comminatoria in tale senso, tale approdo appare comunque conforme all'applicazione del criterio ermeneutico telelogico, in quanto derivante proprio dalla disciplina specifica in materia, ed in particolare dall'allora vigente d.p.c.m. 3 febbraio 2006 (oggi abrogato dal d.p.c.m. 22 luglio 2011, con decorrenza dal 28 febbraio 2012), oltre che dalle fonti di rango primario di cui alla legge n. 124 del 2007, ed all'art. 17 del codice dei contratti pubblici.

3.1. - Si può, a questo punto, sottoporre a scrutinio la censura, ed in particolare verificare se il bando di gara, nel richiedere il N.O.S. (nulla osta di sicurezza) quale requisito di partecipazione, violi il d.p.c.m. 3 febbraio 2006, l'art. 9 della legge n. 124 del 2007, ovvero, ancora, gli artt. 17 e 46 del codice dei contratti pubblici, secondo quella che è la prospettazione di parte ricorrente.

La censura non appare al Collegio meritevole di positiva valutazione.

Occorre infatti osservare che l'art. 17 del codice dei contratti pubblici, nel testo *ratione temporis* applicabile al bando di gara gravata (e dunque antecedente alla novella apportata dall'art. 33 del d.lgs. 15 novembre 2011, n. 203), al comma 3, dispone, con riguardo ai contratti segreti o che esigono particolari misure di sicurezza, che «sono eseguiti da operatori economici in possesso, oltre che dei requisiti previsti dal presente codice, dell'abilitazione di sicurezza». La norma utilizza dunque la locuzione generica di "abilitazione di sicurezza", meglio specificata dal d.p.c.m. 7 giugno 2005 (recante disposizioni in materia di rilascio del nulla osta di sicurezza personale) mediante la distinzione tra "N.O.S."

(nulla osta di sicurezza), “A.P.” (abilitazione preventiva) e “N.O.S.C.” (nulla osta di sicurezza complessivo).

Ai sensi dell’art. 2 del d.p.c.m. da ultimo indicato il rilascio del N.O.S. consente alla Pubblica Amministrazione, alla ditta individuale, alla società, alla persona giuridica di diritto privato, all’ente, all’associazione o all’organismo, già legittimati alla trattazione di informazioni classificate, di poter impiegare una persona, in attività che comportano la necessità di trattare informazioni classificate “segretissimo”, “segreto” o “riservatissimo”; il rilascio dell’A.P. consente alla ditta individuale, alla società, alla persona giuridica di diritto privato, all’ente, all’associazione o all’organismo di partecipare a gare classificate in ambito nazionale ed internazionale od a trattative per l’esecuzione di studi o lavori classificati a livello “riservato” e superiore; il rilascio del N.O.S.C. consente alla ditta individuale, alla società, alla persona giuridica di diritto privato, all’ente, all’associazione od all’organismo di condurre lavori, esperienze, studi e progettazioni classificate in ambito nazionale e internazionale a livello “riservato” e superiore.

È rimesso ai predetti soggetti definire, sulla base dei rispettivi ordinamenti interni ed esigenze funzionali, gli incarichi che comportano, ai fini del rilascio del N.O.S., l’effettiva necessità di trattare informazioni classificate “segretissimo”, “segreto” o “riservatissimo” (art. 16 del d.p.c.m. 3 febbraio 2006).

Dal quadro ordinamentale esposto si evince che i profili dedotti dalla ricorrente non inducono a ravvisare un’illegittimità, nella gara in esame, della *lex specialis*, laddove prescrive il possesso del N.O.S. quale requisito di partecipazione. In particolare, non vi è contrasto con l’art. 9 della legge n. 124 del 2007, il quale, al comma 9, stabilisce proprio che «agli appalti di lavori e alle forniture di beni e servizi, per i quali la tutela del segreto sia richiesta da norme di legge o di regolamento ovvero sia ritenuta di volta in volta necessaria, si applicano le disposizioni di cui all’art. 17, comma 3, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163». Né può assumersi che una gara per la fornitura di apparati per il sistema di registrazione delle intercettazioni telefoniche, telematiche ed ambientali non implichi la trattazione di informazioni classificate “segretissimo, segreto e riservatissimo”.

Si evince anche dagli scritti difensivi versati agli atti del processo introdotto con il ricorso al presente riunito, che i servizi oggetto della gara in questione, sia per quanto riguarda l’attività di intercettazione telefonica, sia con riguardo alle intercettazioni ambientali, richiedono un’attiva collaborazione (sia in fase esecutiva, che di ascolto) del personale dipendente della società aggiudicataria con la polizia giudiziaria, che lo espone ed onera, attribuendogli anche, per alcuni fini, la qualifica

di “ausiliario di polizia giudiziaria” (ai sensi dell’art. 348, comma 4, del c.p.p.) alla trattazione di informazioni non irragionevolmente (sulla base di una valutazione di spettanza dell’Amministrazione) classificabili, quanto meno, come “riservatissime”.

Si aggiunga, ancora, che il N.O.S., come già chiarito, consente l’impiego di una persona in attività implicanti informazioni classificate come segretissime, segrete e riservatissime; il bando, in modo con ciò compatibile, ha inteso richiedere che nell’ambito della società concorrente vi sia un soggetto da adibire presso la stazione appaltante in possesso di tale autorizzazione. Così interpretata, la *lex specialis* non evidenzia un’aporia logica, prima ancora che giuridica, nel richiedere il possesso di tale requisito ad un operatore economico, che molto spesso ha la veste di persona giuridica. A conferma di ciò, giova evidenziare che la nuova formulazione dell’art. 17, comma 3, del d.lgs. n. 163 del 2006 (successivo alla riforma del 2011), peraltro non contenente innovazioni, ma piuttosto una riscrittura del testo, dispone espressamente che «i contratti di cui al comma 1 sono eseguiti da operatori economici in possesso dei requisiti previsti dal codice civile e del nulla osta di sicurezza, ai sensi e nei limiti di cui all’art. 42, comma 1 *bis*, della legge n. 124 del 2007», chiarendo dunque che può essere imposto il possesso (proprio e specificamente) del N.O.S. a qualunque operatore economico (anche non persona fisica), all’unica condizione che tale requisito occorra per la trattazione di informazioni classificate segretissimo, segreto e riservatissimo.

4. – Discende da quanto esposto che il primo ricorso deve essere dichiarato improcedibile con riguardo all’impugnativa dell’esclusione, e respinto relativamente all’impugnazione del bando di gara, *melius* della lettera di invito.

5. – Procedendo ora alla disamina del ricorso proposto dalla I. s.p.a., risultata terza graduata, avverso gli atti di gara, ed in particolare avverso la revoca, in autotutela, dell’esclusione della N. I. s.r.l. e l’aggiudicazione in favore di Ar. s.p.a., va disattesa l’eccezione di inammissibilità per carenza di interesse, svolta principalmente dalla controinteressata Ar. s.p.a.

Anzitutto, quanto alla mancata prova di resistenza, a parte i limiti della sua operatività in una procedura selettiva il cui esito deriva da apprezzamenti espressione di discrezionalità tecnica, occorre rilevare che la ricorrente I. s.p.a. ha censurato tanto la riammissione della seconda graduata N. I. s.r.l., quanto il punteggio attribuito all’aggiudicataria Ar. s.p.a. anche deducendo l’anomalia dell’offerta della medesima.

Con riferimento, poi, alla mancata tempestiva impugnativa del verbale del 25 ottobre (del 26 ottobre 2011), disponente la riammissione di N. I. s.r.l., anche a prescindere dalla verifica dell’effettiva tardività correlata ovviamente al momento della conoscenza, ritiene il Collegio sufficiente

ricordare il consolidato indirizzo giurisprudenziale secondo cui l'atto di ammissione (e dunque, anche di riammissione) di un'impresa concorrente in un procedimento di valutazione comparativa concorrenziale non va impugnato immediatamente, ma solo unitamente con l'atto terminale di aggiudicazione, divenendo solo in tale momento lesivo (in termini, tra le tante, TAR Campania, Napoli, sez. II, 14 novembre 2006, n. 9476; TAR Emilia Romagna, Bologna, sez. II, 15 ottobre 2001, n. 751).

6. – Con il primo motivo di ricorso viene, appunto, dedotto il vizio motivazionale del provvedimento, in data 26 ottobre 2010, della Commissione giudicatrice, di revoca dell'esclusione di N. I. S.r.l.

La censura non appare meritevole di positivo apprezzamento.

Il provvedimento in autotutela (di revoca dell'esclusione) è infatti sufficientemente motivato, mediante richiamo all'articolato parere reso dall'Avvocatura erariale (concludentesi con l'invito alla Procura della Repubblica di valutare l'opportunità di revocare la disposta esclusione), con la sottolineatura del quadro di incertezza giurisprudenziale circa la utilizzabilità dell'avvalimento per il N.O.S., e del conseguente interesse pubblico alla riammissione in gara sia a scopo cautelativo (in pendenza di ricorso esperito dalla stessa N. I. s.r.l.), sia in ossequio al principio del *favor participationis*.

Si tratta, invero, di un corredo motivazionale più propriamente adatto ad una (ri)ammissione con riserva, piuttosto che ad una (definitiva) revoca dell'esclusione, ma del quale non può neppure postularsi la illogicità o l'assoluta insufficienza. Resta aperto il profilo sostanziale della legittimità del possesso mediato del N.O.S., ma è questione specificamente oggetto della seconda censura, che ci si accinge a trattare.

7. – Il secondo mezzo, come anticipato, censura la revoca dell'esclusione di N. I. s.r.l., nella considerazione che la titolarità del N.O.S. costituisce un requisito di ordine generale, come tale non suscettibile di possesso mediato, mediante un'impresa ausiliaria.

Il motivo, pur nella sua problematicità, che apre prospettive ancora inesplorate, deve essere disatteso.

Non occorre indugiare sul fatto che dall'ermeneusi dell'art. 49 del d.lgs. n. 163 del 2006 si desume che l'avvalimento concerne i requisiti oggettivi di ordine speciale (e non anche i requisiti di ordine generale previsti dall'art. 38 dello stesso codice dei contratti pubblici), economico-finanziari e tecnici, ivi compresa l'attestazione SOA (costituente peraltro una qualificazione "personale"), senza limitazioni sotto il profilo qualitativo e quantitativo.

Di recente, in giurisprudenza si è ritenuto suscettibile di divenire oggetto di avvalimento anche il possesso della certificazione di qualità, pur sottolineandosi che l'impresa ausiliaria non si impegna semplicemente a prestare il requisito soggettivo richiesto, quale mero valore astratto,

ma assume anche l'obbligazione di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, in relazione all'esecuzione dell'appalto, le proprie risorse ed il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità, e quindi, a seconda dei casi, mezzi, personale, prassi e tutti gli elementi aziendali qualificanti (in termini Cons. St., sez. III, 18 aprile 2011, n. 2344).

Ed invero l'art. 49 del codice dei contratti pubblici non contiene alcuno specifico divieto all'avvalimento dei requisiti soggettivi di "qualità".

Ne consegue che deve ritenersi consentito anche l'avvalimento del possesso del N.O.S., requisito soggettivo (come bene si evince dall'art. 16, comma 2, del d.p.c.m. 3 febbraio 2006) che peraltro nulla ha a che vedere con i requisiti di ordine generale o di moralità previsti dall'art. 38 del codice dei contratti pubblici. In altri termini, il N.O.S. sembra piuttosto atteggiarsi alla stregua di un requisito soggettivo di capacità tecnica (arg. ex art. 42 del d.lgs. n. 163 del 2006), che può essere posseduto anche *per relationem*, nella misura in cui il suo rilascio si traduce in un procedimento di accertamento soggettivo (a seguito del quale deve essere esclusa dalla trattazione delle informazioni classificate la persona il cui comportamento nei confronti delle istituzioni democratiche non dia sicuro affidamento di scrupolosa fedeltà ai valori della Costituzione repubblicana ed alle ragioni di sicurezza dello Stato, nonché ai fini della conservazione del segreto), ed il suo possesso consente all'operatore economico di eseguire contratti segreti o che esigono particolari misure di sicurezza.

Legittimamente, dunque, a ben considerare, N. I. s.r.l. si è avvalsa del N.O.S./A.P. della B. s.r.l. in forza del contratto (*Omissis*).

8- Il terzo motivo di ricorso di I. s.p.a. si appunta poi sull'asserita anomalia dell'offerta presentata dall'aggiudicataria Ar. s.p.a.

Anche tale motivo non sembra cogliere nel segno, anzitutto in considerazione del fatto che ai contratti esclusi, tra i quali rientra quello oggetto della presente controversia, non si applica la disciplina (procedimentale) sull'anomalia dell'offerta, secondo quanto desumibile dal combinato disposto degli artt. 17 e 27 del d.lgs. n. 163 del 2006 (in termini, seppure con riguardo ad altra tipologia di contratto escluso, TAR Umbria, 1 dicembre 2011, n. 389).

Peraltro la doglianza fa riferimento esclusivamente al prezzo di euro 2,22 concernente le sole intercettazioni telefoniche, costituente dunque una componente dell'offerta economica. È agevole evidenziare che per le intercettazioni ambientali Ar. s.p.a. ha offerto un prezzo di euro 775, con un ribasso del solo 5%, a differenza di I. s.p.a. che ha invece offerto un prezzo di euro 602, pari a circa il 27%; sommando i due punteggi, la media complessiva risulta inferiore ai 4/5 dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando, secondo quanto dimostrato dall'Avvocatura dello Stato nella memoria del 3 febbraio 2012.

È noto che la valutazione dell'anomalia dell'offerta deve essere effettuata in termini complessivi, e non in modo parcellizzato, al fine di apprezzare la serietà della medesima.

9 – Deve essere respinto anche il quarto ed ultimo mezzo, con cui I. s.p.a. lamenta il vizio motivazionale, nell'assunto che la Commissione abbia assegnato alle offerte tecniche solamente un punteggio numerico, come si evince dal verbale del 17 novembre 2011.

A bene considerare, la lettera di invito, al paragrafo "svolgimento della gara ed aggiudicazione" (pagg. 6/8), enuclea specifici e puntuali criteri di valutazione sia per le intercettazioni telefoniche, che per quelle ambientali, potendosi conseguentemente ritenere adeguato il semplice voto numerico.

10 – In conclusione, il primo ricorso deve essere in parte respinto, ed in parte dichiarato improcedibile, mentre il secondo ricorso deve essere respinto.

La novità di talune delle questioni trattate giustifica la compensazione tra tutte le parti delle spese di giudizio.

(1-2) N.O.S. e avvalimento: il punto sulla questione.

SOMMARIO: 1. *Introduzione* – 2. *L'impugnazione del bando di gara* – 3. *Il nulla osta sicurezza quale requisito di partecipazione* – 4. *L'avvalimento*.

1. La controversia in esame origina dall'impugnazione del bando con il quale un'amministrazione aggiudicatrice decideva di indire una procedura di gara informale per la fornitura di apparati finalizzati alle intercettazioni telefoniche, telematiche, ambientali e GPS.

Contestualmente al bando, la società ricorrente impugnava il provvedimento con cui la medesima amministrazione disponeva la sua esclusione dalla gara.

A seguito di revoca in autotutela di quest'ultimo atto, sopraggiungeva l'ulteriore ricorso della società terza in graduatoria, la quale, unitamente al provvedimento incidente sull'esclusione della concorrente, provvedeva ad impugnare anche l'aggiudicazione a favore della società risultata vincitrice.

Ai sensi dell'art. 70 del Codice del processo amministrativo, il Collegio disponeva la riunione dei due ricorsi appena descritti, data l'evidente connessione oggettiva – nonché parzialmente soggettiva – tra gli stessi.

Tra i vari motivi di diritto dedotti dalle ricorrenti ed analizzati dai giudici nell'esaminanda sentenza, assumono particolare rilevanza alcune tematiche, su cui sembra opportuno svolgere le brevi considerazioni che seguiranno.

Innanzitutto, la pronuncia ha costituito l'occasione per il TAR di ribadire il principio, di portata generale, secondo cui non occorre impugnare gli atti di aggiudicazione ove siano stati gravati quelli di indizione del procedimento di gara: principio di notevole rilevanza, conseguente all'assunto per il quale l'annullamento in sede giurisdizionale del bando comporta il travolgimento anche del provvedimento di aggiudicazione.

In secondo luogo e con attinenza specifica al caso in esame, viene affrontata la problematica relativa alla configurabilità o meno del nulla osta di sicurezza ⁽¹⁾ quale requisito soggettivo di capacità tecnica legittimamente richiedibile, a pena di esclusione, dalla stazione appaltante. Connessa a ciò, la questione riguardante la possibilità di utilizzare, con riguardo a requisiti quali il N.O.S., l'istituto dell'avvalimento.

In sede di commento si reputa opportuna, pertanto, una breve panoramica sull'*iter* giuridico di tale strumento, al fine di valutare compiutamente gli orientamenti -formatisi in dottrina e giurisprudenza- in ordine alla possibilità di farvi ricorso per taluni specifici requisiti, quali le certificazioni di qualità.

2. Per quanto concerne la prima delle questioni evidenziate, essa viene posta in rilievo dai giudici nell'esaminare la sussistenza, in capo alla N. I. s.r.l., dell'interesse al ricorso nonché la conseguente procedibilità dello stesso.

La società -come già riportato- aveva infatti impugnato, oltre al bando, il provvedimento disponente la propria esclusione dalla gara. Tuttavia, alla revoca di tale atto da parte dell'amministrazione, seguiva la riammissione alla gara della ricorrente, con conseguente dichiarazione di improcedibilità del ricorso relativamente a tale punto.

Volgendo lo sguardo all'impugnazione del bando, si è posta, a questo punto, la questione se essa potesse essere in grado, da sé, di far permanere in capo alla N. I. s.r.l. l'interesse al ricorso, stante la mancata impugnazione del provvedimento di aggiudicazione della gara, in seguito intervenuto.

A tale proposito, rammenta il TAR umbro, non può considerarsi venuto meno l'interesse al ricorso da parte della ricorrente per effetto della mancata impugnazione dell'intervenuta aggiudicazione definitiva: secondo ormai consolidato indirizzo giurisprudenziale nonché dottrinale, non sarebbe necessario impugnare gli atti di aggiudicazione qualora lo siano stati quelli di indizione del procedimento di gara; all'annullamento del bando consegue, infatti, anche il travolgimento del provvedimento di aggiudicazione, nelle more sopraggiunto.

Vale la pena, dato lo spunto di notevole interesse, soffermarsi, brevemente, sul dibattito che si è consumato negli anni intorno al rapporto tra impugnazione del bando di gara ed atti ad esso consequenziali.

⁽¹⁾ D'ora in avanti, N.O.S.

Occorre rilevare, innanzitutto, come la giurisprudenza⁽²⁾ non si sia mostrata da sempre unanime nel riconoscere la permanenza, in capo al ricorrente, dell'interesse ad agire in caso, ad esempio, di mancata impugnazione dell'aggiudicazione definitiva. Opinione diffusa in passato, quella secondo cui, laddove si fosse impugnato un atto endoprocedimentale di evidenza pubblica – tanto il bando di gara quanto l'esclusione dalla gara o l'aggiudicazione provvisoria- e si fosse poi omesso di gravare la sopravvenuta – nelle more del giudizio – aggiudicazione definitiva, il ricorso sarebbe stato da ritenersi improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse a ricorrere, gravando sul ricorrente l'onere di impugnare l'atto finale.

Tuttavia nel corso degli anni, il giudice amministrativo, concentrando la propria analisi, in modo specifico, sul nesso intercorrente tra i diversi atti del procedimento, ha iniziato ad oscillare su diverse posizioni, dando vita ad importanti differenziazioni nell'ambito in esame.

In particolare, in applicazione dei principi riguardanti il collegamento genetico ed il nesso di causalità tra atti, si è cominciato a riconoscere ipotesi di invalidità derivata ad effetto "caducante", con conseguente esonero del ricorrente dall'onere di impugnazione del provvedimento consequenziale. Tra queste - di precipuo interesse ai nostri fini- anche il caso di impugnazione del bando di gara, con riguardo ai successivi atti del procedimento⁽³⁾.

Al contrario, è stato in più occasioni escluso un nesso di "presupposizione", con conseguente configurazione di un'invalidità derivata ad effetto "viziante" -obbligante il ricorrente ad un'autonoma impugnazione dell'atto successivo- ad esempio, con riferimento al rapporto tra aggiudicazione provvisoria e definitiva.

La giurisprudenza in esame ha, dunque, introdotto nell'ambito del fenomeno generale dell'invalidità derivata, una distinzione tra le figure dell'invalidità c.d. caducante e quella dell'invalidità ad effetto c.d. viziante. La prima verrebbe a delinearci quando il provvedimento annullato in sede giurisdizionale costituisce il presupposto di diritto imprescindibile dei successivi atti ad esso consequenziali, esecutivi o meramente confermativi, sicché il suo venir meno travolge automaticamente – senza che occorra ulteriore specifica impugnativa – gli atti successivi, specificatamente collegati all'atto presupposto.

⁽²⁾ Si vedano, ad esempio, Cons. St., sez. V, 2 settembre 2005, n. 4472; Cons. St., sez. IV, 14 settembre 2005, n. 4769; Cons. St., sez. VI, 17 maggio 2006, n. 3710; TAR Lazio, Roma, sez. I, 9 gennaio 2007, n. 74.

⁽³⁾ Cons. St. sez. V, 24 febbraio 2003, n. 689; TAR Puglia, sez. II, 30 gennaio 2002, n. 525; Cons. St., sez. V, 2 marzo 1999, n. 211.

Sul tema, ACQUAFRESCA, *Invalidità caducante ed effettività della tutela giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 139 ss.; CORSO, *Atto amministrativo presupposto e ricorso giurisdizionale*, Padova, 1990, 170 ss.; STICCHI DAMIANI, *La caducazione degli atti amministrativi per nesso di presupposizione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2003, 633 ss.; VIRGA, *Caducazione dell'atto amministrativo per effetto travolgente dell'annullamento giurisdizionale*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, 689 ss.

La figura dell'invalidità meramente viziante sarebbe da ravvisarsi, invece, in tutte quelle ipotesi in cui ci si trova dinnanzi a provvedimenti legati solo genericamente o indirettamente a quello presupposto, tant'è che, proprio l'assenza di una stretta dipendenza fa sì che tali atti successivi non vengano travolti dall'effetto caducante, occorrendo per la loro eliminazione una esplicita pronunzia giurisdizionale d'annullamento (a seguito, ovviamente, di loro specifica impugnazione).

Ad oggi, per quanto concerne il rapporto tra aggiudicazione provvisoria e definitiva, come premesso, permane in seno a gran parte della giurisprudenza l'orientamento secondo cui, in caso di impugnazione della prima, occorra impugnare tempestivamente anche l'atto successivo, per ottenerne l'annullamento (Cons. St., sez. VI, 27 aprile 2011 n. 2482 e 18 marzo 2003 n. 1417, Id., sez. V 26 novembre 2008, n. 5485). L'aggiudicazione definitiva, infatti, non sarebbe idonea ad esser qualificata quale atto meramente conformativo o esecutivo quanto, piuttosto, provvedimento che, pur recependo integralmente i risultati dell'aggiudicazione provvisoria o di altri atti endo-procedimentali, comporta, comunque, una nuova ed autonoma valutazione rispetto agli stessi, facendo nondimeno parte della medesima sequenza procedimentale. Ciò che mancherebbe, tra i due momenti dell'aggiudicazione, è quel rapporto di consequenzialità immediata, diretta e necessaria che ponendo l'atto successivo come inevitabile conseguenza di quello precedente rende per tale motivo superflua l'impugnazione del secondo atto.

Sussiste, invece, eccezione alle regole appena viste quando i due atti non manifestano un'autonoma lesione all'interesse legittimo azionato dal concorrente non aggiudicatario e, cioè, quando l'atto successivo si pone come inevitabile conseguenza e mera conferma (della scelta) di quello precedente ed il ricorrente reclami, quale bene della vita, la possibilità di risultare affidatario diretto del servizio. E tale nesso di consequenzialità starebbe, esattamente, alla base del rapporto tra bando di gara e successivi atti della procedura concorsuale.

Si è detto, in particolare, con riferimento proprio al bando, come occorra tener presente la sua natura di *lex specialis* funzionale ad uno specifico procedimento amministrativo di cui detta le regole e le modalità da osservare. Alla luce di questo rapporto di stretta relazione tra *lex specialis* e la procedura di cui detta le regole, è evidente che alla caduta della prima segua, automaticamente, anche la caducazione di tutti gli atti consequenziali della procedura⁽⁴⁾.

Secondo l'impostazione appena esaminata, quindi, chi impugna il bando di gara immediatamente lesivo non avrebbe l'onere di impugnare anche gli atti successivi: questi, infatti, si trovano ad esser automaticamente travolti dall'annullamento del bando stesso.

⁽⁴⁾ In questo senso, A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989.

In tale direzione – anche di recente – il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 1463 del 2011, ha ribadito come “*in caso d’impugnativa di procedure concorsuali, l’impugnazione dell’atto finale non sia necessaria se, impugnato quello presupposto, fra i due atti vi sia un rapporto di consequenzialità immediata, diretta e necessaria*”. In queste ipotesi, l’atto successivo deve cioè porsi come inevitabile conseguenza di quello precedente: non vi sarebbero pertanto da compiere nuove e ulteriori valutazioni di interessi, né del destinatario dell’atto presupposto, né di altri soggetti, con il risultato che non occorre impugnare gli atti di aggiudicazione ove siano impugnati quelli di indizione del procedimento di gara, in quanto l’annullamento del bando di gara travolge il provvedimento di aggiudicazione, sicché la mancata impugnazione di quest’ultima non determina l’improcedibilità del ricorso⁽⁵⁾.

3. La richiesta del requisito di partecipazione N.O.S. – a pena di esclusione-, qualora presente nel bando di gara, ad avviso della società N. I., sarebbe da considerarsi illegittima, violando l’art. 9 della legge n. 124 del 2007, gli art. 17 e 46 del Codice dei contratti pubblici e il d.p.c.m. 3 febbraio 2006.

In particolare, per la ricorrente, il nulla osta di sicurezza costituirebbe un’autorizzazione riferibile esclusivamente ad una persona fisica e, ai fini della partecipazione alle gare d’appalto, risulterebbe prevista come necessaria – dalla legge 124/2007 – solo in caso di informazioni “segretissime, segrete o riservatissime”; classificazione non specificata dall’Amministrazione appaltante nel caso di specie. Per tale motivo, nonché per la mancata indicazione della persona di riferimento all’interno dell’organizzazione delle società concorrenti, la gara al centro della controversia non rientrerebbe nell’ipotesi in questione e la stazione appaltante si sarebbe dovuta limitare a richiedere il certificato N.O.C.S., quale requisito di esecuzione del contratto.

Tale censura non è stata ritenuta meritevole di positiva valutazione da parte dei giudici del TAR Umbria, i quali, innanzitutto, si sono soffermati ad analizzare il dettato dell’art. 17 del Codice dei contratti pubblici, nel testo applicabile al caso in esame, precedente – cioè – alla novella apportata dall’art. 33 del d.lgs del 15 novembre 2011 n. 15.

L’articolo riguarda i contratti segreti o che esigono particolari misure di sicurezza e, al comma 3, sancisce che “*i contratti sono eseguiti da operatori economici in possesso, oltre che dei requisiti previsti dal presente codice, dell’abilitazione di sicurezza*”.

Per comprendere il significato della generica espressione “abilitazione di sicurezza”, occorre risalire alla fonte di tale terminologia, ovvero il d.p.c.m. del 7 giugno 2005⁽⁶⁾.

⁽⁵⁾ Sul punto, *ex plurimis*, Cons. St., Sez. V, 28 ottobre 2008, n. 5384.

⁽⁶⁾ “*Disposizioni in materia di rilascio di nulla osta di sicurezza personale*” in G. U. 9 settembre 2005, n. 210.

Quest'ultimo contiene una cospicua serie di disposizioni in materia di tutela di informazioni, documenti e materiale classificati come "segretissimi", "segreti", "riservatissimi" e "riservati" e, all'art. 1, provvede a chiarire alcuni concetti dell'ambito in questione, quali "informazione classificata", "qualifica di sicurezza internazionale", "nulla osta di sicurezza" (N.O.S.), "nulla osta di sicurezza preventivo" (N.O.S.C.), "abilitazione preventiva" (A.P.).

Per quel che di precipuo interesse, il N.O.S., ai sensi dell'art. 2 del d.p.c.m., consente alla Pubblica Amministrazione, alla ditta individuale, alla società, alla persona giuridica di diritto privato, all'ente, all'associazione o all'organismo, già legittimati alla trattazione di informazioni classificate, di poter impiegare una persona in attività che concernano informazioni "segretissime", "segrete" o "riservatissime". Il rilascio del nulla osta di sicurezza preventivo, N.O.S.C., è finalizzato, invece, a porre ditte individuali, società e gli altri soggetti prima elencati con riferimento al N.O.S., nella possibilità di condurre lavori, esperienze, studi e progettazioni classificate, in ambito nazionale e internazionale, a livello "riservato" e superiore.

Venendo quindi al caso in esame, il TAR ha ritenuto legittimo l'inserimento del requisito N.O.S., ritenendo, tra le motivazioni, che il bando ben potesse richiedere, nell'ambito delle società concorrenti, l'individuazione di un soggetto specifico, da adibire presso la stazione appaltante, in possesso del nulla osta, visto il genere di attività concernenti il trattamento di informazioni classificate come segretissime, segrete e riservatissime.

A sostegno di tale assunto, anche il dato normativo contenuto nella nuova formulazione dell'art. 17 del Codice dei contratti pubblici, successivo alla già accennata riforma del 2011: pur non applicabile al caso di specie, esso conferma l'idea secondo cui è possibile, nel caso in cui vengano in rilievo determinate categorie di informazioni, imporre il possesso del N.O.S. a qualunque operatore economico, non solo alle persone fisiche.

Il comma 3 stabilisce, infatti, che *"I contratti di cui al comma 1, sono eseguiti da operatori economici in possesso dei requisiti previsti dal presente codice e del nulla osta di sicurezza, ai sensi e nei limiti di cui all'articolo 42, comma 1 bis, della legge n. 124 del 2007"*.

4. Il profilo di maggiore interesse strettamente collegato a quanto appena analizzato, riguarda l'istituto dell'avvalimento, con particolare riferimento ai limiti del suo utilizzo rispetto a determinati requisiti.

In generale, l'avvalimento consiste nella possibilità, riconosciuta a qualunque operatore economico, singolo o in raggruppamento, di soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti necessari per partecipare ad una procedura di gara, facendo affidamento sulle capacità di altri soggetti e ciò indipendentemente dai legami sussistenti con questi ultimi.

La nascita del modello si deve alla giurisprudenza della Corte di Giustizia U.E., la quale è stata ispirata, sin dalle prime pronunce sul tema, dalla necessità di garantire la massima partecipazione possibile degli operatori

economici agli appalti pubblici, in un'ottica di espansione del mercato comunitario e di sviluppo della concorrenza.

L'istituto, che costituisce un esempio di applicazione concreta del principio c.d. del *favor participationis*, è stato inteso anche, secondo l'opinione dominante, come “tentativo di ricerca di un punto di equilibrio tra l'obiettivo di una maggiore concorrenza tra gli operatori economici e la parvenza di una prestazione di qualità in favore del soggetto appaltante”⁽⁷⁾.

Nel nostro ordinamento, la prima disciplina concernete l'avvalimento si è avuta con l'entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici⁽⁸⁾, il quale ha recepito le indicazioni provenienti in tal senso dalle Direttive comunitarie n. 17 e 18⁽⁹⁾ del 2004.

La normativa di riferimento è oggi, dunque, costituita dagli articoli 49 e 50 del Codice; in particolare, sulla base del loro dettato, si può distinguere tra: avvalimento nella singola gara, di cui all'articolo 49, comma 1, il quale prevede l'utilizzo dei requisiti di un terzo esclusivamente per partecipare alla procedura di affidamento di una specifica gara, ed avvalimento stabile, finalizzato all'ottenimento di un'attestazione di qualificazione, ai sensi dell'articolo 50.

Con riferimento al caso di specie, la seconda società ricorrente, nel censurare la revoca dell'esclusione dell'altra concorrente, ha addotto l'impossibilità per quest'ultima di utilizzare l'avvalimento per un requisito di ordine generale quale, a suo avviso, il N.O.S.

Prima di addentrarsi nelle considerazioni relative a tale certificazione, occorre mettere in luce come, a seguito del terzo correttivo⁽¹⁰⁾ al Codice dei contratti pubblici, oggi è consentito in ogni caso, a prescindere – cioè – da specifica previsione del bando, al concorrente singolo o consorziato o raggruppato, di soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti (di carattere economico, finanziario, tecnico e organizzativo) ovvero di attestazioni SOA, avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA altrui (art. 49, comma 1). Dunque, anche in mancanza di indicazioni

⁽⁷⁾ ZUCHELLI, *L'avvalimento*, in (a cura di) DE NICTOLIS, *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Milano, 2007, 562. Per una più completa disamina delle posizioni assunte dalla dottrina sull'avvalimento si vedano anche: BOIFAFA, in *Codice dei Contratti Pubblici*, Milano, 2007, 492 ss.; FANTINI, in FERRARI – GAROFOLI (a cura di) *Codice degli appalti pubblici e nuova direttiva ricorsi*, Roma, 2009, 415 e ss.

⁽⁸⁾ D.lgs n. 162 del 12 aprile 2006.

⁽⁹⁾ Direttiva 31 marzo 2004 n. 2004/17/CE n. e Direttiva 31 marzo 2004 n. 2004/18/CE; esse, riferendosi rispettivamente alla qualificazione delle imprese sotto il profilo economico-finanziario e sotto il profilo tecnico-professionale, hanno previsto l'eventuale possibilità di un determinato soggetto di fare affidamento, ai fini della sua partecipazione ad una gara pubblica, sui “mezzi necessari” e sulle “risorse necessarie” di un altro soggetto che deve assumere il relativo impegno a favore di quello che ne è carente.

⁽¹⁰⁾ Si è avuto con d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152.

espressamente riportate dal bando, trova applicazione l'istituto dell'avvalimento nella sua massima estensione⁽¹¹⁾.

Ciò precisato, la problematica nel caso in esame riguarda – come detto – la possibilità di avvalersi di un soggetto terzo per far fronte alla richiesta di un requisito come il N.O.S.

La soluzione passa innanzitutto attraverso la qualificazione che si intende attribuire al nulla osta di sicurezza, ovvero, se requisito di ordine generale e di moralità (*ex art. 38 Codice contratti pubblici*) come sostenuto dalla ricorrente, o requisito di ordine speciale. Infatti, dall'art. 49 del Codice si ricava che l'avvalimento non può che riguardare la seconda categoria di requisiti appena ricordata.

Ad avviso del TAR umbro⁽¹²⁾, il N.O.S. andrebbe inquadrato come requisito soggettivo di capacità tecnica, estraneo, quindi, alla categoria dei requisiti previsti dall'art. 38 del Codice dei contratti.

Va detto che i requisiti soggettivi, in generale, sono preordinati a garantire all'amministrazione appaltante l'affidabilità dell'esecutore e, tra questi, possono rammentarsi, ad esempio, la qualità aziendale, l'iscrizione alla camera di commercio ed ad albi, etc.

La questione relativa alla possibilità di dimostrare con l'avvalimento il possesso di requisiti di carattere soggettivo è stata affrontata in un'importante sentenza del Consiglio di Stato, che dalla lettura dell'articolo 49 del Codice dei contratti pubblici, ha dedotto l'inesistenza di limiti ai requisiti che possono essere oggetto di avvalimento (cfr. sez. III, n. 2344 del 18 aprile 2011). In particolare, tale sentenza ha aperto la strada all'ipotesi che anche le certificazioni di qualità siano suscettibili di divenire oggetto di avvalimento, pur con le cautele che, in tali ipotesi, devono necessariamente esser attuate dalle imprese⁽¹³⁾.

Prima di tale pronuncia, l'orientamento intorno alla questione andava perlopiù in una direzione restrittiva⁽¹⁴⁾, ritenendosi l'utilizzo dell'avvalimento limitato al prestito di requisiti aventi una portata oggettiva e ben delimitata, con esclusione quindi dei requisiti soggettivi, in quanto tali, esigenti la sussistenza di un rapporto fiduciario tra appaltatore e stazione

⁽¹¹⁾ L'art. 49 del Codice, invero, contiene un precetto imperativo che determina l'efficacia integrativa automatica delle previsioni del bando di gara, anche in carenza di un espresso richiamo.

⁽¹²⁾ Guardando, in particolare, all'art. 16, comma 2, del d.p.c.m. 3 febbraio 2006.

⁽¹³⁾ L'impresa ausiliaria, infatti, non si impegna semplicemente a prestare il requisito soggettivo richiesto, quale mero valore astratto, ma assume anche l'obbligazione di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, nella fase di esecuzione del contratto, il complesso della propria organizzazione aziendale. Ciò vale a garantire l'interesse della stazione appaltante ad ottenere la garanzia qualitativa di un certo livello minimo di prestazioni per la gestione dell'appalto.

⁽¹⁴⁾ Si vedano, in tale direzione, TAR Sardegna, sez. I, 27 marzo 2007, n. 556; TAR Sardegna, sez. I, 6 aprile 2010, n. 665.

appaltante; considerate requisiti aventi carattere soggettivo, le certificazioni di qualità, secondo l'interpretazione appena esposta, non sarebbero state suscettibili di avvalimento.

Seguendo invece l'impostazione fornita dalla sentenza n. 2344 del 2011, rimangono esclusi dall'applicazione dell'istituto i requisiti generali (previsti dall'art. 38, del codice dei contratti) che devono essere posseduti in proprio dall'operatore economico ausiliato e dall'impresa ausiliaria, ma, d'altro canto, per qual che concerne i requisiti di natura soggettiva, è stato ritenuto esser ammissibile l'avvalimento, in quanto coerente con l'obiettivo principale della norma, incentivante la concorrenza nonché l'ingresso nel mercato di nuovi soggetti.

Come evidenziato nella medesima sentenza, l'allargamento ai requisiti soggettivi deve essere, tuttavia, controbilanciato da una concezione operativa e sostanzialista dell'istituto dell'avvalimento. In tal modo, si evita che l'avvalimento diventi una generica garanzia di esecuzione dell'appalto prestata da parte di un operatore economico diverso dal concorrente e si scongiura la possibilità di distorcere *“l'istituto (...) per piegarlo ad una logica di elusione dei requisiti stabiliti nel bando di gara”*⁽¹⁵⁾.

Peraltro, nella medesima direzione, anche la recente sentenza del Consiglio di Stato n. 5408 del 23 ottobre 2012, la quale, in contrasto con la linea di pensiero dell'Avcp⁽¹⁶⁾, ha affermato che l'avvalimento di cui all'art. 49 del Codice dei contratti pubblici, può riferirsi anche alla certificazione di qualità.

Ad avviso dei giudici di Palazzo Spada, quand'anche la certificazione di qualità dovesse riguardare una qualità soggettiva dell'impresa, ugualmente potrebbe questa essere oggetto di avvalimento, rientrando pienamente tra i requisiti che possono essere comprovati mediante tale strumento, attesa la sua portata generale; peraltro, un'interpretazione restrittiva delle disposizioni in materia di avvalimento si porrebbe in contraddizione con le finalità stesse dell'istituto – come visto, di matrice comunitaria – su tutte, quelle pro concorrenziali.

In conclusione, per tutto quanto ricordato ed, in particolare, osservando l'orientamento che la giurisprudenza del Consiglio di Stato sta assumendo con riguardo a certificazioni di qualità ed avvalimento, non può che ritenersi comprensibile la scelta del Collegio umbro di dichiarare perfettamente ammissibile tale l'istituto anche per il nulla osta di sicurezza.

ANGELA GUERRIERI

⁽¹⁵⁾ TAR Campania, Napoli, sez. I, 2 febbraio 2011, n. 644.

⁽¹⁶⁾ Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici. Nella determinazione n. 2 del 1 agosto 2012 ella ha ribadito come sebbene siano *“emerse in giurisprudenza opinioni contrastanti sull'ammissibilità del ricorso all'avvalimento per quanto concerne la certificazione di qualità, sul punto, si ritiene di confermare la posizione già espressa dall'Autorità nel senso dell'inammissibilità del ricorso all'avvalimento per la certificazione di qualità”*.

T.A.R. UMBRIA – 11 giugno 2012, n. 220 - Pres. LAMBERTI - Est. UNGARI-G.M.P. S.p.A. (Avv. R. Baldoni) c. Comune di Acquasparta, Regione Umbria (Avv.ti P. Manuali e C. Iannotti) e Provincia di Terni (Avv. P. Bececco)

Cave – Attività estrattiva – Autorizzazione – Accertamento di giacimento in cave dismesse – Interessi di natura paesaggistica e ambientale – Prevalenza (l.r. Umbria, 3 gennaio 2000, n. 2, artt. 1 e 5 bis)

Cave – Attività estrattiva – Autorizzazione – Accertamento di giacimento in cave dismesse – Ripresa ampliamento attività in essere e attività in cave dismesse – Finalità di recupero ambientale – Preferenza – Limiti (l.r. Umbria, 3 gennaio 2000, n. 2, artt. 1e 5 bis)

Cave – Attività estrattiva – Autorizzazione – Accertamento di giacimento – Variante a strumenti urbanistici – Recepimento esiti Conferenza Copianificazione – Competenza – Consiglio Comunale (d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, art. 42; l.r. Umbria, 3 gennaio 2000, n. 2, art. 5 bis)

Atto amministrativo – Procedimento amministrativo – Preavviso di rigetto – Assenza – Legittimità – Condizioni (l. 7 agosto 1990, n. 241, artt. 10 bis e 21 octies; l.r. Umbria, 3 gennaio 2000, n. 2, art. 5 bis)

Nell'ambito del procedimento di accertamento di giacimento in una cava dismessa, gli interessi pubblici da considerare sono anzitutto quelli di natura paesaggistica ed ambientale. (1)

Nell'ambito del procedimento di accertamento di giacimento di cava attiva, il principio della preferenza – espressa dall'art. 1, comma 2 della l.r. n. del 2000 – dell'ampliamento delle attività in essere e della ripresa delle attività nelle aree dismesse, anche a fini di ricomposizione ambientale, trova un limite negli interessi pubblici di natura paesaggistica e ambientale. L'opportunità di ritrarre dall'ulteriore sfruttamento del sito di cava anche le risorse necessarie al riambientamento complessivo e potenzialmente definitivo di tutta l'area, infatti, non può risultare il fattore determinante della decisione finale dell'Amministrazione. (2)

Nell'ambito del procedimento di accertamento di giacimento di cava attiva, l'atto di recepimento dell'esito della Conferenza di Copianificazione adottato dal Consiglio Comunale non può ritenersi viziato da incompetenza in quanto esso riveste una valenza sostanziale assimilabile, per contenuti ed impatti sul territorio, a quella dei "piani territoriali e urbanistici", rientranti nelle competenze consiliari ai sensi dell'articolo 42, comma 2, lettera b) del d.lgs. n. 267/2000. (3)

In applicazione dell'art. 21 octies della l. n. 241/1990, la mancanza del preavviso di rigetto non determina l'illegittimità del provvedimento finale qualora l'Amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto

del medesimo provvedimento non avrebbe potuto diverso da quello in concreto adottato. (4)

(*Omissis*)1. La società ricorrente impugna la d.C.C. del Comune di Acquasparta n. 28 in data 14 maggio 2010, con cui, recependo le risultanze della Conferenza di Copianificazione (tra Comune, Provincia e Regione) di cui al verbale sottoscritto presso la Provincia di Terni in data 28 aprile 2010, è stata dichiarata «*l'inammissibilità dell'accertamento di giacimento*», richiesto dalla ricorrente ai sensi dell'articolo 5 bis, della l.r. 2/2000, per un sito di cava in località Porcareccia.

L'impugnazione concerne anche il verbale della predetta Conferenza, la conforme determinazione della Provincia di Terni n. 676 in data 14 maggio 2010, la determinazione regionale n. 3666 in data 26 aprile 2010 (confluita nella Conferenza), nonché la d.G.R. n. 2055 in data 7 dicembre 2005 - Atto di indirizzo e coordinamento per la uniforme applicazione della l.r. 2/2000 – poiché è anche sulla base di quest'ultima che il procedimento ha avuto esito negativo.

2. Va rimarcato che l'area è già stata interessata da attività di coltivazione svolte dalla ricorrente (giusta autorizzazione comunale n. 118 in data 5 aprile 2004), rispetto alle quali non è ancora concluso il recupero ambientale. Con ordinanza n. 17 in data 8 giugno 2009, l'autorizzazione è stata dichiarata decaduta e sono state reiterate prescrizioni volte al completamento della ricomposizione ambientale; con ordinanza n. 39 in data 28 ottobre 2010, e n. 28 in data 30 novembre 2010, sono state disposte proroghe per l'esecuzione delle relative opere.

Tali attività di recupero (per motivi che sarebbe interessante approfondire, ma che esulano dalla presente controversia) non hanno riguardato la parte sommitale dell'originario sito di cava, costituita da un fronte longitudinale di "pietra a vista", in forte pendenza per un dislivello di circa sessanta metri (eredità, a quanto pare, di escavazione effettuata in tempi remoti e non dalla ricorrente).

Nel frattempo, la ricorrente aveva chiesto l'accertamento di cava attiva in ampliamento, denegato con i provvedimenti impugnati.

Giova, poi, precisare fin d'ora che, secondo la citata d.G.R. n. 2055/2005 «*Nel caso di rilascio di autorizzazione per la realizzazione di interventi di completamento di cave in esercizio o reinserimento di cave dismesse di cui alle lettere l) e n) dell'art. 2 del reg. n. 3/2005, finalizzate alla completa chiusura dell'attività e alla definitiva riconsegna dell'area al contesto naturale e paesaggistico, non può essere successivamente presentata la relativa domanda di accertamento del giacimento di cui all'art. 5 bis*».

3. La ricorrente sottolinea che il progetto denegato con i provvedimenti impugnati prevede sia ampliamenti laterali, sia un innalzamento

rispetto alle precedenti quote, e che avrebbe sì interessato anche una parte dell'area già riambientata, ma nel contempo reso possibili interventi di coltivazione e di reinserimento ambientale per la suddetta parte sommitale, altrimenti destinata a rimanere un *vulnus* ambientale per il tempo a venire.

La ricorrente prospetta le censure appresso indicate.

3.1. E' mancato il preavviso di rigetto ai sensi dell'articolo 10 bis della legge 241/1990.

3.2. Il Consiglio comunale di Acquasparta non è competente per l'adozione della determinazione conclusiva del procedimento (che "segue l'ordinario riparto di competenze tra i soggetti istituzionali del Comune" e spetta quindi – come precisato nella memoria finale – alla Giunta).

3.3. E' stato obiettato il contrasto con quanto disposto dalla d.G.R. n. 2055/2005 (nel senso sopra riportato). Ma tale atto, anziché interpretare il regolamento regionale 3/2005, contrasta con l'articolo 3, comma 1, del regolamento stesso – là dove, tra le aree per le quali è ammesso l'accertamento di giacimento, include «*le aree di cava dismesse*» e le aree a quest'ultime «*contigue onde consentire la realizzazione di interventi di riattivazione, reinserimento o recupero ambientale*» (non a caso, l'articolo 9 prevede che la domanda di accertamento debba indicare «*nel caso di richieste di accertamento di giacimenti di cave dismesse*» il grado «*dell'efficacia delle opere di recupero ambientale realizzate*» nonché il «*grado di reinserimento ambientale nel contesto paesaggistico locale*») - e costituisce un'inammissibile sconfinamento nell'ambito della disciplina legislativa.

3.4. È stata obiettata anche l'incidenza paesaggistica negativa dell'intervento proposto. Tuttavia, al riguardo, è mancata un'analisi costi-benefici, che considerasse tutti gli elementi caratterizzanti la vicenda, per valutare se davvero fosse più conveniente tollerare per qualche anno ancora l'attuale *vulnus* visivo a fronte, tuttavia, della prospettiva di una sistemazione definitiva del sito altrimenti impossibile.

Inoltre, nella medesima prospettiva di comparazione, è errato il rilievo secondo il quale l'impatto visivo indotto dalla coltivazione della cava avrebbe una durata stimabile in 30-40 anni, posto che il progetto prevede che i lavori di escavazione e la contestuale ricomposizione ambientale vengano effettuati attraverso gradoni realizzati partendo dall'alto verso il basso, così che il rimboschimento potrà essere fatto progressivamente dando presto i suoi visibili risultati.

3.5. È stato obiettato che dalla documentazione allegata all'istanza si evincerebbe la giustificazione di un fabbisogno di materiale calcareo tale da ipotizzare un incremento di circa il 64% (da 39.000 a 64.000 mc) rispetto alla media di produzione degli ultimi cinque anni. In realtà, tale documentazione dimostra che la residua volumetria disponibile nelle

quattro cave esercitate dalla ricorrente soddisferebbe soltanto per un anno il fabbisogno complessivo dei suoi impianti (250.000 mc), in larga misura finora alimentati da inerti acquistati da terzi, e che il volume ipotizzato per la cava in questione coprirebbe soltanto un quarto di detto fabbisogno. Sena contare che l'accertamento di giacimento costituisce semplicemente il presupposto dell'autorizzazione all'attività estrattiva, che ben può contemplare massimali estrattivi inferiori a quelli indicati nella prima.

3.6. Tale ultimo rilievo inficia anche l'ulteriore obiezione secondo la quale il nuovo progetto metterebbe in discussione i presupposti considerati in sede di dell'accertamento di giacimento già ottenuto dalla ricorrente per la cava in località Monte Pelato del Comune di Gualdo Cattaneo, pari ad un volume annuo estraibile di 32.000 mc. – posto che, anche sommando le quantità estraibili dai due siti, si giungerebbe ad una quantità ($32.000 + 64.000 = 96.000$ mc) ben lontana dalle predette esigenze complessive.

4. Resistono, controdeducendo puntualmente, la Provincia di Perugia e la Regione Umbria.

Non si è costituito in giudizio il Comune di Acquasparta.

5. Il ricorso è infondato e deve pertanto essere respinto.

5.1. Ancorché la competenza del Consiglio comunale sia espressamente prevista, dall'articolo 5-bis, della l.r. 2/2000, per l'ipotesi in cui si tratti di ratificare l'adesione del Comune all'istanza di accertamento resa dal suo rappresentante nell'ambito della Conferenza di Copianificazione, qualora detto accertamento comporti variante allo strumento urbanistico comunale vigente, non può ritenersi viziata da incompetenza l'adozione da parte del medesimo organo dell'atto che ha recepito l'esito della Conferenza stessa.

Infatti, quale che sia l'incidenza sulla pianificazione comunale esistente, la Conferenza di Pianificazione, e conseguentemente il provvedimento comunale che ne recepisce l'esito, assumono, al di là del *nomen*, una valenza sostanziale assimilabile, per contenuti ed impatti sul territorio, a quella dei "piani territoriali e urbanistici", rientranti nelle competenze consiliari ai sensi dell'articolo 42, comma 2, lettera b).

Senza contare che, comunque, la riferibilità della decisione anche alla Giunta, risultava dal parere negativo sull'istanza della ricorrente espresso con la delibera della Giunta n. 76 in data 26 aprile 2010.

5.2. Conviene esaminare le restanti censure modificando l'ordine di prospettazione del ricorso.

L'esito della Conferenza, e gli atti dei singoli Enti partecipanti che l'hanno anticipato o recepito, sono sorretti da una serie di considerazioni, autonomamente idonee a giustificare il giudizio di inammissibilità dell'accertamento di giacimento.

Un primo profilo riguarda il contrasto con la d.G.R. n. 2055/2005 summenzionata.

L'articolo 1, comma 2, della l.r. 2/2000, esprime il principio della preferenza, rispetto all'apertura di nuove attività estrattive, dell'ampliamento delle attività in essere e della ripresa delle attività nelle aree di escavazione dismesse, anche al fine della ricomposizione ambientale.

Può convenirsi con la società ricorrente che le disposizioni del regolamento regionale 3/2005, succitate, non impediscano di riattivare una cava in un sito dismesso, qualora gli interventi di riambientamento non siano stati attuati, ovvero non abbiano consentito di definire una soluzione soddisfacente sotto il profilo paesaggistico ed ambientale.

L'ipotesi di preclusione di un nuovo accertamento di giacimento ha una giustificazione logica ed appare coerente con la disciplina regolamentare, nei casi in cui nell'area sia avvenuta effettivamente *«la completa chiusura dell'attività e alla definitiva riconsegna dell'area al contesto naturale e paesaggistico»* così come ipotizzato dalla previsione della d.G.R. n. 2055/2005. Con questa limitazione deve essere interpretata ed applicata la disciplina dell'Atto di indirizzo regionale.

5.3. Ciò, tuttavia, non significa che un progetto di coltivazione di un sito dismesso meriti di essere assentito per il solo fatto che – attraverso mirati interventi estrattivi, seguiti da un complessivo reinserimento e recupero ambientale – consentirebbe di risolvere un problema di tutela dei valori del territorio lasciato insoluto dal completamento delle precedenti attività di coltivazione.

In altri termini, l'opportunità di ritrarre dallo (ulteriore) sfruttamento del sito di cava anche le risorse necessarie al riambientamento complessivo e potenzialmente definitivo di tutta l'area non può risultare il fattore determinante della decisione sul progetto di accertamento di un (nel caso, più esteso) giacimento di cava.

Gli interessi pubblici da considerare sono anzitutto quelli di natura paesaggistica ed ambientale, legati alla fruizione collettiva attuale e futura, poiché gli enti territoriali e locali, oltre che lo Stato, sono tenuti a riqualificare il paesaggio con interventi e risorse propri, a prescindere dalla sinergia offerta dalle iniziative imprenditoriali private.

5.4. A questo punto va sottolineato che il provvedimento negativo impugnato è stato altresì motivato dalla considerazione secondo la quale il progetto della ricorrente, contemplando una rotazione del fronte di lavorazione, aprirebbe la relativa visuale anche a favore dei prospicienti centri abitati e del reticolo stradale con ulteriore incremento visivo. Laddove, il *vulnus* visivo della parte sommitale del fronte attuale di cava, per la favorevole posizione caratterizzata da bassa visibilità e per il colore (pietra ossidata e non più bianca), sarebbe assai più accettabile.

Inoltre, anche la possibilità di recuperare su tutta l'area una co-

pertura erbacea dopo pochi anni di impianto (così come sta avvenendo nell'area oggetto di recente estrazione), non tiene conto del fatto che si tratterebbe di qualcosa di ben diverso dal manto boschivo cui si rinunciarebbe, ricostituibile solo nel termine di 30-40 anni, e comunque con consistenza ed aspetto non paragonabili a quello esistente, che si è formato in centinaia di anni ed ha raggiunto lo stadio finale del processo evolutivo dell'ecosistema.

In sintesi, essendo l'area interessata posta di fronte ad Acquasparta ed alla E45, dall'esecuzione del progetto della ricorrente deriverebbe, per un lungo periodo di tempo, un pregiudizio per la visuale paesaggistica maggiore di quello oggi derivante dalla sommità a pietra nuda non (ancora) riambientata.

5.5. Le considerazioni che precedono sono sufficienti a supportare il provvedimento impugnato.

Potendo, dunque, ritenersi che le Amministrazioni resistenti abbiano dimostrato in giudizio che l'esito della Conferenza di Copianificazione ed il contenuto dei provvedimenti adottati (necessariamente) in conformità, non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, la mancanza del preavviso di rigetto non può inficiare, in applicazione dell'articolo 21-octies, della legge 241/1990, i provvedimenti impugnati.

6. Non occorre pertanto approfondire quale rilievo debbano assumere le ulteriori ragioni ostative al progetto della ricorrente – sotto il profilo della presenza nell'area di “ambiti di coltivazione delle acque minerali”, oltre che di “aree di particolare interesse geologico” ed “acquiferi dei complessi carbonatici” - contenute nella determinazione regionale n. 3666 in data 26 aprile 2010, ma non testualmente riprodotte nel verbale della Conferenza.

7. Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge. (*Omissis*)

(1-4) Brevi note sulla disciplina in materia di recupero delle cave, con particolare riferimento alla tutela dell'ambiente.

SOMMARIO: 1. *Il principio della prioritaria considerazione degli interessi ambientali in materia di recupero delle cave dismesse espresso dal TAR Umbria.* – 2. *Il recupero delle cave nella legislazione regionale.* – 3. *Criticità dell'attuale disciplina e prospettive di un intervento statale per garantire livelli minimi di tutela dell'ambiente sull'intero territorio nazionale.*

1. Con la sentenza in rassegna, il Tribunale Amministrativo Regionale dell'Umbria torna a pronunciarsi nella controversa materie delle cave e individua l'importante principio in base al quale il delicato temperamento degli interessi contrapposti nel recupero delle cave dismesse deve essere risolto attribuendo alla protezione dell'ambiente prioritaria considerazione rispetto agli interessi economici sottesi allo svolgimento dell'attività estrattiva.

La pronuncia del giudice amministrativo umbro prende le mosse dall'iniziativa di un operatore privato che intendeva riprendere l'attività cava all'interno di una cava dismessa in cui le operazioni di reinserimento ambientale non si erano ancora concluse. In particolare, l'intervento progettato prevedeva di ottenere dall'ampliamento della superficie della cava le risorse necessarie per completare il recupero ambientale del sito.

A tal fine, il privato aveva presentato all'Amministrazione comunale competente un'istanza per l'ottenimento dell'accertamento di giacimento di cava attiva in ampliamento, presupposto per il rilascio di una nuova autorizzazione alla coltivazione del sito.

Il Consiglio Comunale, nel recepire le conclusioni della conferenza di copianificazione cui avevano partecipato anche la Provincia e la Regione, aveva rigettato l'istanza del privato ritenendo l'accertamento non ammissibile in ragione dell'incidenza paesaggistica negativa dell'intervento proposto.

Avverso il provvedimento negativo dell'Amministrazione, il privato aveva proposto ricorso innanzi al TAR Umbria.

La principale censura avanzata dal ricorrente era rappresentata dal contrasto tra la decisione dell'Amministrazione di non ammettere la citata istanza per esigenze di tutela dell'ambiente e le previsioni della legislazione regionale dirette a favorire il recupero delle cave dismesse non ancora riammentate con i materiali derivanti dalla ripresa dell'attività estrattiva.

In particolare, il provvedimento negativo dell'Amministrazione si sarebbe posto in contrasto con l'art. 1, comma 2, della l.r. 3 gennaio 2000, n. 2 ss.mm.ii., il quale esprime il principio della preferenza della ripresa e ampliamento delle attività nelle aree di escavazione dismesse, anche al fine della ricomposizione ambientale, rispetto all'apertura di nuove attività estrattive.

Sotto altro profilo, invece, l'atto impugnato avrebbe violato le previsioni dell'art. 3 del reg. 17 febbraio 2005, n. 3, di attuazione della richiamata legge regionale sopra citata, che individuano le aree di cave dismesse e quelle contigue tra i siti per i quali è ammesso l'accertamento di giacimento al fine di consentire interventi di riattivazione, reinserimento o recupero ambientale.

In tale contesto, il giudice amministrativo, pur segnalando come un nuovo accertamento di giacimento all'interno di cave dismesse sia precluso soltanto laddove sia effettivamente intervenuta "la completa chiusura dell'attività e [al]la definitiva riconsegna dell'area al contesto naturale e paesaggistico", ha chiarito che il principio di preferenza per le riprese e

l'ampliamento delle attività nelle cave dismesse incontra comunque un limite nell'interesse pubblico alla tutela dell'ambiente e del paesaggio, il quale si pone in posizione subordinata rispetto all'interesse del privato allo svolgimento dell'attività cavatoria.

Al riguardo, il TAR Umbria ha infatti rilevato che l'opportunità di ritrarre dall'ulteriore sfruttamento di una cava le risorse con le quali provvedere ad un complessivo e definitivo riambientamento del sito non può rappresentare il fattore determinante nella decisione sul progetto di accertamento e quindi sul successivo rilascio dell'autorizzazione alla coltivazione.

Nell'ambito dei procedimenti di autorizzazione all'esercizio dell'attività estrattiva "gli interessi pubblici da considerare – prosegue il TAR - sono anzitutto quelli di natura paesaggistica ed ambientale, legati alla fruizione collettiva attuale e futura, poiché gli enti territoriali e locali, oltre che lo Stato, sono tenuti a riqualificare il paesaggio con interventi e risorse propri, a prescindere dalla sinergia offerta dalle iniziative imprenditoriali private."

Sulla base di tali principi, pertanto, il giudice amministrativo ha ritenuto legittime le motivazioni addotte dalla p.a. circa l'incidenza paesaggistica negativa dell'intervento progettato dal privato, dalla cui esecuzione, considerata anche l'area di localizzazione, sarebbe derivata, per un lungo periodo di tempo, un pregiudizio per la visuale paesaggistica maggiore di quello derivante dal mancato completamento delle operazioni di riambientamento del sito.

Alla luce di quanto sopra evidenziato, avendo ritenuto non fondate anche le ulteriori censure proposte dal ricorrente, il TAR Umbria ha quindi rigettato il ricorso.

2. La sentenza in rassegna offre quindi lo spunto per svolgere, senza alcuna pretesa di esaustività, qualche considerazione sul regime giuridico delle cave⁽¹⁾ e, in particolare, sulla disciplina in materia di recupero delle cave dismesse.

Lo svolgimento dell'attività estrattiva nelle cave⁽²⁾ – i cui giacimenti

⁽¹⁾ Per un approfondimento sul tema, si rinvia a LUCIFREDI, *Intorno al regime giuridico delle cave e delle torbiere*, in *Annali dell'Università di Perugia*, 1937, 153 ss.; SPAGNUOLO VIGORITA, *Cave e Torbiere*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 675 ss.; ABBATE, *Il diritto minerario in Italia*, Palermo, 1970, 194 ss.; NEGRI, *Il diritto minerario*, Padova, 1976, 173 ss.; FRANCIARIO, *Il regime giuridico delle cave e delle torbiere*, Milano, 1997; SERTORIO, *Miniere e cave tra disciplina nazionale e regionale*, Milano, 2003, I, 171 ss.; VACCARELLA, *La disciplina delle attività estrattive nell'amministrazione del territorio*, Torino, 2010.

⁽²⁾ L'attività estrattiva si svolge nelle cave e nelle miniere, le quali si distinguono tra loro per le differenti caratteristiche dei minerali che in esse vengono estratte. Mentre nelle miniere, infatti, vengono estratti i minerali di prima categoria quali

rimangono nella disponibilità del proprietario, salvo particolari eccezioni⁽³⁾ – è assoggettato ad un regime autorizzatorio⁽⁴⁾, gradualmente introdotto sull'intero territorio nazionale a partire dalla seconda metà degli anni Settanta⁽⁵⁾.

Sino al 1977, infatti, la coltivazione delle cave era subordinata ad un mero obbligo di comunicazione di inizio lavori al Sindaco del Comune ed al Distretto minerario⁽⁶⁾ e, pertanto, era da un'attività essenzialmente libera; lo svolgimento dell'attività cavatoria, infatti, soltanto nelle zone vincolate sotto il profilo idrogeologico e paesistico necessitava della previa autorizzazione da parte dell'autorità preposta alla gestione del vincolo⁽⁷⁾.

A seguito del trasferimento alle Regioni delle competenze legislative ed

definiti dall'art. 2 del r.d. 29 luglio 1927, n. 1443, nelle cave vengono coltivati i minerali appartenenti alla seconda categoria individuati dalla medesima disposizione e destinati principalmente all'edilizia. Miniere e cave sono assoggettate ad un diverso regime giuridico e differente è la titolarità dei relativi giacimenti. Le miniere, infatti, appartengono al patrimonio indisponibile dello Stato e la loro coltivazione è subordinata all'ottenimento di una concessione amministrativa rilasciata ai sensi del citato r.d. n. 1443/2007. Per un'efficace sintesi delle differenze tra il regime giuridico delle cave e delle miniere, è doveroso il rinvio a SERTORIO, *Attività estrattiva e minerali estratti: alterità di disciplina*, in *Not. giur. reg.*, 2000, 2/3, 4 ss.

⁽³⁾ In deroga a tale regola generale, l'art. 45 comma 2 del r.d. 29 luglio 1927 n. 1443 prevede infatti il passaggio al patrimonio indisponibile statale (ora regionale) nell'ipotesi in cui il proprietario non abbia intrapreso la coltivazione del giacimento o non abbia dato ad essa sufficiente sviluppo. Sul punto, vedi in giurisprudenza TAR Umbria, 20 gennaio 2003, n. 90, in *www.ambienteditto.com*, con nota di FEDERICI, *Avocazione delle cave*; in dottrina, SPAGNUOLO VIGORITA, *op. ult. cit.*, 677 e SERTORIO, *Miniere e cave tra disciplina nazionale e regionale*, cit., 241 ss.

⁽⁴⁾ Secondo ORUSA, *Riflessi sull'attività estrattiva nelle cave, dei decreti di attuazione della legge 382 sul trasferimento delle funzioni dell'amministrazione centrale a quelle regionali*, in *Not. giur. reg.*, 1977, 473, l'autorizzazione all'attività avrebbe caratteristiche peculiari rispetto alle altre autorizzazioni amministrative in quanto essa "non conserva il significato di rimozione di un limite all'espansione delle facoltà del proprietario, bensì rappresenta il titolo di ingresso in un'area di comportamenti controllati e finalizzati". Analoghe riflessioni sul tema vengono svolte anche da BERTI, *Le cave tra diritto di proprietà e governo del territorio*, in *Le regioni*, 1975, 492 e da BESSONE, *Proprietà dei suoli ad uso di cava e pianificazione regionale delle attività estrattive*, in *Giur. it.*, 1977, V, 76-78.

⁽⁵⁾ Cfr. SERTORIO, *La legge regionale piemontese in materia di cave e torbiere a vent'anni dalla sua nascita*, in *Not. giur. reg.*, 1999, n. 1, 5.

⁽⁶⁾ Art. 28 d.p.r. 9 aprile 1959, n. 128. Il cavatore era in ogni caso soggetto al rispetto della disciplina in materia di sicurezza dei lavori prevista dal medesimo d.p.r.

⁽⁷⁾ SERTORIO, *La normativa della regione autonoma Valle d'Aosta in materia estrattiva: i principi qualificanti*, in *Not. giur. reg.*, 1990, 2/3, 5 ss. Per un approfondimento sulle interferenze tra la disciplina delle cave e le altre discipline inerenti il governo del territorio, si rinvia a Id., *Miniere e cave tra disciplina nazionale e regionale*, cit., 215 ss.

amministrative in materia di cave e torbiere per effetto del d.p.r. 24 luglio 1977, n. 616, furono adottate le prime normative regionali di disciplina del settore, le quali, pur nella loro diversità, hanno avuto come minimo comune denominatore il tentativo di coniugare l'interesse privato allo sfruttamento delle risorse estrattive con l'interesse pubblicistico alla tutela dell'ambiente⁽⁸⁾.

La caratteristica principale di tali leggi regionali fu proprio l'introduzione dell'autorizzazione allo svolgimento dell'attività cavatoria, rilasciata dalle Regioni o dagli enti da essa delegati a seguito dell'esame del progetto di coltivazione e di quello di recupero ambientale⁽⁹⁾.

Le Regioni hanno infatti gradualmente subordinato il rilascio dell'autorizzazione anche alla presentazione di un progetto di sistemazione ambientale delle aree al termine dell'attività estrattive in grado di individuarne la relativa destinazione finale⁽¹⁰⁾.

Alcune normative regionali, nel tentativo di garantire elevati livelli di protezione ambientale, hanno addirittura imposto agli operatori di

⁽⁸⁾ Id., *La legge regionale piemontese*, cit., 5.

⁽⁹⁾ Id., *La normativa della regione autonoma Valle d'Aosta in materia estrattiva*, cit., 6. Sul punto, vedi anche PASSALACQUA, RANGONE, *Recupero delle cave dismesse e tutela dell'ambiente: fallimento della regolazione e prospettive di riforma*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2011, 3, 69 ss., e DI DIO, *Cave e conservazione del paesaggio ambiente: il punto sulla gestione dell'attività estrattiva in Italia*, in *Riv. giur. amb.*, 2009, 2, 343 ss. Accanto al sistema autorizzatorio richiamato nel testo, venne gradualmente introdotta la pianificazione delle attività estrattive, la cui interazione con la disciplina urbanistica venne disciplinata operativamente dalle varie leggi regionali in maniera multiforme. Per effetto dell'intervento del legislatore regionale, pertanto, la disciplina dell'attività cavatoria passò dalla logica di pieno sfruttamento delle risorse necessarie per il settore delle costruzioni cui era improntato il sistema delineato dal r.d. n. 1443/1927 ad un sistema caratterizzato da una più attenta considerazione e sensibilità per l'impatto che le attività estrattive determinano inevitabilmente sull'ambiente sia sotto il profilo paesaggistico sia sotto il profilo naturalistico. Un ulteriore salto di qualità in termini di tutela dell'ambiente venne determinato dal diritto comunitario e, più in particolare, dalle direttive in materia di valutazione di impatto ambientale. Nel recepire la legislazione comunitaria, infatti, prima il d.p.r. 12 aprile 1996 e, successivamente il d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 hanno introdotto la procedura di VIA regionale per l'apertura di nuove cave e torbiere con più di 500.000 mila metri cubi di materiale o con una superficie interessata superiore a 20 ettari. Per un approfondimento sulla pianificazione estrattiva e sul rapporto con le altre tipologie di pianificazione inerenti il governo e la VIA, si rinvia a SERTORIO, *Miniere e cave tra disciplina nazionale e regionale*, cit., 224 ss.

⁽¹⁰⁾ Id., *La normativa della regione autonoma Valle d'Aosta*, cit., 5, il quale rileva che l'obbligo di allegare alla domanda volta al conseguimento dell'autorizzazione il progetto di recupero, unitamente al progetto di coltivazione, venne introdotto per la prima volta dalla l.r. Piemonte 22 novembre 1978, n. 69 per poi essere ripreso da tutte le altre Regioni italiane.

provvedere al recupero dei siti in costanza di svolgimento dell'attività estrattiva⁽¹¹⁾.

Altra tratto caratterizzante delle legislazioni regionali gradualmente intervenute a disciplinare la materia è rappresentato dall'imposizione in capo al cavatore dell'obbligo, ai fini del rilascio dell'autorizzazione, del versamento di somme o di una polizza fideiussoria a garanzia dell'esecuzione delle opere di recupero⁽¹²⁾.

In tale contesto, pertanto, il recupero obbligatorio del sito, come specificato nel progetto presentato alla p.a., ha assunto il ruolo di condizione di ammissibilità dell'autorizzazione, il cui venire meno è stato ritenuto dalla giurisprudenza⁽¹³⁾ come circostanza idonea a giustificare la sospensione o, addirittura la decadenza del titolo autorizzativo⁽¹⁴⁾.

3. Il quadro normativo regionale sopra delineato nei suoi caratteri essenziali sembrerebbe essere astrattamente in grado di neutralizzare i rischi di danni irreversibili all'ambiente derivanti dal mancato recupero dei siti al termine dello svolgimento dell'attività costruttiva.

La realtà, però, è diversa ed è testimoniata dall'elevato numero di cave abbandonate e non riambientate esistenti sul territorio nazionale, le quali richiamano l'attenzione dell'opinione pubblica soltanto quando alcune di esse vengono trasformate in discariche⁽¹⁵⁾.

⁽¹¹⁾ Il riferimento è, a titolo esemplificativo, all'art. 6 della citata l.r. Umbria n. 2/2000 in base al quale il progetto di recupero presentato ai fini del rilascio dell'autorizzazione deve necessariamente prevedere che la ricomposizione ambientale avvenga anche durante lo svolgimento dell'attività estrattiva, in relazione allo stato di avanzamento dei lavori. Nello stesso, l'art. 11, l.r. Marche 1 dicembre 1997, n. 71. Per un approfondimento sul punto, si rinvia a PASSALACQUA, RANGONE, *op. ult. cit.*, 70.

⁽¹²⁾ Cfr. *ex multis* art. 10, comma 2, l.r. Umbria 3 dicembre 2000, n. 2; art. 14, comma 2, l.r. Calabria del 5 novembre 2009, n. 40; art. 16 l.r. Lombardia 8 agosto 1998, n. 14; nonché art. 7, comma 5, l.r. Valle d'Aosta del 13 marzo, 2008, n. 5, il quale prevede che solo la prestazione delle garanzie determina l'efficacia dell'autorizzazione. Il meccanismo individuato nel testo è finalizzato a garantire l'effettivo reinserimento ambientale del sito anche qualora il recupero non abbia luogo secondo le modalità e la tempistica individuata dal provvedimento autorizzativo attraverso l'esecuzione del recupero d'ufficio per effetto delle escussione delle citate garanzie. Per ulteriori approfondimenti, si rinvia alla puntuale analisi di PASSALACQUA, RANGONE, *op. ult. cit.*, 70.

⁽¹³⁾ TAR Valle d'Aosta, 19 settembre 2003, n. 167, in *Foro Amm. T.A.R.*, 2003, 2538.

⁽¹⁴⁾ Cfr. *ex multis* art. 15, comma 1, l.r. Umbria, 3 dicembre 2000, n. 2; art. 18 l.r. Lombardia 8 agosto 1998, n. 14. Sul punto, si rinvia a PASSALACQUA, RANGONE, *op. ult. cit.*, 70.

⁽¹⁵⁾ Secondo i dati di LEGAMBIENTE, *Rapporto Cave 2011. Il punto sulle cave in Italia. I numeri, le leggi e i piani, le buone e le cattive pratiche*, Roma, 2011, 4, in Italia sono presenti 5.725 cave attive e 7.774 cave dismesse. Quest'ultimo dato è tuttavia parziale, in quanto, in realtà, in tre Regioni non si ha una mappatura delle aree dismesse, per cui è possibile stimare il numero di cave abbandonate in oltre

In alcuni casi, il recupero dei siti non è intervenuto in quanto le attività di coltivazione hanno avuto luogo in un periodo precedente all'entrata in vigore delle citate normative regionali.

In altri ipotesi, invece, il reinserimento ambientale non ha avuto luogo a causa dell'assenza di un effettivo controllo da parte delle Amministrazioni competenti sul rispetto da parte degli operatori dei programmi di recupero approvati in sede di rilascio dell'autorizzazione.

Ad avviso di chi scrive, tuttavia, le motivazioni di tale desolante scenario vanno ricercate principalmente nell'eterogeneità delle normative regionali, all'interno delle quali l'intensità e l'efficacia delle misure finalizzate al recupero dei siti estrattivi di cava varia notevolmente⁽¹⁶⁾.

Una prima criticità è rappresentata dalla carente determinazione dell'importo da prestare a titolo di garanzia per le operazioni di recupero che alcune normative regionali individuano in una misura non idonea a permettere il reinserimento ambientale del sito in caso di inadempimento del cavatore⁽¹⁷⁾.

Un'altra rilevante criticità è rappresentata dall'assenza di una nozione univoca di recupero, la quale, peraltro, in alcune normative regionali non viene neppure contemplata. In altre legislazioni, invece, il recupero viene definito in maniera ambigua oppure viene individuato facendo generico riferimento ad operazioni in grado di garantire il riuso dei suoli, senza tenere in considerazione quelli che erano gli usi originari⁽¹⁸⁾.

15.000. Come evidenziato nel testo, alcune di esse sono state adibite a discariche per i rifiuti, evenienza questa che risultava essere autorizzata, in contrasto con la normativa comunitaria, anche dalla legislazione nazionale. Per un approfondimento di quest'ultimo profilo, si rinvia all'analisi di PASSALACQUA, RANGONE, *op. ult. cit.*, 75 ss. Sul punto, vedi anche DI DIO, *Cave e conservazione del paesaggio ambiente*, cit., 346.

⁽¹⁶⁾ Cfr. PASSALACQUA, RANGONE, *op. ult. cit.*, 75.

⁽¹⁷⁾ Cfr. ID., *op. ult. cit.*, 73.

⁽¹⁸⁾ Non è sicuramente il caso della normativa umbra. Con l'art. 6, comma 2, della l.r. n. 2/2000, come modificato dall'art. 7 della l.r. Umbria 29 dicembre 2003, n. 26, infatti, il legislatore umbro, da una parte, ha provveduto, ad individuare con la nozione di ricomposizione ambientale l'insieme delle operazioni finalizzate al recupero sulle aree in cui si è svolta l'attività cavatoria delle condizioni di naturalità preesistenti ed un assetto finale dei luoghi coerente con il contesto paesaggistico ed ambientale, nell'ottica della salvaguardia dell'ambiente e del riuso del suolo; dall'altra, esso ha imposto che il progetto di recupero da presentare al momento dell'autorizzazione individui la destinazione finale del terreno agli "usi preesistenti" e, in ogni caso, compatibile con le caratteristiche oggettive dei luoghi originari. Cfr. PASSALACQUA, RANGONE, *op. ult. cit.*, 73, ove si rileva che "ancora più interessante è che a seguito delle modifiche del 2003, il progetto di recupero deve necessariamente prevedere oltre alla sistemazione geomorfologica, idrogeologica e idraulica e al reinserimento paesaggistico, la destinazione finale del terreno agli "usi preesistenti" o comunque una destinazione compatibile con le caratteristiche oggettive dei luoghi originari". Le Autrici segnalano inoltre che analoghe, positive, considerazioni possano essere

All'assenza di puntuali criteri legislativi di recupero consegue inevitabilmente l'impossibilità per le Amministrazioni di provvedere ad un'efficace verifica del rispetto del progetto di recupero.

Alla luce di quanto sopra, pertanto, appare condivisibile l'opinione di quella dottrina che auspica l'introduzione di una legislazione statale che stabilisca i principi fondamentali in materia di recupero delle cave e individui livelli minimi di tutela dell'ambiente sull'intero territorio nazionale parametrati a quelli garantiti dalle normative regionali più "illuminate"⁽¹⁹⁾.

In particolare, risulta necessaria la fissazione da parte del legislatore statale di criteri per il reinserimento ambientale che consentano il recupero dei valori identitari che il paesaggio era in grado di esprimere prima dell'inizio dell'attività cavoria. L'individuazione di tali criteri, pertanto, dovrebbe avere come punto di riferimento la definizione di paesaggio quale "territorio espressivo di identità, il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali, umani e dalle loro interrelazioni" espresso dall'art. 131 del Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio e dalla Convenzione europea del Paesaggio⁽²⁰⁾.

La legislazione statale di cui si auspica l'adozione, inoltre, dovrebbe limitare sull'intero territorio nazionale l'apertura di nuove cave alle sole ipotesi in cui altre alternative di minore impatto sull'ambiente non siano percorribili ovvero non sostenibili sotto il profilo economico finanziario e, pertanto, privilegiare la riattivazione ovvero l'ampliamento delle cave dismesse.

In tale contesto, l'integrazione del principio espresso dal TAR Umbria con la sentenza in commento, secondo cui la preferenza riconosciuta alla riattivazione di una cava dismessa per finalità di recupero trova comunque un limite negli interessi ambientali che potrebbero essere compromessi dalla

svolte con riferimento all'art. 4, comma 1, lett. c) della l.r. Calabria 5 novembre 2009, n. 40 "la quale si riferisce espressamente al recupero paesaggistico e ambientale, con riguardo alla salvaguardia dell'identità dei luoghi e della loro fruizione da parte della collettività".

⁽¹⁹⁾ Cfr. PASSALACQUA, RANGONE, *op. ult. cit.*, 60 e DI DIO, *op. ult. cit.*, 347.

⁽²⁰⁾ Cfr. PASSALACQUA, RANGONE, *op. ult. cit.*, 65 e 91. Il riferimento è alla nozione soggettiva di paesaggio individuata da PREDIERI, *Significato costituzionale della norma sulla tutela del paesaggio*, in AA. VV., *Studi per il ventesimo anniversario dell'assemblea costituente*, Firenze, 1969, inteso come modo in cui territorio e ambiente sono percepiti da chi li osserva; la concezione identitaria del Paesaggio è stata poi recepita nel d. lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 s.m.i. ("Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio") e nella Convenzione europea sul paesaggio, sottoscritta a Firenze il 20 ottobre 2000 e recepita nel nostro ordinamento con l. 9 gennaio 2006, n. 14. Per un approfondimento sul punto si rinvia a BOSCOLO, *Appunti sulla nozione giuridica di paesaggio identitario*, in *Urb. app.*, 2008, 797 ss.; CIVITARESE MATTEUCCI, *Commento all'art. 131*, in CAMELLI (a cura di), *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Bologna, 2007, 522 ss. e CARTEI (a cura di), *Convenzione europea del paesaggio e governo del territorio*, Bologna, 2007.

ripresa delle attività estrattive, consentirebbe di scongiurare il rischio che interventi giustificati da finalità di reinserimento ambientale finiscano poi con il determinare *vulnera* ancora più pesanti sull'ambiente.

Peraltro, la necessità di ricorrere all'apertura di nuove cave risulterebbe inevitabilmente compressa qualora, nella realizzazione di nuove opere edilizie, venisse imposto l'obbligo di riutilizzare una percentuale predefinita di materiali provenienti da demolizione, in linea con le migliori esperienze europee⁽²¹⁾.

Per concludere, un'osservazione relativa alla legittimità costituzionale di un intervento del legislatore statale finalizzato a garantire livelli minimi di protezione ambientale in materia di recupero delle cave. Nonostante la disciplina dell'attività estrattiva sia di competenza esclusiva delle Regioni, una legge statale avente tali finalità risulterebbe giustificata alla luce della trasversalità, più volte ribadita dalla Corte Costituzionale⁽²²⁾, della

⁽²¹⁾PASSALACQUA, RANGONE, *op. ult. cit.*, 92 e DI DIO, *op. ult. cit.*, 347.

⁽²²⁾ Cfr. Corte Cost., 18 marzo 2005, n. 108 in *www.dirittoambiente.com*, con nota di VIVOLI, *Ripartizione di competenze tra Stato e Regioni nella materia tutela dell'ambiente ed attività di cava in area naturale protetta*, con la quale è stata dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 5 della l.r. Umbria 3 dicembre 2000, n. 2, come sostituito dall'art. 5 della l.r. Umbria 29 dicembre 2003, n. 296, nella parte in cui, nel vietare l'apertura di nuove cave e la riattivazione di cave dismesse all'interno di aree naturali protetti (parchi nazionali e regionali), consentiva al loro interno interventi di ampliamento o completamento di cave in esercizio e di reinserimento o completamento. La Corte ha infatti chiarito che "Dal confronto tra le norma statale interposta in materia di parchi nazionali (art. 11, comma 3, lettera b, della legge n. 394 del 1991) e la norma regionale impugnata emerge evidente che le modifiche introdotte, lungi dal disporre una disciplina più rigorosa rispetto ai limiti fissati dal legislatore statale, derogano in peius agli standard di tutela uniforme sull'intero territorio nazionale. Né appare fondata la deduzione della Regione Umbria secondo cui la normativa impugnata sarebbe legittima, in quanto emanata nell'esercizio della propria competenza esclusiva in materia di cave a seguito della modifica del titolo V della Costituzione. E' infatti sufficiente osservare che nel caso di specie non si è semplicemente disciplinata la materia "cave", ma quella delle cave quando le stesse insistano in un parco, e pertanto la materia "cave" va ad intrecciarsi con il valore ambiente, con la conseguenza che deve trovare applicazione la giurisprudenza in precedenza richiamata, secondo cui, quando viene toccato tale valore, la Regione può legiferare, ma solo per fissare limiti ancor più rigorosi di tutela, senza dunque alcuna possibilità di introdurre deroghe al divieto di coltivare cave nei parchi". In termini più generali, sulla natura trasversale della materia "tutela dell'ambiente" vedi *ex multis* Corte Cost., 12 dicembre 2012, n. 278, in *Foro amm. C.d.S.*, 2013, II, 344; CorteCost., 29 ottobre 2009, n. 272, in *Giur. cost.*, 2009, 5132, con nota di CIVITARESE MATTEUCCI, *Alcune riflessioni sui rapporti tra potestà normativa statale e regionale a margine della recente giurisprudenza costituzionale sulla materia ambiente. L'ambiguo caso delle aree protette regionali*; Corte Cost., 14 novembre 2007, n. 378, in *Giur. cost.*, 2007, 6; Corte Cost., 18 marzo 2005, n. 108 in *Riv. giur. edil.* Per un approfondimento sul tema, vedi MADDALENA, *L'interpretazione dell'art. 117 e*

materia “tutela dell’ambiente” contemplata dall’art. 117, comma 2, lett. s) della Costituzione⁽²³⁾.

MICHELE RIZZO

dell’art. 118 della Costituzione secondo la recente giurisprudenza costituzionale in tema di tutela e di fruizione dell’ambiente, in Riv. giur. amb., 2011, 735.

⁽²³⁾ Cfr. PASSALACQUA, RANGONE, *op. ult. cit.*, 80 ss.

T.A.R. UMBRIA – 28 agosto 2012, n. 331 – Pres. LAMBERTI – Est. FANTINI – Coop. So. E s.c. a r.l. (avv. De Matteis ed avv. Enoch) c. I.P.A.B. C. R. M. (avv. Marchetti) e nei confronti dell’Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi, e Forniture (Avv. Distr. St.)

Contratti della P.A. – Bando di gara – Clausole escludenti – Mancata impugnazione – Atto di esclusione – Natura dichiarativa – Impugnazione – Inammissibilità (art. 46, comma 1 *bis*, 20 e 27, 65, 68 e 225 d. lgs. n. 163 del 2006).

Incombe in capo all’interessato l’onere di immediata impugnazione delle clausole del bando che prescrivono il possesso di requisiti di partecipazione alla gara, la cui carenza determina l’effetto escludente, configurandosi il successivo atto di esclusione come meramente dichiarativo di una lesione già prodotta (1).

(*Omissis*) La società ricorrente premette di avere partecipato alla procedura aperta finalizzata all’affidamento dell’appalto del servizio socio-assistenziale e servizi accessori indetto in data 24 ottobre 2011 dall’I.P.A.B. C.R.M. di Gubbio, residenza protetta per anziani, che attualmente gestisce.

Esponde che il bando (al punto III, *sub* 2.3, lett. a) ed il disciplinare di gara (all’art. 15, lett. a) prevedevano, tra i requisiti di capacità tecnica,

che i concorrenti disponessero di una sede operativa in Umbria, ovvero che si impegnassero ad attivare una sede operativa nel territorio della Provincia di Perugia entro quindici giorni dall'aggiudicazione, o comunque entro il termine di avvio del servizio.

La Commissione, nella seduta pubblica del 14 dicembre 2011, ha verificato che la società ricorrente, nel compilare il fac-simile predisposto dall'Amministrazione, dichiarava «di disporre di una sede operativa in Umbria, a Urbino, via De Gasperi, 2»; nonostante l'erroneità dell'indicazione (trovandosi Urbino nelle Marche), veniva comunque ammessa con riserva alla gara.

Con parere n. 45 del 21 marzo 2012 l'A.V.C.P. riteneva non dimostrato da E.A. e non integrabile con la dichiarazione resa in corso di gara il prescritto requisito del possesso della sede operativa in Umbria.

Con l'impugnata nota prot. n. 639 in data 20 aprile 2012 il Presidente della Commissione giudicatrice comunicava l'esclusione dalla gara alla ricorrente, per le ragioni espresse nel verbale della seduta del 20 aprile 2012.

Deduce a sostegno del ricorso, esteso anche alla *lex specialis* di gara ed al parere dell'A.V.C.P., il seguente, articolato, motivo di diritto: violazione degli artt. 42 e 46 del d.lgs. n. 163 del 2006; violazione della *lex specialis* della gara; violazione degli artt. 43 e 49 del Trattato istitutivo della C.E.; violazione dei principi di ragionevolezza, *par condicio* e buon andamento di cui all'art. 97 della Costituzione; eccesso di potere per travisamento dei fatti, contraddittorietà, sviamento dalla causa tipica, carenza di istruttoria e disparità di trattamento.

La Stazione appaltante ha escluso la ricorrente, in conformità del parere reso dall'A.V.C.P., nell'assunto che non abbia il requisito di capacità tecnico costituito dal possesso di una sede operativa in Umbria, ovvero dalla preventiva dichiarazione di impegno all'apertura di una sede in Provincia di Perugia entro quindici giorni dall'aggiudicazione.

Non è stata dunque ritenuta equipollente l'indicata sede di Urbino, nonostante la sua distanza da Gubbio sia di soli 62 chilometri, di poco superiore ai 53 chilometri di distanza di Gubbio da Perugia, e bene inferiore alla distanza di Terni (117 chilometri), o di altre città della stessa Provincia di Perugia, come Foligno (65 chilometri), Assisi (77 chilometri) o Spoleto (87 chilometri).

Deve inoltre ritenersi applicabile alla procedura di gara in questione l'art. 46 del codice dei contratti pubblici, atteso che, pur trattandosi di un "contratto escluso", in quanto di natura socio-sanitaria, la disciplina generale è interamente richiamata dalla *lex specialis* della gara, con conseguente nullità di cause di esclusione diverse da quelle espressamente previste dallo stesso art. 46, comma 1 bis.

L'A.V.C.P., inoltre, non ha ritenuto valida la dichiarazione resa in

sede di gara dal legale rappresentante di E. A. in ordine alla disponibilità ad aprire in caso di aggiudicazione una sede operativa in Umbria, nella considerazione che non sia conforme a quanto richiesto dall'art. 15, lett. a), del disciplinare.

Si sono costituite in giudizio la Casa di Riposo Mosca e l'A.V.C.P., controdeducendo alle censure di parte ricorrente; inoltre l'A.V.C.P. ha eccepito l'inammissibilità dell'impugnativa del proprio parere, in quanto "non vincolante" ai sensi dell'art. 6, lettera n), del codice dei contratti pubblici; la Stazione appaltante ha eccepito la tardività dell'impugnativa della clausola del bando richiedente, quale requisito tecnico, il possesso di una sede operativa in Umbria.

Nella camera di consiglio del 6 giugno 2012 la causa è stata trattata in decisione. (*Omissis*)

1. - L'impugnata esclusione della società ricorrente è motivata, come si evince dal verbale della 2^a seduta del 20 aprile 2012, con riferimento al fatto che la medesima non ha dimostrato il possesso del requisito di capacità tecnico-professionale previsto, a pena di esclusione, dall'art. 15, lettera a), del disciplinare di gara, costituito dall'aver una «sede operativa in Umbria con responsabili in loco abilitati a prendere decisioni immediate rispetto alla soluzione delle questioni derivanti dal contratto e dallo svolgimento dei servizi; in caso contrario le imprese partecipanti dovranno impegnarsi ad attivare una sede operativa nel territorio della Provincia di Perugia per tutta la durata del contratto entro 15 (quindici giorni) dalla aggiudicazione e comunque non più tardi della data di inizio dei servizi».

L'esclusione è legittima in quanto E. A. ha erroneamente dichiarato di disporre di una sede operativa in Umbria, a Urbino, via De Gasperi n. 2; né vi è spazio, in presenza di una clausola posta a pena di esclusione, per ammettere qualsivoglia equipollenza tra sedi operative, seguendo un criterio di prossimità territoriale rispetto al luogo di esecuzione del servizio, ovviamente implicante un'interpretazione estensiva della clausola.

Tra l'altro, per completezza, la dichiarazione resa dal legale rappresentante della società ricorrente nel corso della gara, e precisamente in data 14 dicembre 2011, nel riconoscere l'errore nell'indicazione della sede operativa di Urbino, si limita ad aggiungere «di voler aprire una sede in Umbria in caso di aggiudicazione», in difformità di quanto prescritto dalla disposizione, prima ricordata, dell'art. 15 del disciplinare di gara.

2. - Ma soprattutto, ai fini del decidere, risulta decisiva la circostanza che la *lex specialis*, ed in particolare la previsione dell'art. 15, lettera a), del disciplinare di gara, enuclea, con assoluta chiarezza e senza alcuna ambiguità, il ricordato requisito di capacità tecnico-professionale a pena di esclusione.

Ciò comporta che tale clausola escludente andava impugnata immediatamente, non potendosi ritenere rituale l'impugnativa della stessa congiuntamente con il provvedimento di esclusione dalla gara, come è invece accaduto nel caso di specie.

In tale senso si è formata una consolidata giurisprudenza, la quale ritiene, appunto, che sussiste l'onere dell'interessato all'immediata impugnazione delle clausole del bando che prescrivano il possesso di requisiti di ammissione o di partecipazione alla gara, ovvero di qualificazione, la cui carenza determina l'effetto escludente, configurandosi il successivo atto di esclusione come meramente dichiarativo e ricognitivo di una lesione già prodotta (in termini, tra le tante, Cons. Stato, Sez. V, 14 luglio 2011, n. 4274; Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4; Sez. VI, 21 settembre 2010, n. 7008; Sez. V, 22 settembre 2009, n. 5653).

Il ricorso, notificato il 4 maggio 2012, risulta dunque irricevibile nell'impugnativa del bando, di cui costituisce parte integrante il disciplinare, pubblicato nella G.U. in data 24 ottobre 2011, ed inammissibile con riguardo al provvedimento di esclusione, risultando lo stesso meramente esecutivo ed applicativo della *lex specialis*. (*Omissis*).

(1) La questione sottesa alla pronuncia in commento ha per oggetto l'immediata impugnabilità delle c.d. "clausole escludenti".

Sono così definite tutte quelle clausole che vengono inserite nel bando di gara dalla stazione appaltante e che, prescrivendo il possesso in capo ai partecipanti di determinati requisiti di ammissione, partecipazione o qualificazione alla gara pubblica, determinano, in ipotesi di loro carenza, l'effetto escludente del singolo candidato (PIZZA, *L'adunanza plenaria e l'impugnazione diretta dei bandi*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2003, I, 79 ss.).

Esse hanno trovato tipizzazione con il c.d. "decreto sviluppo", il d.l. 13 maggio 2011, n. 70 (conv. con mod. nella l. 12 luglio 2011, n. 106) che ha modificato la rubrica dell'art. 46 del d.lgs. 2 luglio 2011, n. 104, il quale oggi recita, all'interno del Titolo I della Parte II dedicato ai "Contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture nei settori ordinari", "Documenti ed informazioni complementari – Tassatività delle clausole d'esclusione": la novella, dunque, introduce il principio di tassatività delle clausole in esame, espressamente positivizzandole al comma 1 *bis*.

In premessa, pare opportuno ricordare che la dottrina non ha mancato di evidenziare come tali clausole assicurino alla p.a. appaltante una pluralità di vantaggi, sia dal punto di vista sostanziale, che processuale (CONTESSA, *L'abuso delle clausole escludenti nelle gare pubbliche e i suoi possibili rimedi: un ritorno alla disapplicazione?*, in www.giustizia-amministrativa.it).

Sotto il primo profilo, l'inserimento nel bando di gara delle medesime consente alla stazione appaltante di definire immediatamente la posizione dei singoli partecipanti, attraverso una valutazione automatica che si fonda sul riscontro dell'esistenza o meno, in capo alla singola persona giuridica,

del requisito, tecnico o formale, richiesto dalla clausola a pena d'esclusione dalla gara stessa.

Sotto il profilo processuale, inoltre, esse consentono alla p.a., in virtù del maggioritario orientamento pretorio in materia, che impone l'impugnazione immediata di tali clausole, di conoscere in anticipo l'eventuale ricorso alla tutela processuale da parte del partecipante escluso (Cons. St., ad. plen., 29 gennaio 2003, n.1, in *Foro amm. C.d.S.*, 2003, 66 e ss.).

Non esiste, inoltre, un solo tipo di clausola escludente ma, come è evincibile anche dall'art. 46 comma 1 bis del c.p.a., sotto tale *genus* è possibile individuare tre differenti *species*, in riferimento ad ognuna delle quali la giurisprudenza ha applicato un approccio interpretativo, talvolta di tipo oggettivo, talaltra di tipo sostanzialistico, volto ad individuare, da un lato, il reale assetto d'interessi che l'imposizione da parte della p.a. di quella clausola tutela, e dall'altro, se esso sia stato effettivamente leso dal mancato rispetto della norma esclusiva apposta al bando di gara.

La prima tipologia è indubbiamente la più diffusa, e attribuisce valore escludente al mancato possesso di determinati requisiti partecipativi: esse non necessitano di un intervento interpretativo da parte della stazione appaltante, né tantomeno da parte del giudicante, postulando, al contrario, un'applicazione necessariamente oggettiva (Cons. St., sez. V, 15 ottobre 2010 n. 7515, in *Foro amm. C.d.S.*, 2010, 1587; Id., 25 maggio 2010 n. 3308, in *Foro amm. C.d.S.*, 2010, 1053; Id., sez. VI, 24 settembre 2009 n. 5276, in *Foro amm. C.d.S.*, 2009, 2126).

Parte della giurisprudenza ne ha, addirittura, imposto un'applicazione automatica, quali norme integranti il bando di gara (Cons. St., sez. V, 11 dicembre 2007 n. 6410, in *Foro amm. C.d.S.*, 2007, 3453).

La seconda tipologia delle clausole *de quibus*, è volta a presidiare esigenze procedurali ed organizzative della stazione appaltante che, comunque, non debbono mortificare il principio di speditezza e celerità della procedura di gara.

Esse attengono al rispetto delle modalità di formulazione e presentazione dell'offerta ed alle prescrizioni a carattere formale indicate nel bando di gara (Cons. St., sez. V, 13 febbraio 2009 n. 829, in *Foro amm. C.d.S.*, 2009, 451; Id. VI, 8 luglio 2010 n. 4436, in *Foro amm. C.d.S.*, 2010, 1587).

A differenza del primo tipo di clausole escludenti, in relazione a quelle del secondo tipo vi è la possibilità per il giudicante di operare un'attività di tipo ermeneutico in chiave sostanzialistica, cioè volta ad individuare la *ratio legis* ad esse sottese, purchè la loro violazione non abbia leso la *par condicio* fra i partecipanti alla gara (Cons. St., sez. V, 13 febbraio 2009 n. 829, in *Foro amm. C.d.S.*, 2009, 451).

Il terzo tipo di clausola escludente, differentemente dal secondo, che è volto a garantire interessi meramente procedurali e partecipativi, tutela i comuni principi di segretezza delle offerte e della *par condicio*, da riferirsi quindi, ai singoli partecipanti in virtù di un "approccio comunitario" alla materia degli appalti pubblici, che ritiene di carattere generale tutti

gli interessi connessi al loro svolgimento, in virtù della tutela della libertà d'iniziativa economica all'interno del mercato unico europeo (FOLLIERI, *i poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1060 e ss.).

In riferimento a tale tipo di clausole, un determinato orientamento pretorio, ha affermato che la loro operatività possa essere esclusa o derogata, una volta accertato che i principi comuni e generali prima richiamati non siano stati concretamente violati, così privilegiando la partecipazione alla gara pubblica a discapito del rispetto formale della *lex specialis* di gara (Cons. St., sez. V, 13 gennaio 2011 n. 174, in *Urb. app.*, 2011, 984 ss.).

In proposito, è opportuno rilevare che sin da prima della positivizzazione del principio di tassatività delle clausole escludenti, operata con il d.l. 13 maggio 2011, n. 70 (conv. con mod. nella l. 12 luglio 2011, n. 106), in via giurisprudenziale si era affermato l'orientamento secondo cui le clausole del bando di gara, ancorchè a portata escludente, non potessero essere applicate meccanicamente, ma secondo ragionevolezza, dovendo essere valutate alla luce dell'interesse tutelato dalla norma violata; per cui, laddove non fosse stata ravvisata la lesione ad un interesse pubblico effettivo e rilevante, avrebbe dovuto essere accordata rilevanza al c.d. *favor participationis* (Cons. St., sez. III, 12 maggio 2011 n. 2851; Id., sez. VI, 8 marzo 2012 n. 1305, n. 5389, in *www.neldiritto.it*).

Tuttavia, in disparte la questione della concreta possibilità di effettuare, in ordine a ciascuna delle tre tipologie di clausole escludenti, l'interpretazione di stampo sostanzialistico sopra richiamata, si pone l'attenzione della presente disamina al secondo punto nodale che ha interessato la sentenza in commento, e cioè l'esistenza, o meno, dell'onere di immediata impugnazione della clausola del bando di gara ad effetto escludente.

Come noto, il bando di gara ha natura strumentale e preparatoria rispetto all'atto di aggiudicazione, che ha la funzione di concludere la procedura di evidenza pubblica, attraverso l'individuazione, con provvedimento autoritativo della p.a., dell'altro contraente (Cons. St., ad. plen., 31 luglio 2012 n. 31, in *dejure-giuffrè.it*).

Tale natura giuridica del bando necessariamente comporta che le sue disposizioni non presentino, di regola, un'immediata incisività sulle posizioni giuridiche dei partecipanti alla gara, le quali, al contrario, potranno essere lese solo dall'atto applicativo che concluderà la procedura, aggiudicando la gara al miglior offerente.

Soltanto con l'emanazione del provvedimento di aggiudicazione si attualizza la lesione, prima unicamente potenziale, alle posizioni giuridiche soggettive dei partecipanti alla commessa pubblica.

Tutto ciò ha indotto la giurisprudenza a concludere per l'impugnabilità differita e congiunta delle clausole del bando assieme al provvedimento di aggiudicazione della gara.

Tale regola, tuttavia, trova una deroga nell'ipotesi in esame, e cioè in

presenza di clausole con portata escludente inserite all'interno della *lex specialis* di gara, pena la inammissibilità del ricorso differito e congiunto con il provvedimento di aggiudicazione.

L'onere di immediata impugnazione delle clausole del bando di gara che precludono la partecipazione stessa o che prescrivono oneri eccessivamente gravosi rispetto l'oggetto del contratto pubblico (tali da ledere la *par condicio* fra i partecipanti), discende dalla loro evidente efficacia lesiva nei confronti dei destinatari, tale da impedire l'esercizio del diritto partecipativo alla gara pubblica.

Tale assunto, confermato anche dalla sentenza in esame del TAR Umbria, risulta oggi assolutamente maggioritario, ma ha trovato in passato autorevoli opposizioni sia da parte di dottrina che di giurisprudenza di primo grado, prendendo le mosse dalla nota questione dell'ammissibilità, o meno, della disapplicazione dei regolamenti, quali fonti normative secondarie.

All'inizio degli anni novanta il Consiglio di Stato, innovando il tradizionale e contrario orientamento pretorio in materia, affermò la disapplicazione di tali fonti, in virtù della natura normativa delle loro disposizioni e della constatazione della sostanziale contraddittorietà della ammissibilità della disapplicazione delle norme primarie costituzionalmente o comunitariamente contrastanti, a fronte della negazione di tale strumento impugnatorio in caso di contrasto con norme regolamentari (Cons. St., sez. V, 26 febbraio 1992 n. 154, in *Cons. Stato*, 1992, 250).

Successivamente parte della giurisprudenza di merito tentò di estendere tale principio anche ai bandi di gara e di concorso, sul presupposto che la loro natura normativa deriverebbe dal carattere di *lex specialis* che essi rivestono (TAR Lombardia, sez. III, 2 aprile 1997 n. 354, in *Urb. app.*, 1997, 1138).

Tale tentativo, però, fu immediatamente sconfessato dalla nota sentenza dell'ad. plen. del Cons. St., 29 gennaio 2003 n. 1, che, confermando il tradizionale e maggioritario orientamento in materia (Cons. St., sez. IV, 27 agosto 1998 n. 568, in *Urb. app.*, 1999, 530; Id., sez. V, 17 dicembre 1991, 1369), ritenne i bandi di gara e di concorso atti amministrativi generali a natura provvedimentale, e, in quanto tali, oggetto di impugnazione laddove rechino pregiudizio alla sfera giuridica dei destinatari, ma non suscettibile di disapplicazione.

Alla stregua di tale indirizzo pressochè unanime (Cons. St., sez. VI, 2 agosto 2004 n. 5370, in *Foro amm. C.d.S.*, 2004, 2271) si pone la sentenza in commento, ritenendo inammissibile l'impugnazione dell'atto di esclusione dalla gara in quanto meramente dichiarativo di una lesione già prodotta con l'emanazione del bando di gara, irricevibile essendo, invece, stante il decorso dei termini, l'impugnazione del bando unitamente a quella dell'atto di esclusione.

T.A.R. UMBRIA – 29 gennaio 2013, n. 45 - *Pres.* LAMBERTI – *Est.* RICCHIUTO
(avv. Ferrara e Gallo) c. Ministero dell'Interno (avv. Distr. St.).

Autorizzazioni – Autorizzazioni di p.s. – Licenza di porto di pistola per difesa personale – Contenuto permissivo – Presupposti – Dimostrato bisogno – Onere della prova – Incombe sull'istante (art. 42 r.d. 18 giugno 1931, n. 773 (t.u.l.p.s.))

Autorizzazioni – Autorizzazioni di p.s. – Licenza di porto di pistola per difesa personale – Presupposti – Dimostrato bisogno – Valutazione in concreto – Attuale e concreto pericolo per l'incolumità personale – Necessità (art. 42 r.d. 18 giugno 1931, n. 773 (t.u.l.p.s.))

Il rilascio della licenza di porto di pistola per difesa personale non costituisce una mera autorizzazione di polizia che rimuove il limite ad una situazione giuridica soggettiva, ma configura un provvedimento con contenuto permissivo in deroga al generale divieto per il cittadino di portare armi; ne consegue che, al fine di superare tale generale divieto, costituisce onere dell'istante quello di dimostrare quelle particolari esigenze che determinano la necessità di munirsi dell'arma, così costituendo motivata eccezione alla generale regola rappresentata dal suddetto divieto (1).

L'istanza volta ad ottenere il rilascio di licenza di porto d'armi per difesa personale deve essere vagliata non già in astratto ma in concreto; da ciò consegue che non è sufficiente considerare la tipologia di mansioni istituzionalmente espletate dall'istante, essendo necessario che emergano circostanze concrete attestanti un attuale ed effettivo pericolo per l'incolumità personale (2).

(Omissis).

Il ricorso è infondato e va respinto per i motivi di seguito precisati.

1. Con riferimento al primo motivo va rilevato come nel ricorso si deduca la sussistenza del “*dimostrato bisogno*”, presupposto, ai sensi dell'art. 42 del r.d. 18 giugno 1931, n. 773 (t.u.l.p.s.) per l'ottenimento del permesso di cui si tratta e, ciò, in considerazione del servizio prestato dal 1999 al 2003 presso la Direzione centrale dei Servizi Antidroga di Roma.

In conseguenza di detti servizi svolti in precedenza il ricorrente rileva il compimento di incarichi particolarmente delicati in ragione dei quali gli era stato accordato il porto d'arma per uso personale.

La tesi del ricorrente non può essere condivisa.

2. L'orientamento giurisprudenziale prevalente, qualifica il potere del Prefetto di concedere il porto d'armi per uso personale quale esercizio di un potere discrezionale (Cons. St., sez. VI, 21 maggio 2007, n. 2536),

potere pertanto soggetto ad un sindacato di manifesta irrazionalità o irragionevolezza e, nel concreto, diretto ad *“apprezzare se la persona richiedente sia meritevole del titolo, per le evidenti ricadute che tali atti abilitativi possono avere ai fini di una efficace protezione di due beni giuridici di primario interesse pubblico, quali l’ordine e la sicurezza pubblica (Cons. St., sez. VI, 06 aprile 2010, n. 1925 e TAR Emilia Romagna, Parma, sez. I, 30 marzo 2012, n. 134)”*.

2.1 In considerazione di tale contemperamento di esigenze l’art. 42 del r.d. 18 giugno 1931, n. 773, dopo aver disposto il divieto di portare fuori dalla propria abitazione armi ed altri strumenti impropri di offesa, attribuisce al Prefetto la facoltà di rilasciare licenza di porto d’armi *“in caso di dimostrato bisogno”*. Il rilascio della licenza di porto di pistola per difesa personale, pertanto, non costituisce una mera autorizzazione di polizia che rimuove il limite ad una situazione giuridica soggettiva, ma configura un provvedimento con contenuto permissivo in deroga al generale divieto per il cittadino di portare armi.

2.2 È allora, evidente che, al fine di superare tale generale divieto, costituisce onere dell’istante quello di dimostrare quelle particolari esigenze che determinano la necessità di munirsi dell’arma, così costituendo motivata eccezione alla generale regola rappresentata dal suddetto divieto (TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, 29 giugno 2011, n. 939).

3. Alcune più recenti pronunce hanno affermato che la sussistenza del presupposto del *“dimostrato bisogno”* (ai sensi dell’art. 42 r.d. n. 773 del 1931 – t.u.l.p.s.) deve essere sottoposta ad una rigorosa disamina sia in fase di primo rilascio che in quelle eventuali di richiesta di rinnovo, dovendosi escludere che le precedenti autorizzazioni possano comportare un affievolimento dell’attività di controllo sulla sussistenza delle condizioni in sede di rinnovo (TAR Campania, Salerno, sez. I, 27 febbraio 2012, n. 403).

3.1 Altre pronunce hanno circoscritto ad ipotesi eccezionali, espressamente comprovate, l’esistenza dei presupposti di cui all’art. 42 sopra citato, rilevando che *“la concessione di un porto d’armi costituisce pur sempre un’eccezione. L’arma per difesa personale deve essere una necessità reale e non un’opzione personale per situazioni meramente ipotetiche; quando l’art. 42, comma 3, t.u.l.p.s. (r.d. n. 773/1931), concede all’Autorità la facoltà di autorizzare il porto d’armi, il presupposto cogente è il “dimostrato bisogno” per potere beneficiare di un’eccezione; in tale contesto, l’Amministrazione non sarebbe neppure tenuta a motivare la “non necessità”, dovendosi limitare a considerare i soli dati allegati, se concreti e sufficienti (TAR Abruzzo, Pescara, sez. I, 04 gennaio 2012, n. 4).*

4. Il requisito del *“dimostrato bisogno”* è, allora, requisito che deve essere dimostrato in concreto, dovendosi analizzare l’attività dell’istante

e verificare se lo svolgimento di detta attività integra il corretto esercizio del potere discrezionale, nei limiti in cui esso è sindacabile.

5. Sulla base di quanto premesso è evidente la legittimità del provvedimento adottato dall'Amministrazione.

Il ricorrente riconduce, infatti, la situazione di pericolo alla circostanza di aver svolto dal 1999 al 2003 presso la Direzione Centrale per i servizi antidroga di Roma e, ciò, unitamente allo svolgimento delle attività ordinarie che l'avrebbe portato ad essere esposto a minacce ed intimidazioni.

5.1 Per quanto riguarda l'attività pregressa deve ritenersi come quest'ultima sia del tutto inidonea a giustificare una situazione di reale pericolo e, ciò, nella dimostrata ipotesi (indimostrata nel caso di specie) che le trascorse attività non siano suscettibili di integrare l'attuale, concreto ed effettivo, "*dimostrato bisogno*" di cui si tratta.

6. Per quanto riguarda le situazioni "attuali" dedotte a fondamento dell'istanza di cui si tratta va rilevato come sia la stessa Amministrazione a rilevare come le situazioni di pericolo prospettate non siano diverse da quelle proprie di altre Forze Armate e ciò unitamente alla circostanza, relativa sempre al caso specifico, in base alla quale lo stesso ricorrente era stato già autorizzato a portare la pistola d'ordinanza per esigenze di difesa personale così come previsto dalla circ. n. 557/p.a.8121-10100A.

Deve inoltre, evidenziarsi come lo stesso ricorrente, al di là di mere affermazioni di principio, non abbia dimostrato l'esistenza dei presupposti di cui si tratta, essendo al contrario presumibile, quanto affermato dall'Amministrazione, laddove si è evidenziato che le circostanze a cui il ricorrente ricollega l'esistenza di un concreto pericolo siano riferite allo svolgimento della normale attività di polizia.

6.1 Si consideri, ancora, come al fine di ovviare all'obiezione in base alla quale la pistola d'ordinanza veniva ritenuta difficilmente occultabile nei periodi estivi, si era autorizzato il ricorrente ad utilizzare un diverso revolver, proposta quest'ultima rifiutata dallo stesso ricorrente.

Il motivo pertanto è infondato.

7. E', altresì, infondato il secondo motivo alla base del ricorso mediante il quale il ricorrente riconduce l'illegittimità dell'atto impugnato all'insussistenza, tra i requisiti di legge, della nozione di "*concreto e reale pericolo*" per l'incolumità personale di cui viene fatta menzione nella motivazione del provvedimento impugnato.

Come già ricordato l'art. 42 sopra citato, nel consentire una deroga al divieto di portare armi per difesa personale, riconduce il fondamento di detta deroga all'esistenza di una comprovata necessità, reale ed effettiva e, in ciò, interpretando la nozione del presupposto del "*dimostrato bisogno*" di cui allo stesso art. 42.

7.1 L'istanza volta ad ottenere il rilascio di licenza di porto d'armi

per difesa personale deve, quindi, essere vagliata non già in astratto, ma in concreto.

Ne consegue che non è sufficiente considerare la tipologia di mansioni istituzionalmente espletate dall'istante, essendo necessario che emergano circostanze concrete attestanti un attuale ed effettivo pericolo per l'incolumità personale.

Si consideri ancora come il d.l. n. 371/1994 subordina, espressamente, l'emanazione della licenza del porto d'armi di cui all'art. 42, in esenzione della tassa di concessione governativa, nei confronti di quei soggetti che risultino esposti a grave rischio per l'incolumità personale.

7.2 È pertanto evidente come la nozione di *“concreto e reale pericolo”*, non solo costituisca una specificazione del *“dimostrato bisogno”*, ma costituisca l'espressione di precise disposizioni legislative dirette a consentire l'attuazione dell'art. 42 del t.u.l.p.s..

Il ricorso è pertanto infondato e va respinto.

La peculiarità della fattispecie trattata consente di compensare le spese di lite tra le parti in causa.

(1-2) Il diniego del rinnovo di porto d'armi per uso personale e la rilevanza del presupposto del *“dimostrato bisogno”*

Con la sentenza in epigrafe il Tribunale Amministrativo Regionale dell'Umbria si pronuncia rigettando il ricorso proposto da un luogotenente dell'Arma dei Carabinieri avverso il decreto con il quale il Prefetto di Terni aveva respinto la sua domanda di rinnovo del porto d'armi per difesa personale ⁽¹⁾.

Anzitutto il TAR dichiara non condivisibile il primo motivo di impugnazione, con il quale il ricorrente asserisce la sussistenza del *“dimostrato bisogno”*, quale presupposto, ai sensi dell'art. 42 del r.d. 18 giugno 1931, n. 773 (t.u.l.p.s.) per l'ottenimento del permesso oggetto del presente giudizio, in considerazione del servizio prestato durante il lasso temporale 1999-2003 presso la Direzione centrale dei Servizi Antidroga di Roma. Con riferimento

⁽¹⁾ Nel dettaglio ed in linea di fatto, il TAR umbro ricorda nella presente sentenza come il luogotenente dell'Arma dei Carabinieri, nel corso del 2010, presentava istanza di rinnovo di porto d'armi per difesa personale.

Nonostante il parere favorevole al rinnovo del porto d'armi da parte del Commissario di Pubblica Sicurezza ed il Comandante della Compagnia Carabinieri di Orvieto, la Prefettura di Terni comunicava, ai sensi dell'art. 10 *bis* della l. n. 241/1990, l'esistenza di motivi ostativi che impedivano l'accoglimento dell'istanza. Con il ricorso introduttivo del giudizio, ricorda, ancora il TAR, il ricorrente presentava le proprie controdeduzioni. Dopo tali premesse in fatto il Collegio, passando all'esame del merito, respinge il ricorso.

ai citati servizi svolti in precedenza, il ricorrente rileva il compimento di incarichi particolarmente delicati, in ragione dei quali gli è stato rilasciato in precedenza il porto d'armi per uso personale.

Nell'affrontare la vicenda, preliminarmente il TAR dell'Umbria, richiamandosi ad un orientamento non certo innovativo ma ribadito a più riprese in passato dalla giurisprudenza ⁽²⁾, qualifica il potere del Prefetto di concedere il porto d'armi per uso personale quale esercizio di un potere discrezionale, diretto ad *“apprezzare se la persona richiedente sia meritevole del titolo, per le evidenti ricadute che tali atti abilitativi possono avere ai fini di una efficace protezione di due beni giuridici di primario interesse pubblico, quali l'ordine e la sicurezza pubblica”* ⁽³⁾.

A tal proposito, è opportuno rilevare come la questione in esame trova il proprio referente normativo nell'art. 42 del r.d. 18 giugno 1931, n. 773, che recita: *“Il Questore ha facoltà di dare licenza per porto d'armi lunghe da fuoco e il Prefetto ha facoltà di concedere, in caso di dimostrato bisogno, licenza di portare rivoltelle o pistole di qualunque misura o bastoni animati la cui lama non abbia una lunghezza non inferiore a centimetri 65”* ⁽⁴⁾.

⁽²⁾ *Ex multis*, TAR Campania, Napoli, sez. IV, 1 marzo 2005, n. 1421, in *www.giustizia-amministrativa.it*, in cui è stato affermato *“Poiché la detenzione ed il porto d'armi si caratterizzano per un'intrinseca pericolosità e per la mancanza di un interesse socialmente apprezzabile, la P.A. è titolare di un ampio potere discrezionale nel valutare le posizioni oggettive dei privati in rapporto ai preponderanti interessi pubblici concernenti l'ordine e la sicurezza”*, nonché Cons. St., sez. VI, 21 maggio 2007, n. 2536 e Cons. St., sez. VI, 22 maggio 2008, n. 2450, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Con riferimento a tale ultima pronuncia, i Giudici di Palazzo Spada hanno statuito come *“l'art. 43, comma 2, del TULPS riconosce, in effetti, alla p.a. un potere ampiamente discrezionale nella valutazione dei presupposti e dei requisiti necessari per ottenere il rilascio della licenza di porto di pistola per difesa personale; ma di certo detta discrezionalità non può sconfinare in un operato dell'autorità precedente che in definitiva si appalesi in contrasto con i principi della logicità e della ragionevolezza dell'azione amministrativa. Sotto tali profili non appare dato comprendere, pertanto, come, in assenza di mutati presupposti e requisiti soggettivi, l'amministrazione abbia successivamente ritenuto di procedere in modo differenziato nei confronti del richiedente la licenza”* (cfr. per casi in parte analoghi, decisioni della Sezione 07.06.2006, n. 3427 e 27.07.2007, n. 4169). Tuttavia, sostiene la Suprema Corte con la sentenza del 30 maggio 2011 n. 3245, *“l'esistenza di potere discrezionale nella formulazione di siffatta prognosi non esime l'Autorità emanante dal dovere di esternare le ragioni del giudizio negativo con sufficiente coerenza e consequenzialità logica, mediante motivazione circa la sussistenza e la rilevanza dei presupposti di fatto di tale valutazione in modo che appaiono adeguate e conseguenti le conclusioni assunte”*.

⁽³⁾ Cit. Cons. St., sez. VI, 6 aprile 2010, n. 1925 e TAR Emilia-Romagna, Parma, sez. I, 30 marzo 2012, n. 134, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁽⁴⁾ Per un approfondimento sul tema si segnala CALESINI, *Leggi di pubblica sicurezza e illeciti amministrativi con il prontuario per i controlli di polizia*, Roma, 2001, 133-179.

Come si evince dalla lettera dell'art. 42 t.u.l.p.s. ed in considerazione del citato contemperamento di esigenze di interesse pubblico evidenziato dal Cons. St. con la sentenza n. 1925 del 2010, viene attribuito al Prefetto la facoltà di rilasciare la licenza di porto d'armi *"in caso di dimostrato bisogno"*.

Pertanto, ad avviso dei Giudici Amministrativi, *"il rilascio della licenza di porto di pistola per difesa personale non costituisce una mera autorizzazione di polizia che rimuove il limite ad una situazione giuridica soggettiva, ma configura un provvedimento con contenuto permissivo in deroga al generale divieto per il cittadino di portare armi"*.

A questo punto dell'*iter* motivazionale, il TAR adito, evocando due orientamenti giurisprudenziali, si sofferma sulla qualificazione del *"dimostrato bisogno"*, quale presupposto del rilascio della licenza di porto d'armi ai sensi dell'art. 42 t.u.l.p.s..

In particolare, secondo alcuni recenti arresti giurisprudenziali ⁽⁵⁾, la sussistenza del *"dimostrato bisogno"* deve essere sottoposta ad una rigorosa disamina sia in fase di primo rilascio che in quelle eventuali di richiesta di rinnovo, dovendosi escludere che le precedenti autorizzazioni possano comportare un affievolimento dell'attività di controllo sulla sussistenza delle considerazioni in sede di rinnovo.

Altre pronunce, invece, hanno circoscritto ad ipotesi eccezionali, espressamente comprovate, l'esistenza dei presupposti di cui al suindicato art. 42 t.u.l.p.s., statuendo che *"la concessione di un porto d'armi costituisce pur sempre un'eccezione. L'arma per difesa personale deve essere una necessità reale e non un'opzione personale per situazioni meramente ipotetiche; quanto l'art. 42, comma 3, t.u.l.p.s. (r.d. n. 773/1931), concede all'Autorità la facoltà di autorizzare il porto d'armi, il presupposto cogente è il "dimostrato bisogno"*

⁽⁵⁾ Cit. TAR Campania, Salerno, sez. I, 27 febbraio 2012, n. 403, in *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Toscana, sez. II, 18 ottobre 2011, n. 1509, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che ha statuito: *"L'art. 11, comma 3, del R.D. n. 773/1931 condiziona espressamente la conservazione delle autorizzazioni di polizia al permanere delle circostanze cui il rilascio è subordinato. Questo significa che, al momento del rinnovo della licenza di porto d'armi, l'Amministrazione ben può procedere ad un complessivo riesame della situazione legittimante il rilascio, apprezzando gli eventuali mutamenti sopravvenuti, ovvero rivalutando alla luce di una mutata ponderazione dei contrapposti interessi i medesimi elementi considerati in origine, purché ne dia adeguatamente conto attraverso la motivazione dei propri atti; e, laddove non si sia in presenza di un cambiamento delle condizioni che avevano costituito il presupposto delle determinazioni assunte in precedenza, ma di un cambio di indirizzo in materia di rilascio delle autorizzazioni, purché fornisca la prova del mutato interesse pubblico, in modo che siano salvaguardati il principio di coerenza dell'agire dell'Amministrazione e quello del legittimo affidamento del privato cittadino, a maggior ragione nell'ipotesi in cui questi si sia visto rinnovare l'autorizzazione per un lasso di tempo considerevole"*. Contra, TAR Napoli, sez. V, 11 ottobre 2007, n. 9599, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

per poter beneficiare di un'eccezione; in tale contesto, l'Amministrazione non sarebbe neppure tenuta a motivare la "non necessità", dovendosi limitare a considerare soli i dati allegati, se concreti e sufficienti" ⁽⁶⁾.

Sulla base di tali risultanze giurisprudenziali, il Collegio ritiene, pertanto, che il requisito del "*dimostrato bisogno*" deve essere dimostrato in concreto, dovendosi analizzare l'attività dell'istante ⁽⁷⁾ e verificare se lo svolgimento di detta attività integri il corretto esercizio del potere discrezionale ⁽⁸⁾, nei limiti in cui esso è sindacabile.

⁽⁶⁾ Cit. TAR Abruzzo, Pescara, sez. I, 4 gennaio 2012, n. 4, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁽⁷⁾ Al riguardo, si segnala la sentenza del Cons. St., sez. VI, 5 aprile 2007, n. 1543, in *www.giustizia-amministrativa.it*, in cui è stato affermato come "*l'esercizio dell'attività professionale di avvocato, il disporre di un alto reddito e l'aver sporto varie denunce per tentativo di estorsione non costituiscono titolo abilitativo per la concessione della licenza di porto d'armi per uso personale, in quanto sono condizioni che di per loro non rappresentano un elemento di pericolo per la sicurezza e l'incolumità personale*". Come si legge nel commento alla summenzionata sentenza di BELLINI in *www.altalex.com*, la vicenda ha visto coinvolto un avvocato che si è visto negare il rinnovo di porto d'armi per l'assenza delle condizioni idonee ai fini della concessione del titolo abilitativo e, in particolare, per l'assenza dell'elemento del pericolo per la sicurezza e l'incolumità personale del richiedente, presupposti che l'amministrazione è tenuta a valutare, anche al momento del rinnovo. Al riguardo, il Collegio, accogliendo la tesi del giudice di primo grado, ha sostenuto che il rilascio dell'abilitazione al porto d'armi può avvenire solo se emerge la necessità per il richiedente di portare con sé un'arma, in quanto ed è posto dalla legge a presidio della sicurezza ed incolumità collettiva, rispetto alla quale l'interesse individuale assume carattere recessivo. Orbene, secondo i giudici di Palazzo Spada, gli elementi indicati dal ricorrente (avvocato con alto reddito che ha subito tentativi di estorsione) non sono idonei ad integrare dette condizioni.

⁽⁸⁾ 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, M.S. 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, F.G. COCCA, vol. II, Bologna, 2001, 1431 ss.; CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2011, 349 ss.; CASSESE, *Istituzioni di diritto amministrativo*,

Come è noto, in sede di adozione di provvedimenti relativi al rilascio di autorizzazioni all'uso di armi o di esplosivi, ovvero in tema di autorizzazione di porto d'arma, il requisito del *"dimostrato bisogno"* deve essere dimostrato in concreto, godendo l'Amministrazione di ampia discrezionalità in tema di valutazione dell'affidabilità o inaffidabilità dei soggetti interessati al rilascio o alla conservazione dei relativi titoli autorizzativi.

Sulla scorta di tali considerazioni ed in linea diametralmente opposta a quanto affermato da questo TAR lo scorso anno in un caso sostanzialmente sovrapponibile al presente ⁽⁹⁾, i Giudici umbri ritengono legittimo il provvedimento adottato dall'Amministrazione.

Milano, 2009, 238-239; CAVALLO, *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, 1993, 28 ss.; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, 50 ss.; F.G. 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.; P.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.

⁽⁹⁾ Cfr. TAR Umbria, 9 luglio 2012, n. 259, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Con tale sentenza il TAR umbro accoglie il ricorso di un sovrintendente della Polizia di Terni che aveva impugnato il decreto della Prefettura ternana con cui gli era stato negato il rinnovo della licenza di porto di pistola per uso personale. In particolare, la Prefettura respingeva la richiesta in quanto *"non si erano ravvisate particolari condizioni di pericolo"*, anche se *"il ricorrente è titolare di porto d'armi fin dal 1992"*. Come osserva FERRARI nel suo commento pubblicato in *Armi Magazine*, ottobre 2012, appare di particolare interesse in quanto *"si prosegue nel cammino volto a limitare l'eccesso di discrezionalità, che spesso trasmoda in arbitrio, confinando il diniego di rinnovo ai casi, invero rari, di modifica pregnante delle condizioni soggettive del richiedente"*. Venendo al caso di specie, con il primo motivo del ricorso si censurava la decisione di negare al ricorrente il rinnovo della licenza di porto d'armi per difesa personale (di cui era titolare da venti anni) perché sono state ravvisate particolari condizioni di pericolo. Il Collegio ricorda come le valutazioni circa l'esistenza delle condizioni per il rilascio del porto d'armi siano ampiamente discrezionali, e come tali impugnabili solo per vizi formali o manifesta illogicità. In questa fattispecie il TAR ha ravvisato i primi e la seconda. In particolare *"sotto il profilo formale, infatti, è carente la motivazione. Invero, si afferma che non sussisterebbe un rischio per il ricorrente, allorché libero dal servizio, maggiore di quello che incombe sulla media degli operatori di Polizia. Nulla si dice però per quali ragioni sia mutato l'orientamento dell'Amministrazione dopo circa vent'anni durante i quali analoghe richieste sono state continuamente accolte. Già questo è sufficiente per accogliere il ricorso. È però proficuo rilevare che la motivazione dell'atto è anche manifestamente*

Tornando alla fattispecie in esame, secondo il ricorrente la situazione di pericolo risiede nella circostanza di aver svolto servizio presso la Direzione Centrale antidroga di Roma nonché nello svolgimento delle attività ordinarie che lo avrebbero portato ad essere esposto a minacce ed intimidazioni.

Senonché, il TAR, contrariamente all'assunto del ricorrente, constata che l'attività pregressa sia inidonea a giustificare una situazione di reale pericolo, denotando che le trascorse attività non integrino l'attuale, concreto ed effettivo "*dimostrato bisogno*".

Altresì, con riferimento alle situazioni dedotte a fondamento dell'istanza, il Collegio, richiamando quanto già argomentato dall'Amministrazione nel provvedimento di diniego di porto d'arma, rimarca come le situazioni di pericolo prospettate dal ricorrente non siano diverse da quelle proprie di altre Forze Armate e, ciò, unitamente alla circostanza, che lo stesso ricorrente è stato già autorizzato a portare la pistola di ordinanza per esigenze di difesa personale così come previsto dalla circ. n. 577/p.a. 8121/10100A. Inoltre, i giudici evidenziano come lo stesso ricorrente non abbia dimostrato l'esistenza dei citati presupposti.

Ripercorrendo il caso del presente giudizio, il diniego di rinnovo del porto d'armi per difesa personale oggetto di impugnativa risulta pertanto fondato sulla considerazione che le motivazioni poste a base della richiesta non sostengono sufficientemente l'asserita necessità da parte dell'istante di munirsi di un'arma e che comunque l'attività lavorativa non è indicativa di un situazione di concreto ed effettivo pericolo per la sua incolumità.

illogica. Difatti, è pacifico in causa che un appartenente alla Polizia possa, se non debba, andare armato anche fuori dal servizio. Già questo implica, in sé e per sé, il riconoscimento della sussistenza di condizioni di pericolo insite nella natura stessa della funzione. Difatti il D.M. n. 371/1994 prevede, del tutto razionalmente, che il porto di armi possa essere concesso, in esenzione di imposta, anche dopo la cessazione dal servizio a coloro che, a causa della pregressa attività, possano trovarsi in condizioni di rischio. Così espressamente si riconosce, come osserva l'attenta difesa del ricorrente, che il servizio sia una causa di pericolo addirittura dopo la sua cessazione. Non si vede dunque come possa negarsi al ricorrente il porto, fuori dall'orario di servizio, di un'arma diversa di quella in dotazione. Prosegue ancora il TAR "è poi utile osservare, solo per completezza (in assenza di censure sul tema), come appaia anche superfluo, alla luce della comune ragionevolezza, che un soggetto abilitato a portare le armi di ordinanza debba dotarsi di un'autorizzazione ulteriore rispetto al tesserino di riconoscimento per portare, fuori dal servizio, armi di tipo diverso, naturalmente fermo restando l'obbligo di denunciarne il possesso. Si soggiunge inoltre, in base alla comune esperienza, che la menzionata pistola Beretta, pur di grande pregio per affidabilità, volume di fuoco, semplicità e versatilità, è di dimensioni tali da renderne quasi impossibile il porto occulto, soprattutto con abiti estivi. Ne discende che, a ben vedere, l'interesse del ricorrente coincida con di fatto con quello dell'Amministrazione poiché l'accoglimento dell'istanza in questione, consente sostanzialmente, di colmare una lacuna (la carenza di un'arma occultabile) nell'armamento di ordinanza".

Siffatta giustificazione del provvedimento negativo, non sfugge alle puntuali ed ulteriori censure di eccesso di potere formulate dalla difesa del ricorrente di cui al secondo motivo del ricorso, basandosi sulla circostanza che il porto d'armi, oltre ad essere stato rilasciato una prima volta al carabiniere, era stato sempre rinnovato negli anni a seguire.

Al riguardo, come già rappresentato in precedenza, il TAR umbro ribadisce come l'art. 42 t.u.l.p.s., nel consentire una deroga al divieto di portare armi per difesa personale, riconduce il fondamento di detta deroga all'esistenza di una comprovata necessità, reale ed effettiva e, ciò, interpretando la nozione del presupposto del "*dimostrato bisogno*" richiamato nell'art. 42 t.u.l.p.s..

I Giudici aditi, quindi, sottolineano come l'istanza volta ad ottenere il rilascio di porto d'armi per difesa personale deve essere vagliata non già in astratto, ma in concreto.

Ne consegue, pertanto, secondo il TAR, che non è sufficiente considerare la tipologia di mansioni istituzionalmente espletate dall'istante, essendo necessario invece che emergano circostanze concrete attestanti un attuale ed effettivo pericolo per l'incolumità personale.

Conclusivamente, il Collegio afferma come la nozione di "*concreto e reale pericolo*", non solo costituisca una specificazione del "*dimostrato bisogno*", ma costituisca l'espressione di precise disposizioni legislative atte a consentire l'attuazione dell'art. 42 t.u.l.p.s..

In definitiva, il TAR, alla luce delle considerazioni analizzate nel presente commento, rigetta il ricorso avanzato dal luogotenente dell'Arma dei Carabinieri, ritenendo l'insussistenza dei presupposti per il rilascio del rinnovo del porto d'armi.

LETIZIA MACRÌ

CORTE DEI CONTI – sez. reg. controllo Umbria – del. 10 luglio 2013, n. 120/2013/Pari – *Pres.Rel.* SFRECOLA – *Proc. Reg.* CHIAPPINIELLO

Corte dei conti – Rendiconto generale Regione Umbria – Giudizio di parificazione – Oggetto – Finalità (art. 1, comma 5, d.l. 10 ottobre 2012, n. 174, conv. mod. l. 7 dicembre 2012, n. 213; artt. da 39 a 41, r.d. 12 luglio 1934, n. 1214)

Il giudizio di parificazione assicura la certezza dei conti esposti nel documento consuntivo al fine di accertare il rispetto dei vincoli di bilancio e degli equilibri che ne sono espressione rilevante, anche per la partecipazione dell'Italia all'Unione Europea e la complessiva sostenibilità del debito pubblico. Poiché la finalità primigenia della resa del conto è quella di consentire il controllo politico che il potere legislativo deve esercitare sulla gestione delle pubbliche risorse da parte del governo regionale, l'attività di parificazione svolta dalla Corte si pone in un rapporto di ausiliarietà nei confronti delle assemblee ed è dunque teleologicamente collegata alla legge di approvazione del rendiconto stesso (1).

(*Omissis*)

DIRITTO

Il presente giudizio, prescritto dall'art. 1, comma 5, del decreto legge 10 ottobre 2012, n. 174, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 dicembre 2012, n. 213, ha ad oggetto la parificazione del rendiconto generale della Regione Umbria e dei conti ad esso allegati, presentato dalla Giunta Regionale il 14 giugno 2012, pertanto oltre il termine del 30 aprile previsto dall'art. 89, comma 1, della legge regionale 28 febbraio 2000, n. 13, e si svolge nei termini e nelle forme di cui agli articoli da 39 a 41 del t.u. delle leggi sulla Corte dei conti approvato con r.d. 12 luglio 1934, n. 1214.

In particolare, la normativa richiamata assegna alla Corte dei conti il compito di verificare l'esattezza delle cifre che compongono il rendiconto generale della Regione "tanto per le entrate, quanto per le spese ponendoli a riscontro con le leggi del bilancio. A tale effetto verifica se le entrate riscosse e versate ed i resti da riscuotere e da versare risultanti dal rendiconto, ... se le spese ordinate e pagate durante l'esercizio concorrono con le scritture tenute o controllate dalla Corte ed accerta i residui passivi" sulla base della deliberazione adottata dalla Giunta, ai sensi dell'art. 83, comma 1, della legge di contabilità regionale n. 13/2000.

La Corte con eguali accertamenti verifica i rendiconti, allegati al rendiconto generale, degli enti, aziende organismi ed istituti dipenden-

ti dalla Regione di cui all'art. 52, comma 1, della legge di contabilità regionale.

La Corte delibera sul rendiconto generale con le formalità della sua giurisdizione contenziosa, quindi con l'intervento del Procuratore regionale che presso la Corte esercita le funzioni di Pubblico Ministero.

Alla decisione di parifica è allegata una relazione nella quale la Corte dei conti formula le sue osservazioni in merito alla legittimità e alla regolarità della gestione e propone le misure di correzione e gli interventi di riforma che ritiene necessari al fine, in particolare, di assicurare l'equilibrio del bilancio e di migliorare l'efficacia e l'efficienza della spesa. La decisione e la relazione sono trasmesse ai Presidenti della Giunta e del Consiglio regionale.

Scopo ultimo del presente giudizio che quest'anno, per la prima volta, viene esteso alle regioni ad autonomia ordinaria, già presente nella maggior parte delle Regioni ad autonomia differenziata, in forza delle rispettive norme statutarie, è quello di assicurare la certezza dei conti esposti nel documento consuntivo al fine di accertare il rispetto dei vincoli di bilancio e degli equilibri che ne sono espressione rilevante, anche per la partecipazione dell'Italia all'Unione Europea e la complessiva sostenibilità del debito pubblico.

Dalle richiamate disposizioni emerge che la pronuncia della Corte dei conti interviene prima dell'approvazione, da parte dell'organo legislativo, della legge sul rendiconto (artt. 38 e 43, r.d. n. 1214/1934; art. 149, r.d. 23 maggio 1924, n. 827; art. 38, l. 31 dicembre 2009, n. 196).

Poiché la finalità primigenia della resa del conto è quella di consentire il controllo politico che il potere legislativo deve esercitare sulla gestione delle pubbliche risorse da parte del governo regionale, l'attività di parificazione svolta dalla Corte si pone in un rapporto di ausiliarità nei confronti delle assemblee ed è dunque teleologicamente collegata alla legge di approvazione del rendiconto stesso. Pertanto, come detto, *“La decisione di parifica e la relazione sono trasmesse al presidente della giunta regionale e al consiglio regionale”* (art. 1, comma 5, terzo periodo, d.l. n. 174/2012) per essere oggetto di valutazione in sede di approvazione del disegno di legge sul rendiconto. Ugualmente le considerazioni della Corte in ordine alla regolarità del rendiconto ed alle eventuali proposte di modifiche legislative o regolamentari sono occasione di riflessione sulle compatibilità finanziarie contenute nel disegno di legge di approvazione del bilancio del nuovo esercizio finanziario e, in fin dei conti, di tutti i documenti che costituiscono la manovra di bilancio annuale e pluriennale.

D'altra parte, nel quadro dei controlli sulle autonomie regionali, va rilevato che la relazione annuale sulla gestione del bilancio della Regione costituisce un'attività consolidata da parte delle Sezioni regio-

nali di controllo, ai sensi dell'art. 3, commi 4-6, della legge 14 gennaio 1994, n. 20, e dell'art. 7, comma 7, della legge 5 giugno 2003, n. 131, i cui contenuti sono specificati dall'art. 1, comma 5, secondo periodo, d.l. n. 174/2012 (che, si ripete, recita *“la Corte dei conti formula le sue osservazioni in merito alla legittimità e alla regolarità della gestione e propone le misure di correzione e gli interventi di riforma che ritiene necessari al fine, in particolare, di assicurare l'equilibrio del bilancio e di migliorare l'efficacia e l'efficienza della spesa”*).

Tale referto annuale è, altresì, funzionale alle verifiche di competenza della Sezione delle autonomie, a mente dell'art. 3, comma 6, della legge n. 20/1994, secondo cui la Corte riferisce, almeno annualmente *“al Parlamento ed ai consigli regionali sull'esito del controllo eseguito”*; referto che è effettuato *“anche sulla base dei dati e delle informazioni raccolti dalle sezioni regionali di controllo”* (art. 7, comma 7, l. n. 131/2003).

Ai fini delle verifiche innanzi richiamate la Regione è tenuta, pertanto, a mettere a disposizione della Corte le scritture contabili necessarie per i riscontri di cui si è detto consentendo, altresì, nelle forme ritenute più funzionali, l'accesso ai sistemi informativi regionali.

Pertanto, in questo primo giudizio, in assenza di *“scritture controllate”* dalla Corte, la Sezione si è avvalsa della collaborazione dei competenti uffici della Regione i quali hanno messo a disposizione i dati via via richiesti e fornito i chiarimenti che sono stati sollecitati; ciò che ha consentito di condurre un esame del Rendiconto generale della Regione Umbria per l'esercizio finanziario 2012, nelle sue componenti del conto del bilancio, del conto generale del patrimonio e del conto economico e della documentazione agli stessi allegata, esclusivamente attraverso un confronto fra i dati esposti in detti documenti e negli altri che concorrono a definire la manovra di bilancio, come la legge di approvazione del bilancio di previsione annuale e pluriennale, quella che dispone l'assestamento del bilancio e la legge di stabilità regionale.

La Sezione ha dunque condotto un'istruttoria che ha consentito di valutare gli equilibri di bilancio, la situazione dell'indebitamento, il rispetto delle normative nazionali e regionali in materia contabile ed in generale la gestione dell'Amministrazione regionale.

Dai controlli effettuati risultano rispettati i limiti di impegno e pagamento assunti con legge di bilancio e successivi provvedimenti di variazione, nonché le norme di contabilità stabilite dalla disciplina regionale.

Risulta rispettato il Patto di Stabilità.

L'indebitamento regionale è mantenuto nei limiti previsti per legge.

Sono rispettati i principi dell'equilibrio di bilancio.

Le osservazioni in merito ad alcune criticità gestionali sono riportate

nella relazione unita alla presente decisione, ai sensi dell'articolo 41 del regio decreto 12 luglio 1934, n. 1214, e dell'art. 1, comma 5, decreto-legge 10 ottobre 2012, n. 174.

P.Q.M.

la Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per l'Umbria, con le osservazioni esposte in fatto e in diritto e sulle conformi richieste del Pubblico Ministero:

DICHIARA

regolare, nelle sue componenti del conto del bilancio e del conto generale del patrimonio, il Rendiconto generale della Regione Umbria per l'esercizio finanziario 2012, ed accerta la mancata allegazione dei rendiconti degli enti, aziende organismi ed istituti dipendenti dalla Regione di cui all'art. 52, comma 1, della legge di contabilità regionale, prescritta dall'art. 84, comma 3, lettera d) della medesima legge n. 13/2000. (*Omissis*)

(1) Con la deliberazione in epigrafe la Sezione regionale di controllo per l'Umbria della Corte dei conti si pronuncia sul giudizio di parificazione del rendiconto generale della Regione Umbria per l'esercizio finanziario 2012.

La deliberazione si segnala non solo perché rappresenta il primo esito delle recenti disposizioni che hanno esteso alle Regioni a statuto ordinario l'applicazione del giudizio di parificazione originariamente previsto per il rendiconto dello Stato (art. 1, comma 5, d.l. 10 ottobre 2012, n. 174, convertito, con modificazioni, in l. 7 dicembre 2012, n. 213), ma anche, e soprattutto, per i suoi contenuti i quali - al di là della pur importante valutazione positiva dei conti regionali - si evidenziano all'attenzione dei giuristi per accuratezza ricostruttiva e chiarezza espositiva, ulteriormente arricchite dai contenuti della Relazione allegata al giudizio di parifica (*in www.corteconti.it*).

Per una ulteriore e completa comprensione dell'istituto, della sua storia giuridica, delle sue peculiari caratteristiche e problematiche, delle sue proiezioni sul presente e sul futuro, si riportano di seguito - rispettando l'ordine secondo il quale sono state esposte all'udienza del 9 luglio 2013 - la Relazione orale del Presidente della Sezione, dottor Salvatore Sfrecola (*) e la requisitoria del Procuratore Regionale, dott. Agostino Chiappiniello (**), i quali, con la disponibilità e lo spirito collaborativo a loro consueti, hanno risposto positivamente alle sollecitazioni di questa Rivista.

(*) *Relazione orale del Presidente della Sezione, dott. Salvatore Sfrecola*

Si chiude oggi, con il giudizio di parificazione del rendiconto generale

della Regione Umbria, il ciclo annuale dei controlli intestati alla Corte dei conti sulla finanza regionale.

Nelle forme di un rito antico ma di una straordinaria attualità, come ha riconosciuto il Parlamento nazionale che lo ha esteso alle regioni ad autonomia ordinaria, dacché quelle ad ordinamento speciale lo prevedono da tempo nei rispettivi statuti.

Non è senza significato che il legislatore, nell'estendere alle Regioni a statuto ordinario il giudizio di parificazione, abbia adottato lo stesso schema giuridico del Rendiconto generale dello Stato in coerenza con la nuova costituzione economico finanziaria e con il ruolo attribuito alla Magistratura contabile nella legislazione che recepisce le regole europee sui bilanci.

Il "giudizio", come esplicitamente lo definisce la legge istitutiva della Corte dei conti, si svolge con "le formalità della sua giurisdizione contenziosa".

Dalle disposizioni relative alle regioni a statuto speciale, nonché dal raffronto con le norme disciplinanti la parificazione del rendiconto generale dello Stato, emerge che la pronuncia della Corte dei conti interviene prima dell'approvazione, da parte dell'organo legislativo, della legge sul rendiconto (artt. 38 e 43, r.d. 12 luglio 1934, n. 1214; art. 149, r.d. 23 maggio 1924, n. 827; art. 38, l. 31 dicembre 2009, n. 196), sicché l'attività di parificazione svolta da questa Magistratura si pone in rapporto di ausiliarità nei confronti dell'assemblea legislativa (art. 1, comma 5, terzo periodo, d.l. n. 174/2012).

Il ruolo della Corte dei conti si inserisce, in particolare, nello speciale rapporto di natura "politica" tra governo e assemblea legislativa regionale in quanto l'indirizzo politico di governo, approvato dal Consiglio e contenuto nei documenti finanziari, in primo luogo nel bilancio di previsione, presuppone che sia accertato, attraverso il rendiconto, l'effettivo perseguimento delle politiche pubbliche dirette al soddisfacimento dei bisogni della comunità amministrata.

Il ruolo del Consiglio regionale nella specie è espressione altissima di democrazia parlamentare, in quanto manifestazione di quel "diritto al bilancio" in funzione del quale sono nate le assemblee rappresentative e che connota la nostra Repubblica, come precisato dall'art. 81, comma 4, Cost. nel testo sostituito dall'art. 1 della legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1 ("Le Camere ogni anno approvano con legge il bilancio e il rendiconto consuntivo approvati dal Governo").

Il rendiconto, in particolare nelle sue componenti patrimoniali, rappresenta la storia economica e finanziaria della regione. Dalle sue poste si desume non solo la consistenza del patrimonio mobiliare e immobiliare, dei crediti e delle partecipazioni, ma anche delle attività e passività finanziarie, tutti elementi che consentono di guardare al di là

del bilancio finanziario di esercizio. Non a caso Camillo Benso di Cavour, che di finanza s'intendeva, era solito ripetere "datemi un bilancio ben fatto e vi dirò come un paese è governato". E per bilancio intendeva il consuntivo.

Infatti, considerato che l'attività finanziaria si svolge senza soluzione di continuità, pur essendo definita in periodi di dodici mesi (gli esercizi finanziari), i risultati degli esercizi immediatamente precedenti costituiscono la guida per l'organo legislativo nell'esame dei bilanci futuri. Questo sistema si basa sul presupposto di un esame assembleare del rendiconto dell'esercizio scaduto, abbinato e concomitante con l'esame del bilancio dell'anno successivo ai cui fini l'organo legislativo dovrebbe trarre utili elementi di giudizio dalla relazione della Corte dei conti annessa alla decisione di parificazione.

La "novità" del giudizio di parificazione per le regioni a statuto ordinario non è, tuttavia, fine a se stessa. Essa s'inserisce in un complesso di norme il cui scopo dichiarato è quello di "rafforzare il coordinamento della finanza pubblica, in particolare tra i livelli di governo statale e regionale, e di garantire il rispetto dei vincoli finanziari derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea". Ciò che il legislatore ha previsto di perseguire anche attraverso una serie di controlli affidati alla Corte dei conti, in modo da adeguare quelli dell'art. 3, comma 5, della l. 14 gennaio 1994, n. 20, e dell'articolo 7, comma 7, della l. 5 giugno 2003, n. 131, agli articoli 28, 81, 97, 100 e 119 della Costituzione.

Da rilevare, in primo luogo, l'attenzione prestata dal Parlamento nazionale all'autonomia degli enti regionali. Lo ha fatto impegnando in queste attività, dirette essenzialmente a verifiche di legittimità e regolarità contabile, la Magistratura cui tradizionalmente queste funzioni sono attribuite e alla quale in Costituzione è assicurato il massimo di indipendenza, anche nell'esercizio del controllo, come precisato dall'art. 100, terzo comma, Cost. Non istituzione "dello Stato persona", ma "della Repubblica", come fu subito precisato, all'indomani della emanazione della Carta costituzionale, dallo stesso Presidente della Commissione che l'aveva redatta, Meuccio Ruini, che in tal modo precisava il significato della funzione "ausiliaria" indicata nella rubrica della Sezione Terza del Titolo Terzo, che era stata da taluni ritenuta equivoca, e che successivamente la dottrina e la giurisprudenza della Corte costituzionale avrebbero sottolineato costituire una peculiare forma di garanzia obiettiva, in quanto svolta nell'interesse dell'intera comunità. Come si legge nella sentenza n. 60 dell'8 aprile di quest'anno, nella quale la Consulta afferma che "alla Corte dei conti è attribuito il controllo sull'equilibrio economico-finanziario del complesso delle Amministrazioni pubbliche a tutela dell'unità economica della Repubblica, in riferimento a parametri costituzionali (art. 81, 119 e 120 Cost.) e ai vincoli deri-

vanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea (artt. 11 e 117, primo comma Cost.): equilibrio e vincoli che trovano generale presidio nel sindacato della Corte dei conti quale magistratura neutrale e indipendente, garante imparziale dell'equilibrio economico-finanziario del settore pubblico”.

E proprio nel contesto europeo è richiesto agli stati membri il rispetto di puntuali regole di bilancio, attraverso la garanzia della attendibilità dei dati finanziari e patrimoniali di tutte le Amministrazioni pubbliche.

Il ruolo assegnato alla Corte si colloca, infatti, all'interno di una visione unitaria della finanza pubblica, in funzione dell'effettiva tutela degli equilibri economico-finanziari complessivi, dell'osservanza degli obiettivi posti dal Patto di stabilità interno, della sostenibilità dell'indebitamento e, più in generale, della regolarità e dell'efficienza della gestione, laddove il previgente sistema dei controlli sulla finanza territoriale era stato travolto negli anni 1997 – 2001, in parte perché incompatibile con l'autonomia regionale (i Commissariati del Governo), in parte perché incideva sull'autonomia degli enti locali (i Comitati regionali di controllo).

Travolto senza che contestualmente fossero individuate altre forme di garanzia della legittimità dell'azione amministrativa e di regolarità dei conti, ha lasciato un vuoto che da tempo doveva essere colmato. Così non è stato. Per cui il ricorso ad un provvedimento normativo d'urgenza quando, anche in conseguenza di illeciti intollerabili per la buona immagine della politica e delle istituzioni, il Governo nazionale con il concorso del Parlamento ha individuato nella Corte dei conti l'Istituzione capace di assicurare il rafforzamento delle garanzie sulla gestione dei bilanci pubblici in un contesto di azioni proceduralizzate per assicurare un costante dialogo istruttorio con gli enti controllati.

Nel quadro delineato dal decreto n. 174/2012 rileva, in particolare, l'esigenza di incrementare la circolazione delle informazioni utili al coordinamento tra i livelli di governo statale e regionale e di assicurare il rispetto dei vincoli finanziari derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea. Pertanto, l'art. 1, comma 2, ha previsto che le Sezioni regionali di controllo trasmettano ai Consigli regionali, ogni sei mesi, “una relazione sulla tipologia delle coperture finanziarie adottate nelle leggi regionali approvate nel semestre precedente e sulle tecniche di quantificazione degli oneri”. Una relazione che deve essere rimessa, altresì, “alla Presidenza del Consiglio dei ministri e al Ministero dell'economia e delle finanze per le determinazioni di competenza”.

La norma estende alle regioni un istituto da tempo presente nella legislazione statale (dove i referti sono quadrimestrali) a fini di coordinamento della finanza pubblica e del rispetto dell'equilibrio della spesa,

per dare maggiore effettività al principio della copertura finanziaria e di pareggio del bilancio, come sancito dalla riforma costituzionale dell'art. 81 e dal richiamo agli artt. 97 e 119 Cost. a fini del rispetto dell'equilibrio dei bilanci e della sostenibilità del debito pubblico. In tal modo si afferma il principio che gli enti regionali concorrono alla salvaguardia della stabilità finanziaria dell'intero settore pubblico ed al perseguimento degli obiettivi nazionali che rinvergono la loro origine in vincoli comunitari che, per loro natura, i livelli territoriali sub-statali non sono in grado di contrattare.

Cosicché le Regioni sono chiamate ad adeguare il proprio ordinamento ai principi fondamentali del coordinamento della finanza pubblica in attuazione dell'art. 81 Cost., contenuti nella legge "rinforzata" 24 dicembre 2012, n. 243, recante norme fondamentali relative alla legge di bilancio e criteri volti ad assicurare l'equilibrio tra le entrate e le spese e la sostenibilità del debito complessivo delle Pubbliche amministrazioni.

Al riguardo le Sezioni Riunite della Corte dei conti hanno osservato che, benché l'applicazione della nuova disciplina sancita dagli artt. 81, 97 e 119 Cost. sia rinviata all'esercizio finanziario 2014 - al pari di quella concernente l'equilibrio dei bilanci ed il ricorso all'indebitamento delle Regioni e degli enti locali, che risulta applicabile a regime, ai sensi del disposto di cui all'articolo 21, comma 3, della l. n. 243/2012, non prima dell'esercizio 2016 - "deve ritenersi che taluni principi della riforma riguardanti il principio di copertura finanziaria, implicitamente anticipati dalla legge di contabilità e finanza pubblica n. 196 del 2009, siano già vincolanti per la legislazione regionale comportante nuovi o maggiori oneri finanziari".

In questo contesto si colloca, come detto, il compito della Corte di predisporre, con cadenza semestrale, successivamente al 1° gennaio 2013 una specifica relazione sulla legislazione regionale di spesa. Con richiamo, dunque, ai principi fatti propri dalla recente sentenza della Corte costituzionale n. 26/2013 in tema di leggi regionali di spesa pluriennale, deve affermarsi che, stante la natura immediatamente precettiva dell'art. 81, quarto comma, Cost. (testo originario), la disciplina delle fonti regionali di spesa è rigidamente vincolata a quelle regole, rispetto alle quali le disposizioni di cui agli artt. 17 e 19 della l. n. 196/2009 costituiscono una mera puntualizzazione tecnica del principio della copertura.

Resta ferma, in ogni caso, la facoltà delle Sezioni regionali di controllo di adire la Corte costituzionale ove dubitino della legittimità costituzionale delle leggi di spesa per mancanza di copertura finanziaria e, più in generale, per violazione delle norme costituzionali in materia di equilibri di finanza pubblica, eventualmente giovandosi dell'esito

dell'esame svolto in sede di relazioni semestrali sulla copertura delle leggi regionali di spesa elaborate dalle Sezioni regionali (cfr. Corte dei conti, Sezione delle Autonomie, n. 10 del 26 marzo 2013).

Nel contesto del rafforzamento del ruolo della Corte dei conti il decreto n. 174/2012 prevede controlli e verifiche di legittimità e di regolarità contabile sui bilanci preventivi e i rendiconti consuntivi delle regioni per la verifica del rispetto degli obiettivi annuali posti dal patto di stabilità interno, dell'osservanza del vincolo previsto in materia di indebitamento dall'articolo 119, sesto comma, della Costituzione, della sostenibilità dell'indebitamento e dell'assenza di irregolarità suscettibili di pregiudicare, anche in prospettiva, gli equilibri economico-finanziari degli enti.

A completamento delle suddette verifiche le sezioni regionali di controllo della Corte dei conti accertano altresì che i rendiconti delle regioni tengano conto anche delle partecipazioni in società controllate, alle quali è affidata la gestione di servizi pubblici per la comunità regionale e di servizi strumentali alla regione, nonché dei risultati definitivi della gestione degli enti del Servizio sanitario nazionale, per i quali resta fermo quanto previsto dall'articolo 2, comma 2-sexies, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, dall'articolo 2, comma 12, della l. 28 dicembre 1995, n. 549, e dall'articolo 32 della l. 27 dicembre 1997, n. 449. Enti titolari di rilevanti poteri di spesa come dimostrano le dimensioni degli impegni finanziari, intorno al 75 per cento del totale della spesa regionale dell'Umbria, e l'importanza sociale e politica di un servizio che costituisce espressione concreta della tutela costituzionale della salute "come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività (art. 32, primo comma), una delle espressioni più significative della nostra civiltà giuridica. Un diritto che assicura pari dignità sociale ai cittadini, in particolare a quelli più deboli.

Nell'esperienza del primo giudizio di parificazione che si celebra oggi ed in continuità con le precedenti Relazioni "sugli andamenti della gestione finanziaria e contabile della Regione Umbria" le osservazioni in merito ai risultati della gestione sono state definite in un contesto di dialogo istruttorio con l'Amministrazione regionale che ha sempre risposto con accurata tempestività. Ciò che, in particolare, ha consentito di attivare una forma concreta, sia pure perfettibile, di contraddittorio con la Regione durante l'intero l'iter procedurale su tutti i temi sottoposti a verifica. Questa metodica, che in qualche modo è espressione di quella ausiliarità che la Corte necessariamente manifesta anche nei confronti dell'esecutivo regionale, potrà avere una sua formalizzazione in prosieguo di tempo mediante la convocazione di un'adunanza ad hoc, prima dell'udienza di parifica, come avviene in alcune regioni a statuto speciale. Da ultimo, prendendo in considerazione i chiarimenti

e le precisazioni con le quali la Regione ha controdedotto sulla bozza di relazione sottoposta al suo esame, la relazione allegata alla decisione di parificazione mette a disposizione del Consiglio regionale elementi di valutazione di sicuro interesse.

In ogni caso, come per il rendiconto dello Stato, il contraddittorio è stato garantito e potrà meglio essere assicurato attraverso un confronto con le delegazioni dei singoli assessorati e mediante l'elaborazione di richieste e questionari, cui faranno seguito specifici incontri di chiarimento con i competenti funzionari.

Con l'occasione va sottolineato come la ricognizione dei dati e delle tematiche gestorie sottostanti alla pronuncia della Sezione regionale impongono che la Corte debba essere posta in condizione di acquisire, in qualsiasi momento e tempestivamente, tutti gli elementi contabili necessari per una adeguata valutazione dei singoli fenomeni sui quali intende appuntare la sua attenzione, come ha messo in risalto la Sezione delle autonomie la quale ha sottolineato la necessità di intese, che potranno confluire in un progetto generale di accesso "concordato" alle scritture informatiche delle singole Regioni, in grado di fornire elementi conoscitivi durante la gestione, sul modello del sistema informativo integrato RGS – Corte dei conti che al centro assicura informative alle Sezioni Riunite in sede di controllo. In tal modo le Sezioni regionali potranno verificare la concordanza dei dati risultanti dal rendiconto, per l'entrata come per la spesa, con quelli presenti nelle scritture del Servizio di ragioneria di ogni Regione (o struttura equivalente), nonché con le registrazioni dei flussi di cassa effettuate dal Tesoriere regionale, riversate nel sistema SIOPE, ferma restando la possibilità di attivare ulteriori riscontri sulle scritture contabili del medesimo Tesoriere.

Sarà in tal modo possibile effettuare stime dell'attendibilità e dell'affidabilità degli aggregati contabili mediante indagini a campione, basate su modelli consolidati in ambito europeo. Ma, soprattutto, effettuare rilevazioni per migliorare la qualità dell'azione amministrativa.

Va considerato anche che, a fini di semplificazione e di ottimizzazione delle attività di controllo, il giudizio di parificazione (art. 1, comma 5, del d.l. n. 174/2012) costituisce la base per ulteriori verifiche aventi ad oggetto il rendiconto approvato, da effettuare anche sulla base delle relazioni prodotte dai Collegi dei revisori dei conti, ai sensi dell'art. 1, comma 3, del medesimo testo normativo.

Questo, del resto, è l'impegno assunto dal governo, su sollecitazione dell'Unione europea, per la revisione della spesa, che non va intesa come strumento destinato nell'immediato alla ricerca di risparmi, laddove la revisione strutturale degli oneri gravanti sui bilanci pubblici va colta come occasione per una riorganizzazione profonda degli apparati e delle procedure amministrative che restituisca loro, anche attraverso una

revisione delle procedure, efficienza e capacità di incidere sulla realtà economica e sociale delle comunità. Contestualmente andranno riviste le aree riservate all'intervento pubblico. L'esigenza primaria è, dunque, quella di disporre di strumenti operativi idonei a ridurre i tempi dei procedimenti amministrativi che è necessario dimensionare in funzione dell'apporto che si vuole assegnare all'azione delle amministrazioni, la cui efficienza da sempre misura la capacità della politica di perseguire in concreto gli obiettivi indicati nell'indirizzo politico-amministrativo, laddove spesso la diretta via s'era smarrita a fronte di continue, ed a volte contraddittorie, revisioni di competenze e di strutture che, se hanno caratterizzato soprattutto l'Amministrazione dello Stato non sono ignote a quella delle regioni e degli enti locali.

Sarebbe sbagliato, tuttavia, non considerare che precipua funzione delle analisi della Corte è quella di contribuire ad aumentare la consapevolezza della necessità delle riforme da adottare e delle azioni da intraprendere.

L'einaudiano "conoscere per deliberare" è la regola che spinge la Corte a mettere a disposizione dello Stato e degli enti pubblici territoriali l'esperienza derivante da osservazioni maturate in una continuità di monitoraggio dei fenomeni gestori su amministrazioni diverse, acquisite nel corso degli anni.

Ed è sulla base dell'esperienza che la Corte avverte l'esigenza che si metta mano ad una rimodulazione delle materie di legislazione esclusiva statale e di legislazione concorrente, segnatamente con riferimento alla materia "coordinamento della finanza pubblica".

Dott. SALVATORE SFRECOLA

(**) *Requisitoria del Procuratore Regionale, dott. Agostino Chiappiniello*

Il Procuratore Regionale della Corte dei conti interviene nel giudizio annuale di parificazione del rendiconto generale della Regione Umbria, innovazione legislativa introdotta solo di recente con il d.l. n. 174/2012, quale organo chiamato ad agire nell'interesse della legge, a garanzia dell'equilibrio economico-finanziario della finanza pubblica e a tutela e salvaguardia del corretto utilizzo delle risorse pubbliche. L'innovazione riguarda solo le Regioni a statuto ordinario, in quanto per le Regioni a statuto speciale il giudizio di parificazione era già operante, ad eccezione della Regione Valle d'Aosta che dovrà adeguarsi alla nuova legislazione in materia.

La parifica, come è noto, costituisce il momento terminale della gestione finanziaria annuale della Regione, la quale presenta le risultanze

contabili dell'esercizio conclusosi, sulle quali la Sezione Regionale di Controllo della Corte dei conti instaura un giudizio con rito contenzioso, cosiddetto di parificazione, in cui interviene il Procuratore Regionale.

La formalità del giudizio assicura, inoltre, all'opinione pubblica l'informazione e la conoscenza piena in ordine alle risultanze dei controlli effettuati e sull'operato degli amministratori in coerenza con la funzione della Corte quale istituto di garanzia a tutela degli interessi pubblici.

Va rilevata l'analogia del giudizio sul rendiconto generale della Regione con il giudizio sul rendiconto generale dello Stato, cioè con una delle attività più tradizionali e antiche della Corte dei conti, analogia richiamata dalla Sezione Autonomia con delibera n. 9/2013 e dalle Sezioni Riunite con QM n. 7 del 2013.

In base all'art. 76 della l.r. n. 21/2005 (Nuovo Statuto della Regione Umbria, così come modificato dalla l.r. n. 1/2010) il rendiconto generale della Regione Umbria contiene i risultati finali della gestione finanziaria, patrimoniale ed economica dell'anno.

Ai sensi dell'art. 84 della l.r. 28 Febbraio 2000, n. 13 (Disciplina generale della programmazione, del bilancio, dell'ordinamento contabile e dei controlli interni della Regione dell'Umbria) il rendiconto generale comprende il conto del bilancio, il conto del patrimonio, il conto economico.

La l.r. n. 6 del 4 Aprile 2012 (Legge finanziaria regionale 2012) ha dettato le disposizioni per la formazione del bilancio annuale di previsione 2012 e del bilancio pluriennale 2012-2014.

La l.r. n. 7 del 4 Aprile 2012 ha dettato le disposizioni collegate alla manovra di bilancio 2012 in materia di entrate e di spese (Modificazioni ed integrazioni di leggi regionali).

Il bilancio di previsione annuale per l'esercizio finanziario 2012 ed il bilancio pluriennale 2012-2014 sono stati approvati con la l.r. n. 8/2012.

L'assestamento del bilancio di previsione per l'esercizio finanziario 2012 è stato approvato con la l.r. n. 12 del 26 Luglio 2012 mentre le variazioni al bilancio di previsione per l'esercizio finanziario 2012 sono state apportate con la l.r. n. 21/2012.

Le risultanze del rendiconto del 2012 evidenziano un disavanzo finanziario complessivo di circa 298 milioni di €, derivante da:

a) un saldo attivo (avanzo di amministrazione contabile) alla chiusura dell'esercizio pari a circa 355 milioni di € dovuti a:

- un fondo di cassa al 31.12.2012 pari a circa 217 milioni di €;
- residui attivi al 31.12.2012 pari a circa 1.557 milioni di €;
- residui passivi al 31.12.2012 pari a circa 1.419 milioni di €;

b) somme da riscrivere alla competenza dell'esercizio 2013 a norma dell'art. 82, comma 6, della L. R. n. 13/2000, in dipendenza di economie

di spesa correlate ad entrate a destinazione vincolata per circa 653 milioni di €.

Con riferimento ai dati del rendiconto 2011, che presentava un avanzo di amministrazione pari a circa 396 milioni di € (in diminuzione rispetto agli esercizi precedenti) ed un disavanzo finanziario di circa 312 milioni di € (in aumento rispetto agli esercizi precedenti), si può rilevare, per ciò che concerne l'esercizio chiuso al 31.12.2012, una diminuzione per l'avanzo di amministrazione (pari a circa 355 milioni di €) del 10,35% ed una diminuzione per il disavanzo finanziario (pari a circa 298 milioni di €) del 4,49%.

Per ciò che concerne l'andamento, negli ultimi anni, degli avanzi di amministrazione vincolati, accertati alla fine degli esercizi finanziari e riscritti alla competenza degli esercizi successivi, si rileva un trend in costante calo, essendo passato da circa 959 milioni di € dell'anno 2008 (totale delle spese vincolate dell'anno 2008 riscritte nel bilancio 2009) a circa 653 milioni di € attuali (totale delle spese vincolate dell'anno 2012 riscritte nel bilancio 2013).

Le entrate di competenza accertate alla chiusura dell'esercizio finanziario 2012 (comprehensive delle partite di giro per un ammontare pari a circa 693 milioni di €) ammontano a circa 2.962 milioni di € (di cui rimosse circa 2.387 milioni di €) mentre le spese di competenza impegnate alla chiusura dell'esercizio finanziario 2012 (comprehensive dello stesso ammontare delle partite di giro contabilizzate per le entrate) ammontano a circa 3.040 milioni di € (di cui pagate circa 2.555 milioni di €).

L'ammontare dei residui complessivi attivi e passivi che si sono formati nel corso dell'esercizio sono stati pari, rispettivamente, a circa 575 milioni di € e circa 485 milioni di €.

Andando ad analizzare la gestione di competenza sopra rappresentata riferita al consuntivo 2012, che presenta un totale di entrate correnti ed in c/capitale per circa 2.269 milioni di € ed un totale delle spese correnti ed in c/capitale per circa 2.347 milioni di €, essa si chiude con un risultato negativo di circa 79 milioni di €, di cui circa 75 milioni di € ascrivibile alla gestione corrente (differenza tra totale spese correnti impegnate e totale entrate correnti accertate).

La consistenza dei residui alla chiusura dell'esercizio finanziario 2011 era pari a circa 1.310 milioni di € per ciò che concerne i residui attivi (al netto delle partite di giro, pari a circa 181 milioni di €) e circa 614 milioni di € per i residui passivi (al netto delle partite di giro, pari a circa 863 milioni di €).

Considerando la gestione (somme rimosse, pagate, eliminate per insussistenza o prescrizione o per perenzione, rimaste da riscuotere o da pagare) nel corso dell'esercizio finanziario 2012 di tali residui (esercizi 2011 e precedenti) e considerando quelli formati nel corso dell'esercizio

si arriva ad una consistenza, al 31.12.2012, di circa 1.355 milioni di € per i residui attivi (al netto delle partite di giro, pari a circa 201 milioni di €) e di circa 540 milioni di € per i residui passivi (al netto delle partite di giro, pari a circa 879 milioni di €), con una variazione, rispetto alla consistenza al 31.12.2011, del 3,43% in aumento per i residui attivi e del 12% in diminuzione per i residui passivi.

Andando a suddividere i residui attivi complessivi esistenti al 31.12.2012 in relazione all'esercizio di provenienza e per fasce di vetust  troviamo che per circa il 51 % del totale sono riferiti alla fascia 1-2 anni, per circa il 43% alla fascia 3-5 anni e per il rimanente 6% alla fascia oltre i 5 anni.

Tali residui (la cui ricognizione   disciplinata dall'art. 81 della l.r. 28 Febbraio 2000, n. 13), ad esclusione di quelli riconosciuti inesigibili, sono conservati nel conto del bilancio fino allo loro riscossione.

Secondo quanto previsto, invece, dall'art. 82 della l.r. 28 Febbraio 2000, n. 13, i residui passivi "possono essere conservati nel conto dei residui per non pi  di due anni successivi a quello in cui l'impegno si   perfezionato per le spese correnti e per non pi  di sette anni per le spese in conto capitale. Trascorso tale termine non si fa pi  luogo alla conservazione delle predette somme nel conto dei residui, il relativo debito, qualora richiesto dai creditori, potr  essere iscritto nei successivi bilanci ai fini del pagamento. La legge regionale pu  disporre la conservazione in bilancio, fino alla loro totale estinzione, dei residui correlati a spese aventi uno specifico vincolo di destinazione da parte dei soggetti erogatori dei trasferimenti.

Possono tuttavia essere mantenute, nel conto dei residui, nel solo esercizio successivo a quello in cui fu iscritto lo stanziamento, le somme relative a spese in conto capitale.

Alla conservazione del conto dei residui delle somme di cui al comma 3, provvede la Giunta regionale con deliberazione da adottare, entro il 31 gennaio successivo al termine dell'esercizio e da comunicare al Consiglio regionale, entro dieci giorni.

Le somme stanziate a fronte di entrate a destinazione vincolata, non utilizzate entro il 31 dicembre di ogni anno, sono reiscritte nel bilancio dell'esercizio successivo per le medesime finalit .

Il tasso di riscossione complessivo (al lordo delle contabilit  speciali) dei residui attivi   pari a circa il 35%, in linea con il valore relativo all'esercizio 2011 (36%), in cui, a sua volta, era peggiorato rispetto al dato del 2009 (circa il 57%).

Relativamente a questo punto si deve richiamare l'attenzione, come tra l'altro gi  fatto dalla Sezione Regionale di controllo nella "Relazione sugli andamenti della gestione finanziaria e contabile della Regione Umbria relativi all'esercizio 2011" sulle "possibili conseguenze negative sul

risultato complessivo della gestione che discende da una conservazione di masse residuali attive scarsamente esigibili o insussistenti”.

Il sottoscritto Procuratore Regionale ritiene opportuno, per il raggiungimento dell'equilibrio e della sana gestione finanziaria della Regione, in conformità al principio della prudenza, richiamare l'attenzione dell'Amministrazione sulla necessità di una attenta valutazione delle voci da conservare in bilancio in conto residui. A tal fine dovranno essere percorse tutte le necessarie azioni volte ad una verifica dei presupposti giuridici, in primis della ragione del credito.

Infatti, il mantenimento di residui attivi di dubbia esigibilità o non più esigibili, comportando una sopravvalutazione dei crediti, produce l'effetto di generare documenti contabili (conto del bilancio, del patrimonio e conto economico) che non rappresentano in maniera veritiera e corretta la situazione finanziaria, patrimoniale, ed economica dell'Ente.

Dal lato dei residui passivi, viceversa, la scarsa capacità di smaltimento che si rileva per quelli di parte corrente testimonia una certa difficoltà gestionale derivante da problemi procedurali ed organizzativi della macchina amministrativa.

Per quanto riguarda la situazione patrimoniale al 31.12.2012, il totale del patrimonio netto risulta essere pari a circa 868 milioni di €, in diminuzione rispetto al valore al 31.12.2011, che era pari a circa 947 milioni di €, con una riduzione, pertanto, di circa 79 milioni di € (pari all'8,34%), derivante dal risultato economico dell'esercizio.

Il patrimonio della Regione risulta costituito da Immobilizzazioni per circa 534 milioni di € (di cui Immobilizzazioni materiali per circa 315 milioni di €, immobilizzazioni finanziarie per circa 218 milioni di € ed il restante circa 1 milione di € di immobilizzazioni immateriali) in diminuzione rispetto al dato del 31.12.2011, che era pari a circa 551 milioni di € (riduzione del 3,22%).

I valori dei beni materiali ed immateriali sono esposti in bilancio al netto dei relativi fondi di ammortamento. Inoltre, per ciò che concerne il valore delle aree edificabili e dei terreni acquisiti ed espropriati, essi sono stati rivalutati con l'indice Istat 2012.

Per quanto riguarda l'aggregato “Immobilizzazioni finanziarie”, il valore iscritto in bilancio al 31.12.2012 è pari a circa 218 milioni di €, in diminuzione rispetto alla consistenza al 31.12.2011, che segnava un importo pari a circa 244 milioni di €.

Si tratta, pertanto, di una riduzione del 10,84%, dovuta da una parte all'iscrizione, nel corso del corrente esercizio finanziario, di un “Credito per versamento in c/aumento capitale sociale della società Umbria TPL e Mobilità S.p.A.” per circa 5 milioni di € e, dall'altra, alla riduzione dei “Crediti vs lo Stato per servizio debito mutui a carico dello Stato”, che

sono passati da circa 218 milioni di € al 31.12.2011 a circa 187 milioni di € al 31.12.2012.

Con riferimento a quest'ultima voce, si tratta di Crediti verso lo Stato per i contributi annuali al rimborso dei mutui (pagati dalla Regione ma con oneri a carico dello Stato), che sono diminuiti per l'ammontare delle quote capitali di competenza 2012 (non essendo stato stipulato alcun mutuo nuovo nell'esercizio).

Tali crediti corrispondono all'ammontare dei "Debiti per mutui e prestiti a carico del bilancio dello Stato" (posta ricompresa nel Passivo della Situazione Patrimoniale tra i "Debiti di finanziamento"), che, in realtà, sono iscritti per circa 189 milioni di €, con una differenza, rispetto all'importo iscritto tra i Crediti sopra indicati, di circa 2 milioni di €.

Tale differenza è dovuta alle annualità, per quote capitali, già corrisposte dallo Stato ed accertate in bilancio a fronte delle quali non sono state pagate le rate di ammortamento in quanto i relativi mutui sono andati in ammortamento a partire dall'anno successivo rispetto a quello di assegnazione dei fondi statali.

L'Attivo circolante al 31.12.2011 è pari a circa 1.786 milioni di € (circa 1.885 milioni di € al 31.12.2011) che, sommato al totale delle Immobilizzazioni (circa 534 milioni di €) determina un valore totale delle attività pari a circa 2.320 milioni di €.

Dal lato del passivo, oltre al Patrimonio netto (circa 868 milioni di €), sono stati contabilizzati Debiti per circa 1.449 milioni di € (circa 1.484 milioni di € nel 2011) e Ratei e risconti passivi per circa 3 milioni di € (circa 5 milioni di € nel 2011).

Analizzando, in particolare, l'aggregato "Debiti di finanziamento", al 31.12.2012 si rileva un importo pari a circa 510 milioni di €, di cui circa 321 milioni di € per mutui e prestiti a carico della Regione e circa 189 milioni di € per mutui e prestiti a carico del bilancio dello Stato.

L'ammontare di tali debiti, nel bilancio chiuso al 31.12.2011, era pari a circa 561 milioni di €.

Pertanto, nel corso dell'esercizio 2012 si è registrata una diminuzione di tale voce di circa 51 milioni di €, di cui circa 31 milioni di € per il rimborso delle quote capitale di competenza 2012 per i debiti a carico dello Stato (nel corrente esercizio non sono stati stipulati nuovi mutui a carico dello Stato) e per i rimanenti circa 20 milioni di € per il rimborso delle quote capitale dei mutui a carico del bilancio regionale. Nel complesso la diminuzione è stata pari al 9,1%.

I debiti assunti comportano la necessità di restituire annualmente, oltre la quota capitale, una quota interessi.

A seguito della diminuzione sia dei tassi di interesse che dello stock del debito, gli oneri finanziari sono passati da circa 46 milioni di

€sostenuti nel corso del 2011 a circa 44 milioni di € del 2012, con una diminuzione complessiva del 4,38%.

L'incidenza degli oneri finanziari rispetto al totale dei costi di gestione è stata pari al 2,29%, mentre l'incidenza rispetto al totale dei proventi tributari è stata del 5,70%, in diminuzione rispetto al 2011 (6,56%).

A tal proposito è da rilevare che nel corso del 2012 i proventi tributari hanno registrato un aumento complessivo di circa il 10% (essendo passati da circa 702 milioni di € del 2011 a circa 772 milioni di € del 2012), dovuto essenzialmente ad un aumento del gettito Irap del 3,9%, dell'Addizionale regionale all'Irpef del 6,9% e dell'introduzione di una nuova imposta regionale sulla benzina per autotrazione dell'1%, in parte compensati da una riduzione delle entrate per Tasse regionali (tassa automobilistica), Quote di tributi erariali (accise sul gasolio e sulla benzina) e Canoni demaniali di circa l'1%.

Relativamente al risultato economico negativo dell'esercizio 2012 per circa 79 milioni di € (con conseguente pari riduzione del patrimonio netto), è opportuno evidenziare che la perdita risulta aumentata sia rispetto a quella conseguita nel 2011 (circa 68 milioni di €) che rispetto a quella conseguita nel 2010 (circa 54 milioni di €).

Su tale risultato ha sicuramente contribuito una crescita del totale dei costi di gestione, che sono passati da circa 1.868 milioni di € del 2011 a circa 1.922 milioni di € del 2012, con una crescita del 2,90%.

A fronte della su indicata crescita dei costi, il totale dei proventi della gestione risulta incrementata solo dell'1,44% (passando da circa 1.841 milioni di € del 2011 a circa 1.867 milioni di € del 2012).

Con riferimento alla spesa del personale, che negli ultimi anni è stata interessata da vari provvedimenti legislativi che hanno mirato alla riduzione di questo aggregato (blocco del turn over, delle retribuzioni del personale e dei rinnovi contrattuali), anche per il 2012, così come avvenuto nel 2011, si è verificata una diminuzione. In particolare, nel corso del corrente esercizio tale spesa si è ridotta, rispetto al 2011, di circa 1,5 milioni di €, mentre nel corso del 2011 si era ridotta, rispetto al 2010, di circa 2,6 milioni di €.

Pertanto, l'Amministrazione Regionale ha rispettato sia il disposto dell'art. 1, comma 557 della L. n. 296/2006, che quanto previsto dall'art. 76, comma 7 del D.L. n. 112/2008.

Con riferimento, invece, alla disciplina per il conferimento di incarichi professionali esterni della Regione Umbria, la stessa, alla luce delle disposizioni normative intervenute in materia, delle linee interpretative contenute nella circolare del Dipartimento della Funzione Pubblica nonché dei criteri generali elaborati dalla Sezione Regionale di Controllo della Corte dei conti per la Regione Umbria (richiamati nella delibera n. 87/2010/Reg del 22/11/2010) ha approvato, con la Deliberazione di

Giunta regionale n. 1761 del 6 Dicembre 2010, la nuova “Disciplina per il conferimento di incarichi professionali esterni” stabilendo, in analogia con quanto disposto dall’art. 6, comma 7 e dall’art. 9, comma 28, del D.L. n. 78/2010 (convertito nella L. n. 122/2010) per le Università e gli Enti di ricerca, che l’Agenzia Umbria Ricerche è esclusa dall’applicazione dei limiti di spesa in materia di incarichi esterni di studio e di consulenza e che in materia di contratti a termine e collaborazioni coordinate e continuative sono escluse dai limiti di spesa le assunzioni e gli incarichi per progetti di ricerca finanziati con risorse esterne mentre le assunzioni e gli incarichi con oneri a carico del bilancio dell’Agenzia sono ammesse nel limite del 40% della spesa sostenuta per contratti a termine e collaborazioni nell’anno 2003.

Orbene, il sottoscritto Procuratore Regionale ritiene la disciplina introdotta non conforme alla vigente normativa ed ai criteri generali elaborati dalla Sezione Regionale di Controllo per l’Umbria, che, tra l’altro, aveva già richiamato la Regione su questo punto nella “Relazione sulla gestione finanziaria 2011”.

Andando ad analizzare gli importi che sono stati erogati nel 2012 per gli incarichi esterni si può evidenziare una riduzione rispetto a quanto sostenuto nel 2011 (che, a sua volta, aveva visto una contrazione rispetto all’esercizio precedente).

Pertanto, preso atto della progressiva riduzione dell’ammontare sostenuto per questa tipologia di spese, si invita, comunque, l’Amministrazione a perseguire lungo questa strada, riducendo il ricorso a questi contratti che, così come dispone la normativa vigente, dovrebbero essere appunto occasionali, costituendo un rimedio eccezionale da utilizzare solo per prestazioni di elevata professionalità, non presenti nell’Ente.

Una particolare attenzione deve essere posta sull’andamento dei derivati a suo tempo acquisiti.

La Regione è attualmente impegnata in contratti riguardanti operazioni di finanza derivata di cui 3 operazioni di swap di copertura dal rischio di tasso dei mutui o prestiti sottostanti contratti a tassi variabili e di un amortising swap di un prestito bullet stipulato a giugno 2007.

Gli swap di tasso, stipulati negli anni 2001 e 2003, prevedono la stessa scadenza delle sottostanti passività ed i flussi ricevuti dalla Regione sono uguali a quelli pagati nel prestito a cui si riferiscono.

Inoltre, sono tutti indicizzati all’euroribor 6 mesi, che rappresenta il parametro di riferimento per la rilevazione dei tassi oggetto di scambio.

I flussi delle operazioni di swap nel corso dell’esercizio 2012 sono stati così contabilizzati. Per ciò che concerne l’entrata, sono stati accertati e riscossi di competenza dell’anno 18.283.307 € (nel corso del 2011 18.258.229 €), mentre per quanto riguarda la spesa sono stati

impegnati e pagati di competenza dell'anno 19.307.881 € (nel corso del 2011 19.632.392). Dal lato dell'entrata, pertanto, l'importo del 2012 è stato stabile rispetto a quello del 2011 mentre dal lato della spesa nel corso dell'esercizio 2012 si è registrato un calo dell'1,65%.

Per quanto riguarda lo swap di ammortamento del prestito bullet, è stato impegnato e pagato l'onere relativo all'accantonamento della quota capitale annua nel fondo ammortamento del prestito per circa 7 milioni di €.

Relativamente alla nota informativa sugli strumenti di finanza derivata allegata al rendiconto generale, così come prevista dall'art. 62, comma 8, della L. n. 112/2008, convertito con modificazioni in l. n. 133/2008, è da evidenziare che essa, così come verificatosi per l'esercizio 2011, non risulta idonea ad offrire una prospettazione completa degli effetti delle operazioni intraprese sui conti dell'Amministrazione, limitandosi ad evidenziarne esclusivamente quelli prodotti nel bilancio annuale in termini di differenziali, senza riferimento alcuno agli effetti sul bilancio pluriennale e senza richiamo alcuno al valore stimato di estinzione delle stesse al momento della redazione del bilancio (ovvero il *mark to market*).

La stipula di contratti in strumenti derivati relativi alla gestione del debito, per il quale, già in precedenza, si è proceduto ad una breve analisi porta, conseguentemente, ad alcune riflessioni sulle tipologie di spese finanziate, ovvero verificare se le stesse possano essere qualificate come investimenti.

Infatti, a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione, gli Enti territoriali possono far ricorso all'indebitamento esclusivamente per il finanziamento di spese di investimento.

I concetti di investimento e di indebitamento sono stati fissati normativamente dall'art. 3, commi da 16 a 21, della L. n. 350/2003, in applicazione dell'art. 119, comma 6, della Costituzione.

Alla luce della posizione adottata dalla Sezione giurisdizionale della Corte dei conti dell'Umbria, con la sentenza n. 87/2008, il cui orientamento è stato confermato dalla Sezione prima giurisdizionale centrale con la sentenza n. 444/2010, possono essere considerati investimenti solo quegli interventi che determinano un incremento patrimoniale dell'Ente. Tutti gli interventi che sono finalizzati a conservare la possibilità di utilizzo del bene sono, invece, considerati interventi di manutenzione ordinaria.

Al fine di verificare il rispetto della sopra dettata normativa, è da sottolineare che il sottoscritto Procuratore ha, tra l'altro, potuto visionare una relazione del Ministero dell'Economia e delle Finanze su una verifica amministrativo – contabile presso la Regione Umbria, che ha avuto come riferimento, in via generale, il periodo 2006/2011, inviata a questa Procura nel corso del 2012.

Dalla stessa si può evincere che, sulla base di un'analisi condotta a campione (che ha riguardato quei capitoli le cui descrizioni potevano far sorgere dubbi in proposito), effettivamente le spese finanziate sono qualificabili come investimento o come manutenzioni straordinarie, come tali destinati ad accrescere il patrimonio della Regione Umbria, per le quali, quindi, si ritiene ammissibile finanziarli mediante ricorso all'indebitamento.

Ritornando, invece, ai contratti in strumenti derivati, dalla stessa relazione del Ministero sopra menzionata è possibile rilevare, tra le altre considerazioni fatte, che non sono stati esplicitati, nei contratti e negli atti, gli eventuali costi impliciti a carico della Regione, aspetto sicuramente da non sottovalutare e che, anzi, merita di essere rimarcato.

Per ciò che concerne il Patto di stabilità interno 2012, esso è disciplinato, per le Regioni, dagli artt. 32 e seg. della legge di stabilità per il 2012 (l. n. 183/2011).

I vincoli imposti dal patto hanno riguardato, così come anche nei precedenti esercizi, il complesso della spesa finale corrente ed in c/capitale, in termini di competenza e cassa.

Gli obiettivi imposti alle Regioni dalla Legge di stabilità su indicata per il raggiungimento dell'equilibrio della finanza pubblica sono stati successivamente rideterminati ai sensi dell'art. 16 del d.l. n. 9/2012 (convertito nella l.n. 135/2012).

A seguito dell'accordo Stato – Regioni del 3 agosto 2012, è stata fissata la quota di contributo di quest'ultima manovra a carico della Regione Umbria, risultata pari a circa 15 milioni di €.

Sulla base dei dati di bilancio, si deve rilevare che la Regione Umbria ha rispettato il Patto di stabilità interno per l'anno 2012.

Non si può non evidenziare come l'attuale e perdurante situazione di grave crisi per la nostra Nazione, in relazione all'enorme debito pubblico accumulato nel corso degli anni, costituisca un fattore importante di criticità anche per le finanze regionali.

A seguito del manifestarsi di tale crisi, già nel 2010 lo Stato è dovuto intervenire con il d.l. del 31 maggio 2010 n. 78, convertito in l. 30 luglio 2010 n. 122, per introdurre misure urgenti in materia di contabilizzazione finanziaria e di competitività economica.

La manovra finanziaria dell'estate del 2010, consistita soprattutto in tagli lineari delle spese ministeriali e dei trasferimenti agli enti territoriali, era finalizzata a ripristinare il controllo sui saldi di finanza pubblica e faceva seguito alle raccomandazioni del Consiglio dell'Unione Europea, che aveva invitato l'Italia a specificare le misure necessarie per correggere il disavanzo entro il 2012 ed effettuare progressi nella correzione del disavanzo eccessivo.

Con deliberazione n. 1268 del 28.10.2011 la Giunta Regionale ha

approvato un atto di indirizzo per l'applicazione delle misure di riduzione dei costi degli apparati amministrativi.

Al Riguardo, si deve rilevare che la Corte Costituzionale, con una recente sentenza (n. 139/2012) riguardante il predetto d.l. n. 78 del 2010, ha affermato che dalle puntuali disposizioni limitative, dettate dalla fonte statale con riferimento all'amministrazione dello Stato, può essere desunto un limite complessivo, nell'ambito del quale le Regioni restano libere di allocare le risorse tra i diversi ambiti e obiettivi di spesa.

Il Giudice delle leggi ha quindi espresso il principio che le Regioni devono ridurre le spese di funzionamento amministrativo di un ammontare complessivo non inferiore a quello disposto dallo Stato.

Quindi le prescrizioni contenute nell'art. 6 del d.l. n. 78/2010, costituendo disposizioni di principio al fine del coordinamento della finanza pubblica, vanno intese come un'autorizzazione alla Regione "a determinare, sulla base di una valutazione globale dei limiti di spesa puntuali dettati dall'art. 6, l'ammontare complessivo dei risparmi da conseguire e, quindi, a modulare in modo discrezionale, tenendo fermo quel vincolo, le percentuali di riduzione delle singole voci di spesa contemplate nell'art. 6".

La legge regionale si è dovuta attenere a tali disposizioni statali di principio, che vengono ad incidere sulle risultanze finanziarie dell'esercizio.

Ne consegue che eventuali violazioni delle disposizioni attinenti il D.l. richiamato che vietano certe spese o che ne prevedono l'impegno nel rispetto di prefissati livelli, comportano l'illegittimità dei corrispondenti atti di spesa, con profili di responsabilità patrimoniale da sottoporre all'esame della Procura Regionale.

Le norme regionali introdotte in attuazione delle disposizioni di principio finalizzate al coordinamento della finanza pubblica, di cui al d.l. n. 78/2010, riguardano diversi ambiti di spesa.

Esse interessano, tra l'altro, la riduzione dei costi degli apparati amministrativi, la riduzione delle spese per i compensi ai componenti degli organi delle società partecipate, per le consulenze, per i convegni, per le autovetture di servizio, per le sponsorizzazioni, per le attività di rappresentanza, per le mostre e per la pubblicità.

Va detto che in merito al contenimento delle spese per consulenze, relazioni pubbliche, convegni, mostre, pubblicità, rappresentanza e sponsorizzazioni, le norme regionali hanno una minore incisività rispetto alla previsione statale.

Con riferimento agli impegni di spesa per l'anno 2012 per Studi e consulenza, Spese di rappresentanza, Missioni, Formazione ecc. l'Amministrazione regionale, nella propria Relazione sul rendiconto generale dell'esercizio finanziario 2012 approvato dalla Giunta ha rappresentato

di essersi attivata per l'attuazione delle misure di contenimento della spesa, che hanno così influito sui risultati dell'esercizio finanziario 2012, allegando a tal fine la tabella sottoindicata:

SPESE SOGGETTE A LIMITI
Verifica del rispetto per l'anno 2012 (Impegni)
Importi in euro

	Studi e Consulenza	Relazioni pubbl., Mostre, Convegni e Pubblicità	Spese di rappresentanza	Missioni	Formazione	Autovetture
Spese assoggettate al limite sostenute nel 2009	986.290,15	1.463.145,94	102.423,80	500.000,00	653.705,06	691.334,59
Limite di spesa a decorrere dal 2011 e anni successivi	197.258,03	292.629,19	20.000,00	250.000,00	326.852,53	553.067,67
Spese effettuate nel 2012	95.203,38	229.121,27	19.960,16	200.000,00	105.040,77	489.872,39

Ciò considerato, in ottemperanza alle disposizioni dell'art. 1, comma 173, della L. n. 266/2005, l'Amministrazione regionale ha trasmesso copia degli atti di spesa adottati nell'esercizio 2012 riguardanti quelle per relazioni pubbliche e di rappresentanza, convegni, mostre e pubblicità di importo superiore a 5.000 €.

Tale invio, avvenuto con periodicità trimestrale per un totale complessivo di n. 132 provvedimenti di atti di spesa (n. 106 nel 2011), ha riguardato una spesa complessiva pari a 2.424.262,15 € (1.540.329,22 € nel 2011). Si tratta, pertanto, di un incremento rispetto all'esercizio precedente molto elevato, pari al 57,39%, che ha fatto attestare la suddetta spesa su valori ben superiori rispetto alle disposizioni che in precedenza sono state rappresentate.

Pertanto, il sottoscritto Procuratore Regionale chiede all'Amministrazione di attivarsi affinché tale spesa venga ricondotta entro limiti più contenuti.

Infine va osservato che la recente legge costituzionale n. 1 del 20

aprile 2012 riserva alla competenza esclusiva dello Stato l'armonizzazione di tutti i bilanci pubblici ed affida ad una legge rinforzata, cioè approvata a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera, il compito di stabilire le norme fondamentali e i criteri volti ad assicurare l'equilibrio tra le entrate e le spese dei bilanci e la sostenibilità del debito del complesso delle Pubbliche Amministrazioni.

La novella costituzionale, inoltre, stabilisce che le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione Europea, devono assicurare l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico.

In conseguenza delle modifiche costituzionali, che entreranno in vigore dall'esercizio finanziario 2014, il bilancio regionale dovrà adeguarsi alle nuove disposizioni ed attenersi ai criteri di armonizzazione contabile che verranno fissati dalla legge statale rinforzata.

Per comprendere le reali dinamiche della finanza della Regione, al fine di raggiungere l'obiettivo rappresentato dall'equilibrio del bilancio e dalla sostenibilità del debito, non si può prescindere dalla spesa sanitaria, che rappresenta la principale voce di spesa all'interno del bilancio dell'Ente.

Senza entrare nel dettaglio delle entrate e delle spese (sia in termini di competenza che di cassa), è evidente la sua rilevanza all'interno dei bilanci regionali, come rappresentato non solo dal rendiconto relativo all'esercizio finanziario 2012 ma anche da quelli degli ultimi anni.

Pertanto, il sottoscritto Procuratore, nel sottolineare la necessità, per la Regione, di tenere sotto controllo l'andamento dei principali aggregati di spesa, non può non rimarcare soprattutto la necessità di un costante monitoraggio della spesa sanitaria.

D'altronde, stante l'attuale situazione finanziaria complessiva del paese, solo con un compiuto controllo della spesa sarà possibile conseguire l'equilibrio finanziario dell'Ente.

A tal fine, anche per una riqualificazione complessiva della spesa, appare utile perseguire, sulla scia di quanto previsto per le Amministrazioni centrali, la cosiddetta tecnica della *spending review* (in via di principio un'attività di questo genere è già prevista per le Regioni dall'art. 9, commi 3 e 4, del d.l. n. 78/2009, convertito nella L. n. 102/2009).

Questa attività consiste in uno strumento di programmazione delle finanze pubbliche volto a fornire una metodologia sistematica per migliorare sia il processo di decisione delle priorità e di allocazione delle risorse, sia la prestazione delle Amministrazioni pubbliche in termini di qualità ed efficienza dei servizi offerti.

Come ultima considerazione non si può non evidenziare, al fine di un efficace controllo della spesa, la necessità, per la Regione, di avviare un processo di consolidamento dei conti che tenga in considerazione anche quelli degli enti strumentali e delle società partecipate, al fine

di fornire un quadro complessivo d'insieme della situazione finanziaria regionale.

In considerazione di quanto esposto, in relazione soprattutto a:

a) le problematiche concernenti la contabilizzazione e la verifica dei presupposti giuridici alla base dei residui, e quindi la necessità di un'attenta valutazione delle voci da conservare in bilancio in conto residui;

b) il conseguimento di un risultato economico negativo, al quale ha contribuito l'aumento, rispetto all'esercizio 2011, del totale dei costi di gestione;

c) l'informativa sugli strumenti di finanza derivata, che non risulta idonea ad offrire una prospettazione completa degli effetti delle operazioni intraprese sui conti dell'Amministrazione, senza riferimento alcuno agli effetti sul bilancio pluriennale e senza richiamo alcuno al valore stimato di estinzione delle stesse al momento della redazione del bilancio (ovvero il mark to market);

d) una diminuzione dell'avanzo di amministrazione contabile rispetto a quello conseguito nell'esercizio finanziario chiuso al 31/12/2011, ed il conseguimento, anche per l'esercizio in corso, di un disavanzo finanziario, in diminuzione rispetto all'esercizio 2011;

e) la necessità, da parte della Regione, di adeguare le disposizioni utilizzate per l'affidamento degli incarichi esterni alla disciplina di legge vigente, proseguendo, altresì, nella strada intrapresa per la riduzione di questa tipologia di spesa;

f) l'elevato livello, in crescita rispetto al 2011, della spesa sostenuta per relazioni pubbliche e rappresentanza, convegni, mostre e pubblicità;

si ritiene, comunque, conclusivamente, che le osservazioni ora formulate riguardano aspetti strutturali che, pur potendo incidere sull'andamento della finanza regionale, non influiscono negativamente ai fini del giudizio di parificazione e non determinano scompensi per gli equilibri di bilancio, anche in virtù del rispetto degli accordi relativi al patto di stabilità, l'osservanza dei principi costituzionali ed il rispetto dei vincoli di virtuosità della spesa del personale.

PQM

Il sottoscritto Procuratore Regionale della Corte dei conti per la Regione Umbria, concludendo

CHIEDE

che la Corte dei conti Sezione Regionale del Controllo per la Regione Umbria, deliberi, nel presente giudizio, la parificazione del rendiconto generale della Regione Umbria per l'esercizio finanziario 2012.

Dott. AGOSTINO CHIAPPINIELLO

MASSIME COMMENTATE

(a cura di Paola Jole Spinelli)

T.A.R. UMBRIA – 3 agosto 2012 n. 316 – *Pres. Est.* LAMBERTI – L. M. e C. C. (avv. Serano) c. Comune di Gualdo Cattaneo (avv. Figorilli) e nei confronti di L. S.

Edilizia ed urbanistica – Abusi edilizi – Ordinanza di demolizione – Unico presupposto – Esecuzione in difformità od in carenza di titolo – Legittimità.

Edilizia ed urbanistica – Abusi edilizi – Applicabilità della l.u. 17 agosto 1942, n. 1150 – Contestazione – Onere della prova – A carico del ricorrente – Sussistenza (art. 31, l.u. 17 agosto 1942, n. 1150; art. 64, comma 1, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104).

L'ordine di demolizione è atto vincolato il cui unico presupposto è costituito dalla constatata esecuzione dell'opera in difformità dal titolo abilitativo od in carenza dello stesso (1).

Spetta al ricorrente, ove contesti i presupposti di applicazione, ai sensi dell'art. 64, co. 1 c.p.a., dell'art. 31 della l.u. n. 1150/1942, fornire la prova che l'edificazione sia avvenuta anteriormente all'emanazione della legge urbanistica o che non necessiti di titolo edilizio secondo il regolamento edilizio e/o piano di fabbrica all'epoca in vigore (2).

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

(1) Conforme: TAR Umbria, 30 maggio 2012, n. 197; TAR Umbria, 11 giugno 2012, n. 205; Cons. St., sez. V, 11 gennaio 2011, n. 79; TAR Puglia, sez. III, 9 febbraio 2011, n. 240; TAR Umbria, 7 dicembre 2010, n. 522.

Difforme: TAR Lazio, sez. II, 4 dicembre 2009, n. 12544; TAR Abruzzo, L'Aquila, 17 settembre 2003, n. 799.

(Omissis) È impugnato l'ordine di demolizione notificato dal comune di Gualdo Cattaneo ai sigg.ri M. L. e C. C. per un manufatto ad uso

agricolo e varie baracche in lamiera realizzate negli immobili individuati nel N.C.T. al fg. 68 part. lle n. 611 e 612 (*ex* 321) senza titolo abilitativo e in diffinitività dall'art. 10 del Regolamento edilizio comunale di cui alla delibera consiliare n. 133 del 15.6.1954.

In conformità all'art. 77, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, va preliminarmente disattesa l'istanza in data 21 maggio 2012 di sospensione del processo, per la pendenza innanzi al Tribunale di Spoleto della querela di falso proposta dagli odierni ricorrenti sulle dichiarazioni contenute nell'atto di notorietà prodotto in data 2 agosto 2010 dal vicino sig. S. L.

Il Collegio ritiene di pronunciare indipendentemente dal documento del quale è dedotta la falsità: la controversia può essere decisa allo stato degli atti e senza avvalersi – con efficacia determinante ai fini del decidere - delle dichiarazioni contenute nell'atto di notorietà in data 28 luglio 2010 del sig. S. L., richiamato nell'impugnata ordinanza n. 25 dell'11 maggio 2011.

All'epoca e alle vicende materiali inerenti alla realizzazione del manufatto (quali l'esistenza iniziale di una tettoia per attrezzi agricoli nel 1974 con tamponatura sui lati nell'1981-1982 la realizzazione iniziale dei manufatti adiacenti nel 1991 ed ultimazione molto dopo con svariati interventi straordinari) può essere attribuito eventuale rilievo in un contenzioso civile (come quello pendente al GOT del Tribunale di Spoleto fra ricorrenti e il sig. Sisti) finalizzato a dimostrare il continuo ed ininterrotto esercizio del diritto rilevante ai fini dell'usucapione.

Agli stessi eventi, oggetto dell'atto di notorietà in data 28 luglio 2010, se pure rilevanti nell'ambito dell'affermazione del diritto dei ricorrenti a mantenere i manufatti insistenti sulla loro proprietà a fronte delle contestazioni del vicino, non è possibile attribuire influenza alcuna nel valutare il legittimo esercizio del potere di demolizione delle opere abusive da parte del comune, il cui accertamento, rimesso alla disciplina pubblicistica dell'attività edilizia, è del tutto svincolato dalle vicende inerenti la loro realizzazione e la loro persistenza nel tempo.

Data l'irrilevanza nel presente giudizio delle dichiarazioni contenute nell'atto notorio e l'ininfluenza dei fatti inerenti la realizzazione della capanna e degli altri manufatti, rimane disattesa l'istanza di sospensione del processo contenuta nell'atto depositato il 24 maggio 2012, sotto il duplice profilo della pendenza della causa di falso e del giudizio di civile pendenti innanzi al Tribunale di Spoleto.

Per le stesse ragioni sinora evidenziate va anche disatteso il secondo motivo di violazione dell'art. 3, l. n. 241/1990, dedotto sotto il profilo della mancanza di idonea motivazione sull'interesse al ripristino della legalità edilizia dopo il lunghissimo tempo trascorso (fra i quaranta e i cinquanta anni) d'inattività del comune.

Per giurisprudenza costante del Tribunale, il potere-dovere di sanzionare gli abusi edilizi non si consuma per il trascorrere del tempo, avendo i termini previsti dalla normativa in materia carattere ordinatorio (T.A.R. Umbria, 7 dicembre 2010, n. 522). L'ordine di demolizione, al pari di tutti i provvedimenti sanzionatori in materia edilizia, è atto vincolato, e quindi non richiede una specifica valutazione delle ragioni di interesse pubblico, né una comparazione di quest'ultimo con gli interessi privati coinvolti (TAR Umbria, 30 maggio 2012, n. 197).

È perciò legittima l'ordinanza di demolizione il cui presupposto, come quella impugnata, sia costituito soltanto dalla constatata esecuzione dell'opera in difformità dal titolo abilitativo od in carenza dello stesso, con la conseguenza che, ove ricorrano tali requisiti, il provvedimento è sufficientemente motivato, essendo *in re ipsa* l'interesse pubblico alla sua rimozione (TAR Umbria, 11 giugno 2012, n. 205).

Il lungo tempo trascorso dal momento della realizzazione dell'opera può assumere rilievo solamente allorché l'opera stessa sia stata ritenuta, anche implicitamente, regolare dalla stessa Amministrazione, in occasione dell'esame di precedenti pratiche edilizie, di attività di vigilanza sul territorio, o di altre attività amministrative (TAR Umbria, 21 gennaio 2010, n. 23).

Non ha perciò alcuna importanza che la capanna adibita a manufatto agricolo preesistesse da oltre cinquanta anni e che solo nel 2001 l'abuso sia stato contestato. Ed è altrettanto irrilevante che gli altri manufatti preesistessero da oltre quaranta anni, non potendo l'amministrazione abdicare alle proprie funzioni di vigilanza sulle trasformazioni del territorio (TAR Umbria, 7 dicembre 2010, n. 522).

È anche infondato il primo motivo sotto ambedue i profili addotti.

Si afferma nel primo di essi la contraddittorietà della motivazione del provvedimento che anche dopo l'annullamento dell'ordinanza n. 40/2001 con la sentenza n. 893/2007 di questo stesso Tribunale per difetto di prova certa circa l'epoca dell'abuso, avrebbe comunque ordinato nuovamente la demolizione "recuperando" le avversate dichiarazioni del vicino sig. S. L. contenute nell'atto di notorietà.

Diversamente, ritiene il Collegio che presupposto fondante l'attuale provvedimento sia il rapporto di servizio prot. n. 2714/P dell'8 marzo 2010, con cui la Polizia Municipale ha accertato il permanere delle opere precedentemente realizzate sulla proprietà dei ricorrenti: lo stato dei luoghi emerso dall'accertamento della polizia municipale originato dalla diffida-esposto n. 2260/A del 24 febbraio 2010 ha riguardo ad una situazione attuale nella quale si concretizza l'obbligo di provvedere *ex art. 27, DPR n. 380/2001*.

Stante l'idoneità della situazione di fatto in sé considerata a fare insorgere la potestà di repressione dell'abuso è del tutto ininfluyente ai

fini dell'apprezzamento dell'eccesso di potere che le circostanze di fatto menzionate nell'esposto del vicino e accertate dalla polizia siano le stesse rappresentate nell'atto di notorietà in data 28 luglio 2010 a firma dello stesso sig. S. L.

A fronte dell'attualità dell'obbligo del comune di provvedere sull'abuso tuttora persistente, non sorregge la dedotta illogicità che la precedente ordinanza n. 40/2001 di analogo contenuto sia stata annullata con la sentenza n. 897/2007 di questo Tribunale amministrativo.

Avere ritenuto in quella sede illegittimo il comportamento del comune che aveva ordinato la demolizione senza avere stabilito con certezza l'epoca di esecuzione dei manufatti e senza effettuare una propria valutazione dei "contrastanti elementi in suo possesso" non esclude che lo stesso comune possa effettuare una nuova valutazione, privilegiando l'interesse pubblico alla riqualificazione territoriale sotto la diversa angolazione del contrasto dei manufatti con l'assetto del territorio in ragione dell'intervenuto d.m. del 29 luglio 2003 che ha sottoposto la zona a vincolo paesaggistico.

Il provvedimento non può perciò definirsi illogico o contraddittorio come si afferma nel motivo in esame che va respinto anche per quanto attiene alla superfluità dei titoli edilizi dovuta all'incertezza sulla data di realizzazione dei manufatti che non potrebbero per ciò solo considerarsi abusivi.

Secondo la relazione a firma del geom. C. in data 9 novembre 2001 (doc. 13 depositato il 12 luglio 2011), dei fabbricati abusivi, il corpo "A" (cioè il capanno ad uso agricolo) è stato costruito in epoca antecedente al 1960 mentre il corpo "B" e il corpo "C" (cioè gli annessi in lamiera) risalgono ad epoca anteriore al 1967.

Alle predette strutture era perciò applicabile l'art. 31 della l.u. 1150/1942 che, nella formulazione originaria, subordinava ad apposita "licenza del podestà del comune" le nuove costruzioni edilizie, l'ampliamento di quelle esistenti o la modifica della struttura o dell'aspetto "nei centri abitati ed ove esista il piano regolatore comunale, anche dentro le zone di espansione di cui al n. 2 dell'art. 7": in assenza di tali presupposti non era necessario il titolo edilizio.

Sia nell'attuale (n. 25 dell'11/05/2011) che nel precedente (n. 40 del 4/9/2001) provvedimento di demolizione, si riconosce che l'unico dato oggettivo è l'attuale esistenza dei manufatti e la loro realizzazione in assenza di titolo autorizzativo: a fronte di questa affermazione del comune, spetta alla parte ricorrente, in applicazione dell'art. 64, c. 1, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, fornire la prova che l'edificazione era avvenuta anteriormente all'emanazione dalla legge urbanistica oppure che non necessitava di titolo edilizio secondo il regolamento edilizio e/o piano di fabbrica all'epoca in vigore.

La documentazione in atti dimostra che il corpo di fabbrica “A” in una conformazione diversa dall’attuale (privo di tamponature) esiste sin dagli anni ‘50 e che gli ulteriori corpi di fabbrica “B” e “C” (cioè gli annessi in lamiera) esistono sin dagli anni ‘60: di entrambi non è raggiunta la prova che per la loro realizzazione non fosse necessario il titolo edilizio: secondo il regolamento allora in vigore nel comune di Gualdo Cattaneo le opere edilizie, anche di “poca importanza” erano soggette a licenza del sindaco “ad eccezione delle zone rurali di cui al successivo articolo 10 per le quali non è richiesta la licenza ma è ugualmente prescritta la denuncia delle opere da eseguire da farsi con le medesime modalità”.

Anche nelle zone rurali, la liceità delle opere era perciò soggetta a denuncia al comune che parte ricorrente non ha prodotto in atti del presente giudizio, come necessario in applicazione dell’art. 64, c. 1, cod. proc. amm.. Conseguie l’infondatezza della censura d’illegittimità della demolizione in disparte ogni considerazione circa la “genuinità” dell’art. 10 del regolamento in presenza di manomissioni proprio all’indicazione dei metri di distanza dal centro abitato oltre i quali la zona è considerata rurale. (*Omissis*)

T.A.R. UMBRIA – 3 agosto 2012 n. 317 – *Pres. Est.* LAMBERTI – O. G., A.C., M.L.C. (avv. Fantusati) c. Comune di Spoleto (avv. Marcucci) e nei confronti di Provincia di Perugia.

Edilizia ed urbanistica – Pianificazione urbanistica – Scelte tecnico-discrezionali – Illogicità – Sindacabilità

Le scelte di pianificazione urbanistica sono di natura tecnico-discrezionale, sindacabile sotto il profilo della palese illogicità seguita nell’impostazione del piano (1).

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

(1) Conforme: Cons. St., sez. IV, 12 febbraio 2013, n. 826; Cons. St., sez. IV, 21 dicembre 2012, n. 6656; TAR Lazio, sez. II *bis*, 16 luglio 2012, n. 6467; TAR Umbria, 26 aprile 2012, n. 138.

(*Omissis*) È impugnata la deliberazione n. 50 del 14 maggio 2008, con la quale il comune di Spoleto ha recepito le indicazioni della provincia di Perugia ed ha espunto dalla propria cartografia la strada che dalla provinciale Ponte Bari Morgnano avrebbe portato, passando per i

terreni delle ricorrenti, ad alcune vecchie miniere da recuperare in un intento archeologico – industriale di valorizzazione del sito. È altresì impugnata la delibera consiliare n. 51 del 15 maggio 2008, con la quale è stato ignorato il tracciato stradale previsto dallo strumento urbanistico parte strutturale adottato con atto consiliare n. 107 del 25 giugno 2003. In tale sede le aree delle ricorrenti erano state classificate “MTR-C2,, zona residenziale di espansione di tipo estensivo da attuare tramite strumento di dettaglio.

Nel costituirsi in giudizio il comune di Spoleto contesta le doglianze sia per la carenza di legittimazione sia per l’infondatezza nel merito: in disparte la mancanza di prova della proprietà dei terreni interessati al tracciato della strada, le ricorrenti non sono titolari di alcuna aspettativa qualificata all’inclusione del tracciato stradale nel piano regolatore né possono vantare alcun pregiudizio dal diverso orientamento delle scelte pianificatorie. La previsione originaria del tracciato stradale, mutata in sede di approvazione definitiva dello strumento urbanistico, era, infatti, diretta in via esclusiva al fine pubblico della valorizzazione del sito archeologico – industriale delle vecchie miniere e non allo sviluppo del tracciato stradale sui terreni delle ricorrenti che ne avrebbe accresciuto il valore anche a fini edificatori.

Gli assunti del Comune devono essere condivisi e il ricorso va respinto, in disparte le questioni di legittimazione ad agire sulle quali, peraltro, le ricorrenti hanno replicato nella memoria del 12 marzo 2012.

È infatti infondato il primo profilo di censura nei confronti dell’operato del comune che, nell’adeguarsi alle direttive della Provincia avrebbe dovuto riportare il tracciato della strada nella cartografia definitiva del piano e non individuare un ambito di salvaguardia proporzionato all’interesse dell’infrastruttura all’interno del quale sviluppare il tracciato definitivo dell’infrastruttura medesima (doc. 5 dep. 5.03.2009).

Che il Comune non abbia previsto un tracciato stradale preciso e definitivo ma abbia soltanto individuato un ambito di salvaguardia per i soli terreni edificabili risponde a scelte di pianificazione urbanistica di natura tecnico discrezionale sindacabile sotto il profilo della palese illogicità seguita nell’impostazione del piano (da ult. TAR Umbria, 26 aprile 2012 n. 138). Tale non è avere escluso da specifici ambiti di tutela né i terreni che precedono quelli assoggettati a salvaguardia né quelli che li seguono, data la libertà del comune nell’operare le proprie scelte pianificatorie.

Analogamente infondato è il secondo aspetto di censura d’illegittimità del rigetto dell’osservazione proposta dalle ricorrenti perché non pertinente rispetto a quanto previsto nel piano strutturale approvato.

A fronte dell’osservazione delle ricorrenti secondo cui il reinserimento del tratto stradale nel piano operativo era la logica conseguenza

delle scelte disposte con il prg è altrettanto logico che il comune, una volta adeguatosi alle prescrizioni provinciali nell'ambito della potestà decisionale che gli è propria, abbia eccepito che l'osservazione non era pertinente rispetto a quanto previsto nel PRG parte strutturale.

Il ricorso deve essere conclusivamente respinto. La particolarità della situazione giustifica pienamente che le spese del giudizio siano compensate fra le parti. (*Omissis*)

T.A.R. UMBRIA – 3 agosto 2012 n. 318 – *Pres. Est.* LAMBERTI – P. C., G.C., A.F., P.Q., R.R., G.S., E.S. (avv. Tonelli e avv. Papa Malatesta) c. Comune di Terni (avv. Gennari) e nei confronti di Ina Assitalia Spa (avv. Santarelli)

Atto amministrativo – Procedimento amministrativo – Regole tecniche o dei canoni di diligenza e prudenza – Inosservanza della p.a. – Domanda di risarcimento del danno – Competenza a.g.o. – Assistenza.

Atto amministrativo – Illegittimità – Danno immediato e diretto – Domanda di risarcimento – Giurisdizione g.a. in via esclusiva – Assistenza.

Va denunciata dal privato dinanzi al g.o. la domanda volta a conseguire la condanna della p.a. al risarcimento del danno patrimoniale per l'inosservanza da parte della p.a. delle regole tecniche, ovvero dei canoni di diligenza e prudenza nella gestione e manutenzione dei beni che ad essa appartengono (1).

Anche in vigenza del nuovo c.p.a. è stato ribadito che l'attrazione della tutela risarcitoria nella giurisdizione esclusiva del g.a. può verificarsi solo nel caso in cui il danno patito dal ricorrente sia conseguenza immediata e diretta dell'illegittimità dell'atto impugnato (2).

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

- (1) **Conforme:** Cass. civ., sez. un. 14 marzo 2011, n. 5926; Cass. civ., sez. un. 2 dicembre 2011, n. 25764.
- (2) **Conforme:** Cass. civ., sez. un. 23 marzo 2011, n. 6594; Cass. civ. sez. un., 23 marzo 2011, n. 6595; Cass. civ., sez. un., 23 marzo 2011, n. 6596.

(*Omissis*) Con la sentenza n. 2/2011, il Tribunale regionale delle

acque pubbliche precedentemente adito, con ha rigettato la domanda attorea nei confronti di E.ON Produzione s.p.a. e ha dichiarato il difetto di giurisdizione in favore del Tribunale amministrativo regionale dell'Umbria relativamente alle domande risarcitorie nei confronti del comune di Terni. Nelle conclusioni dell'atto di riassunzione i ricorrenti chiedono la condanna del comune di Terni, previo accertamento della responsabilità a suo carico dei gravi danni agli immobili di loro proprietà, ai danni subiti nella misura in appresso specificata, precisamente, € 245.238,68 per quanto riguarda i danni subiti dal sig. C.P., € 218.404,85 per quanto riguarda i danni subiti dal sig. C.G., € 230.193,95 per quanto riguarda i danni subiti dal sig. F.A., € 502.314,09 per quanto riguarda i danni subiti dal sig. R.R., € 546.248,8 per quanto riguarda i danni subiti dalle sigg.re Q.P. e S-G. e € 385.158,74 per quanto riguarda i danni subiti dalla sig.ra S.E.

È perciò materia del contendere il ristoro dei pregiudizi subiti dalle abitazioni dei ricorrenti, proprietari o usufruttuari di fondi o edifici prospicienti il lago di Piediluco, per effetto di vistosi e massicci fenomeni franosi dovuti in parte ai lavori di realizzazione di un percorso pedonale eseguito dal comune di Terni lungo il lago negli anni 2003 e 2004 che ha comportato un vistoso incremento dei carichi agenti lungo la riva del lago per i riporti di tonnellate di pietrame e in parte allo sfruttamento delle acque del lago per la produzione elettrica da parte di Enel S.p.a. ora E.ON Produzione S.p.a. che ha cagionato un aumento della velocità di variazione del livello del lago da cui sono scaturiti moti di infiltrazione che hanno determinato i movimenti franosi, a loro volta, fonte delle lesioni riscontrate. Secondo i loro assunti, gli edifici e i fondi appartenenti agli odierni istanti avrebbero subito gravissimi danni tali da comprometterne addirittura la statica consistenti in fratture alla strutture murarie, cedimenti delle pavimentazioni, deformazioni con perdita di funzionalità nelle porte e finestre, oltre che danni ai giardini, ai muri di cinta e ai pavimenti esterni: tanto sarebbe risultato da consulenza redatta da un tecnico di parte, l'ing. M.C. e da un accertamento tecnico preventivo ad opera del perito d'ufficio, geom. S.D.L. nel corso del giudizio promosso al Tribunale regionale delle acque pubbliche che avrebbe confermato integralmente le cause di danno stabilite dal perito di parte e ha individuato una copiosa serie di concause del fenomeno franoso.

Ritiene il Collegio che la presente controversia debba essere devoluta alla giurisdizione ordinaria, precisamente alla cognizione del tribunale civile di Terni.

Secondo una costante giurisprudenza delle sezioni unite della Corte di cassazione, va denunciata dal privato dinanzi al giudice ordinario la domanda volta a conseguire la condanna della p.a. al risarcimento del

danno patrimoniale, per inosservanza da parte della p.a. delle regole tecniche, ovvero dei canoni di diligenza e prudenza nella gestione e manutenzione dei beni che ad essa appartengono, giacché la domanda non investe scelte e atti autoritativi dell'Amministrazione, ma attività soggetta al rispetto del principio del "*neminem laedere*" (Cass., sez. un., 2 dicembre 2011, n. 25764; 23 marzo 2011, n. 6595; 14 marzo 2011, n. 5926). Anche in vigenza del nuovo codice del processo amministrativo è stato invero ribadito che l'attrazione della tutela risarcitoria nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo può verificarsi esclusivamente qualora il danno patito dal soggetto che ha impugnato l'atto sia conseguenza immediata e diretta della illegittimità dell'atto impugnato. Il risarcimento del danno ingiusto, infatti, non costituisce una materia di giurisdizione esclusiva, bensì uno strumento di tutela ulteriore e di completamento rispetto a quello demolitorio (Cass., sez. un., 23 marzo 2011, n. 6594).

L'irriferevolezza dell'evento dai quali si assume maturato il danno risarcibile ad eventuali atti o provvedimenti dell'amministrazione locale non è dato evincere soltanto dagli scritti difensivi dei ricorrenti e del comune intimato ma anche dalle conclusioni espresse nella perizia dell'ing. M.C., prodotta dagli stessi ricorrenti, nella quale si afferma che l'insorgere dei fenomeni franosi è stato determinato dalla realizzazione del percorso pedonale sul lungolago, senza fare riferimento specifico a qualsivoglia atto o provvedimento al quale imputare la realizzazione di un'opera pubblica purchessia. Con ogni probabilità l'individuazione del Tar Umbria quale giudice competente da parte del Tribunale regionale delle acque pubbliche di Roma è da ascrivere alle difese del comune di Terni, condivise dal Tribunale regionale, circa la competenza esclusiva del giudice amministrativo in materia di violazioni edilizie e urbanistiche che si sarebbero manifestate con la realizzazione della passerella sul lungolago.

In disparte ogni riserva sull'esclusione dalla giurisdizione del TRAP dei pregiudizi derivanti dalla realizzazione di opere diverse da quelle idrauliche ma tuttavia comunque influenti sul regime delle acque, osserva il Collegio che il *petitum* del presente giudizio non concerne la violazione delle regole edilizie e urbanistiche ma si prospetta come meramente risarcitorio di un comportamento asseritamente negligente dell'amministrazione locale dalla cui *causa petendi* esula totalmente la disamina di situazioni giuridiche aventi consistenza di interesse legittimo. Oggetto di domanda non è certo l'accertamento di violazioni attinenti al corretto esercizio dello *jus aedificandi* né di possibili violazioni procedurali da cui far discendere l'eventuale nullità / annullabilità di un provvedimento dell'amministrazione sebbene la sola e più semplice ricerca del nesso causale o concausale fra il prodursi dell'evento danno-

so (le fessurazioni agli edifici e ai terreni dei ricorrenti) e l'azione della p.a. considerata produttiva del danno di cui si chiede l'accertamento di un diritto soggettivo al risarcimento. Ciò che manca, conclusivamente è un provvedimento impugnato dalla cui illegittimità far derivare la concentrazione della tutela risarcitoria dinanzi al g.a. che si verifica soltanto qualora il danno patito dal soggetto sia conseguenza immediata e diretta della dedotta illegittimità del provvedimento che lo stesso ha impugnato (Cons. St., sez. IV, 4 febbraio 2011, n. 804). Secondo la costante giurisprudenza del giudice amministrativo la giurisdizione si determina in base all'intrinseca natura della posizione soggettiva dedotta in giudizio: quando il privato agisce in giudizio per ottenere il risarcimento del danno non riconducibile a provvedimenti emessi dalla p.a. nell'esercizio del pubblico potere ma derivante da una situazione di mero fatto creatasi per effetto dell'attività della p.a. medesima, asseritamente lesiva del diritto soggettivo di proprietà, sussiste la giurisdizione del giudice ordinario (Cons. St., sez. IV, 13 marzo 2009, n. 1521).

Sul ricorso in premesse deve essere conclusivamente dichiarato il difetto di giurisdizione in favore del Tribunale ordinario di Terni.

Le spese di giudizio devono compensarsi in relazione all'incertezza sulla giurisdizione e all'ascrivibilità al TRAP dell'indicazione della giurisdizione del giudice amministrativo. (*Omissis*)

LA TRASCRIZIONE TARDIVA DEL MATRIMONIO

SOMMARIO: 1. *Matrimonio e autonomia privata*. – 2. *Principio volontaristico*. – 3. *Ipotesi d'intrascrivibilità*. – 4. *Retroattività e tutela dei terzi*.

1. *Matrimonio e autonomia privata*.

La possibilità di contrarre matrimonio costituisce espressione dei principi di libertà e di autonomia della persona, cui l'ordinamento civile appresta adeguata tutela anche a mezzo della previsione e disciplina di presupposti e forme volti a rendere l'atto valido ed efficace ⁽¹⁾.

L'origine della competenza, in capo alla norma civile, a disciplinare l'istituto del matrimonio è storicamente rinvenibile in epoca rivoluzionaria francese: per la prima volta nel contesto europeo, infatti, l'autorità statale sottrae competenze le quali erano, sino a quel momento, ritenute esclusive *Ecclesiae auctoritatis*. Con la legislazione francese di suddetto periodo la competenza, in materia sia di stato civile che di diritto matrimoniale, viene quindi estesa dall'esclusività del *Codex juris canonici* alla norma civile ⁽²⁾.

L'ordinamento canonico mantiene oggi, tuttavia, la regolamentazione di un proprio matrimonio, conservandone la propria relativa giurisdizione ⁽³⁾.

⁽¹⁾ Cfr. CHERTI, *Sull'inammissibilità della trascrizione post mortem del matrimonio canonico* (nota a Cass., 4 maggio 2010, n. 10734), in *Fam. pers. succ.*, 2011, 278.

⁽²⁾ Cfr. BIANCA, *Diritto civile, 2, La famiglia. Le successioni*, 4^a ed., Milano, 2005, 41; FINOCCHIARO, *Matrimonio (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, 808; ID., *Il matrimonio nel diritto canonico*, Bologna, 1995, 20 s.; FERRANDO, *Il matrimonio*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2002, 22 ss.; BIANCHINI, *Brevi riflessioni critiche sull'inammissibilità della trascrizione post mortem del matrimonio canonico*, in *Dir. fam. pers.*, 2007, 1960 s.

⁽³⁾ V. in proposito Cass., 19 settembre 2001, n. 11751, in *Corr. giur.*, 2001, 1583,

La regola di totale esclusività, secondo cui l'ordinamento statale considera valido ed efficace il solo matrimonio civile (celebrato nella casa comunale dinanzi all'ufficiale di stato civile), mentre per l'ordinamento religioso ha rilievo esclusivo quello celebrato secondo le regole del codice di diritto canonico, in Italia era in vigore a partire dal codice del 1865: il matrimonio religioso assumeva, pertanto, i caratteri di fatto privato, senza alcuna rilevanza giuridica per l'ordinamento civile⁽⁴⁾.

Con il Concordato lateranense dell'11 febbraio 1929⁽⁵⁾ prende vita il c.d. matrimonio concordatario⁽⁶⁾, a mezzo del quale lo Stato italiano riconosce piena efficacia al matrimonio celebrato innanzi ad un ministro di culto cattolico, purché a fronte della trascrizione dell'atto nei registri di stato civile: al fine di rendere valido anche *in facie Status* il matrimonio religioso è indispensabile, pertanto, sia una volontà dei nubendi in tal senso⁽⁷⁾, sia che l'atto matrimoniale rispetti le condizioni richieste per essere valido anche agli effetti civili⁽⁸⁾.

la quale chiarisce infatti come, tra un procedimento di verifica di esistenza o meno di matrimonio concordatario (celebrato di fronte ai tribunali ecclesiastici), ed uno relativo allo scioglimento del matrimonio avente anche effetti civili (celebrato davanti al tribunale civile ordinario), trattandosi di «procedimenti autonomi, non solo sfocianti in decisioni di diversa natura (e con peculiare e specifico rilievo in ordinamenti diversi, tanto che la decisione ecclesiastica solo a seguito di giudizio eventuale di delibazione, e non automaticamente, può produrre effetti nell'ordinamento italiano), ma anche aventi finalità e presupposti differenti», non vi è alcun nesso di pregiudizialità.

⁽⁴⁾ Cfr. GANGI, *Il matrimonio*, 3^a ed., Milano, 1953, 206 il quale evidenzia che «il matrimonio puramente canonico, sprovvisto cioè di effetti civili, pur essendo possibile anche oggi, non ha per lo Stato alcuna rilevanza giuridica, così come per la Chiesa non ha alcuna rilevanza il matrimonio puramente civile».

⁽⁵⁾ Cfr. la l. 27 maggio 1929, n. 810, «Esecuzione del Trattato, dei quattro allegati annessi e del Concordato, sottoscritti in Roma, fra la Santa Sede e l'Italia, l'11 febbraio 1929», pubblicata in G.U. 5 giugno 1929, n. 130, nonché la l. 27 maggio 1929, n. 847, «Disposizioni per l'applicazione del Concordato dell'11 febbraio 1929 fra la S. Sede e l'Italia, nella parte relativa al matrimonio», pubblicata in G.U. 8 giugno 1929, n. 133.

⁽⁶⁾ BIANCA, *Diritto civile*, 2, *La famiglia. Le successioni*, cit., 41 s.; FINOCCHIARO, *Matrimonio concordatario*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, 846 ss.; MONETA, *Matrimonio concordatario*, in *Digesto civ.*, XI, Torino, 1994, 281 ss.; COLELLA, *Il matrimonio celebrato davanti ai ministri del culto cattolico e delle confessioni religiose acattoliche*, in *Tratt. Rescigno*, II, 1, 2^a ed., Torino, 1999, 791 ss.; DOMIANELLO, *I matrimoni «davanti a ministri di culto»*, in *Tratt. Zatti*, I, 1, Milano, 2002, 423 ss.; DI ROSA, *Art. 82 – Matrimonio celebrato davanti a ministri del culto cattolico*, in *Comm. Gabrielli, Della famiglia*, I, Torino, 2010, 41 ss.

⁽⁷⁾ CHERTI, *Sull'inammissibilità della trascrizione post mortem del matrimonio canonico*, cit., 279.

⁽⁸⁾ V. in proposito GANGI, *Il matrimonio*, cit., 215, nonché FINOCCHIARO, *Matrimonio concordatario*, cit., 852.

In particolare, l'Accordo di revisione del 1984 ⁽⁹⁾ ha poi imposto, rispetto a quanto prescritto con la precedente disciplina, non solo che la volontà degli sposi, di attribuire effetti civili al proprio matrimonio religioso, sia comune, ma anche attuale ⁽¹⁰⁾.

Nella generalità dei casi tale volontà comune ed attuale è desumibile dall'ottemperamento agli adempimenti, di tipo civilistico, sia anteriori che contestuali alla celebrazione canonica (tra cui l'istanza di pubblicazioni, l'ottenimento di nulla osta, etc.) ⁽¹¹⁾; la medesima volontà dovrà, pertanto, espressamente dichiararsi nell'ipotesi in cui tali adempimenti non vengano effettuati, ovvero lo siano, ma in maniera non corretta ovvero incompleta. Come osservato dalla dottrina sono, in tal modo, tutelati sia il principio di libertà matrimoniale che quello di libertà religiosa. Infatti: quanto al primo profilo, nessun soggetto si trova matrimonialmente vincolato sotto il profilo civilistico senza che abbia espresso volontà in tal senso; d'altra parte, ai cittadini di confessione cattolica viene consentito, seppure in presenza di particolari circostanze, di celebrare un matrimonio il quale possa ritenersi valido ai soli fini religiosi ⁽¹²⁾ e, in tal caso, l'atto relativo alla celebrazione meramente canonica dovrà considerarsi regolato dalle sole norme di diritto canonico.

Ove si tratti, invece, di rito concordatario, nel momento immediatamente successivo alla celebrazione il ministro di culto illustra alla coppia – a mezzo della lettura degli artt. 143, 144 e 147 c.c. ⁽¹³⁾ –, già unita religiosamente, gli effetti civili che l'atto andrà ad esprimere una volta che sia stato trascritto nei registri di stato civile ⁽¹⁴⁾; la presa d'atto delle

⁽⁹⁾ Si è avuta profonda revisione dei Patti Lateranensi con l'Accordo di Villa Madama stipulato, il 18 febbraio 1984, tra Governo italiano e Santa Sede (ratificato con l. 25 marzo 1985, n. 121), avente ad oggetto «Ratifica ed esecuzione dell'accordo, con protocollo addizionale, firmato a Roma il 18 febbraio 1984, che apporta modificazioni al Concordato lateranense dell'11 febbraio 1929, tra la Repubblica italiana e la Santa Sede». Nello specifico, il matrimonio concordatario è disciplinato dall'art. 8 di predetta legge, nonché dall'art. 4 del Protocollo addizionale, il quale costituisce parte integrante dell'Accordo.

⁽¹⁰⁾ CHERTI, *Sull'inammissibilità della trascrizione post mortem del matrimonio canonico*, cit., 278.

⁽¹¹⁾ Al termine della celebrazione, istanza di trascrizione da parte del parroco.

⁽¹²⁾ Cfr. sul punto MONETA, *Matrimonio concordatario*, cit., 283; COLELLA, *Il matrimonio celebrato*, cit., 820; BORTOLOTTI, *La formazione degli effetti civili del matrimonio nel regime concordatario italiano*, Roma, 1956, 7 ss. e 84 ss.; DI ROSA, *Art. 82 – Matrimonio celebrato davanti a ministri del culto cattolico*, cit., 41 s.

⁽¹³⁾ V. l'art. 8 dell'Accordo, il quale afferma testualmente che «subito dopo la celebrazione, il parroco o il suo delegato spiegherà ai contraenti gli effetti civili del matrimonio, dando lettura degli articoli del codice civile riguardanti i diritti e i doveri dei coniugi, e redigerà quindi, in doppio originale, l'atto di matrimonio, nel quale potranno essere inserite le dichiarazioni dei coniugi consentite secondo la legge civile».

⁽¹⁴⁾ L'atto, formato dal celebrante e sottoscritto da sposi e testimoni viene trasmesso,

norme concernenti diritti e doveri dei coniugi di fronte allo Stato conferma, quindi, la volontà degli sposi di non limitare la portata dell'atto, dai medesimi compiuto, al profilo meramente religioso quanto, piuttosto, di attribuirgli rilevanza anche nell'ordinamento statale ⁽¹⁵⁾.

Può dirsi pertanto che l'ordinamento giuridico italiano prevede, essenzialmente ⁽¹⁶⁾, due modelli di matrimonio ⁽¹⁷⁾: a) civile, interamente

entro cinque giorni, all'ufficiale di stato civile ai fini della trascrizione, con conseguente efficacia costitutiva – retroattiva al giorno della celebrazione: v. sul punto FERRANDO, *Il matrimonio*, cit., 419 – del vincolo nell'ordinamento civile; l'ufficiale di stato civile effettua, a sua volta, la trascrizione entro ventiquattro ore dal ricevimento dell'atto, dandone successivamente notizia al parroco: cfr. art. 8 dell'Accordo.

⁽¹⁵⁾ In ogni caso, l'eventuale mancata lettura degli articoli del codice da parte del ministro di culto non costituisce, di per sé, impedimento alla trascrizione: cfr. CHERTI, *Sull'inammissibilità della trascrizione post mortem del matrimonio canonico*, cit., 279, nt. 12.

⁽¹⁶⁾ In dottrina vi è stato ampio dibattito in ordine ad una corretta qualificazione del matrimonio concordatario (in termini, alternativamente, di tipo, modello, ovvero forma matrimoniale): v. per tutti le osservazioni di PUNZI, *Due modelli di matrimonio*, in SPINELLI, DALLA TORRE (a cura di), *Matrimonio concordatario e giurisdizione dello Stato*, Bologna, 1987, 29 s. L'Autore ritiene debba considerarsi «innegabile che in Italia esista un “matrimonio concordatario”, non solo come fenomeno giuridico e sociale immediatamente verificabile a livello di previsione pattizia e normativa, ma come fonte inesauribile di problemi ideologici e politici. Assai meno ovvio, tuttavia, è che esista un modello legislativo di matrimonio concordatario, diverso da quello civile e canonico». Sul punto v. anche DOMIANELLO, *I matrimoni «davanti a ministri di culto»*, in *Tratt. dir. fam.* diretto da Zatti, I, 1, Milano, 2002, 202 ss., il quale: a) sottolinea (203) i limiti delle locuzioni «matrimonio civile» e «matrimonio religioso riconosciuto», affermando che del «modello legale che si suole indicare con l'espressione generica “matrimonio civile” – e che invece sarebbe forse più esatto indicare come “matrimonio civile laico” – i nubendi possono scegliere di non avvalersi, non solo esercitando la loro libertà coniugale in forma negativa (ossia, non sposandosi), ma anche esercitando nel matrimonio quelle forme di libertà positiva ammesse nel nostro ordinamento in forza delle leggi speciali richiamate dagli artt. 82 e 83 c.c.»; b) individua (356 s.) nella disciplina dettata dalla l. 24 giugno 1929, n. 1159 il «“modello base” di matrimonio non-laico» nel quale «la caratterizzazione religiosa pur venendo già riconosciuta come eccezionalmente produttiva di effetti giuridici nello Stato, si manifesta tuttavia nella versione minima [...] di una deroga alla laicità della mera forma celebrativa (o rituale) richiesta di regola dalla legge italiana per la validità dei matrimoni civili»; c) affianca (411 s.) al “modello base”, da un lato, con «modifiche al modello matrimoniale istituito dalla legislazione sui culti ammessi», il matrimonio disciplinato dalle leggi “sulla base di intese” ex art. 8 Cost. e, dall'altro, il matrimonio c.d. concordatario, cioè a dire (423) «l'unico dei matrimoni civili a confessionalità “nominata” la cui disciplina presenta – oltre ai tratti di debole specificità, che devono ritenersi comuni a tutti i modelli di nozze civili non-laiche – anche tratti di forte specificità, ossia, un sostanziale supplemento di benefici esclusivamente proprio». *Contra*, BOTTA, *Il matrimonio concordatario*, in *Trattato Bessone*, IV, 1, Torino, 1999, 24, il quale sostiene come con la revisione del 1984 lo Stato abbia riconosciuto il matrimonio canonico solo in termini di forma matrimoniale volta a consentire l'accesso allo stato di coniugio, pertanto una mera celebrazione religiosa, analoga in quanto tale a quelle previste dalle intese di cui all'art. 8 Cost.

⁽¹⁷⁾ V. sul punto FLORIS, *Matrimonio concordatario: le aperture delle corti di le*

disciplinato dalle leggi dello Stato; *b*) canonico con effetti civili (celebrato in forma concordataria o meno, purché trascritto), la disciplina del cui atto negoziale è rimessa alla normativa canonica ⁽¹⁸⁾.

Vi sono inoltre riti i quali, seppure celebrati in conformità ad alcune confessioni religiose diverse dalla cattolica danno luogo, tuttavia, ad atto matrimoniale interamente disciplinato dalla norma civile: si tratta di figure matrimoniali disciplinate dalle leggi di approvazione delle Intese stipulate tra Stato italiano e confessioni religiose diverse dalla cattolica, in ottemperanza all'art. 8 Cost. ⁽¹⁹⁾ nonché, in via residuale,

gittimità alla rilevanza civile dei contenuti canonici del matrimonio, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1, 2002, 116, la quale, con riferimento ai distinti ambiti disciplinari (canonico e civile) del matrimonio sottolinea che «i due schemi normativi non difettano di elementi strutturali e/o punti di partenza comuni. A cominciare da quelli più risalenti nel tempo, com'è il caso del carattere monogamico dell'unione coniugale. Per arrivare a quelli di più recente maturazione e valorizzazione, come può dirsi per la sanzione giuridica della consapevolezza del consenso matrimoniale, della parità tra i coniugi in ordine ai diritti-doveri che derivano dal matrimonio, e soprattutto della rappresentazione dello stesso matrimonio come "consorzio di vita" (can. 1055). Resta fermo, tuttavia, che la gran parte di questi elementi comuni hanno valenza e sviluppo differenti nei due ordinamenti in questione».

⁽¹⁸⁾ IANNACCONE, *Ancora sulla trascrizione post mortem del matrimonio canonico* (nota ad App. Milano, 20 febbraio 2007), in *Fam. dir.*, 2007, 1028. Ma v. anche PUNZI, *Due modelli di matrimonio*, cit., 11 ss., nonché FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, 9^a ed., Bologna, 2003, 447. Ridimensiona invece gli aspetti innovativi della revisione del Concordato SPINELLI, *Il matrimonio nei nuovi accordi tra Stato e Chiesa*, in UNIONE GIURISTI CATTOLICI ITALIANI (a cura di), *I nuovi accordi fra Stato e Chiesa* (Atti del XXXVI Convegno nazionale di studio, Roma, 6-8 dicembre 1985), Milano, 1986, 74 s., secondo il quale è da rilevarsi una sostanziale coerenza tra i due assetti normativi del 1929 e del 1984-5: «l'Accordo odierno non è un nuovo Concordato ed in particolare non si è dinanzi ad un nuovo matrimonio concordatario, perché le modifiche apportate [...] conservano integra la logica dell'istituto [...]. Si è soltanto di fronte [...] ad un'armonizzazione del matrimonio concordatario del 1929 ai principi costituzionali».

⁽¹⁹⁾ Tra le leggi di approvazione delle Intese stipulate tra Stato e Confessioni religiose diverse dalla cattolica, v.: l. 11 agosto 1984, n. 449 («Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e le chiese rappresentate dalla Tavola Valdese»); l. 2 novembre 1988, n. 516 («Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l'Unione italiana delle Chiese cristiane avventiste del 7° giorno»); l. 22 novembre 1988, n. 517 («Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e le Assemblee di Dio in Italia»); l. 8 marzo 1989, n. 101 («Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l'Unione delle Comunità ebraiche italiane»); l. 12 aprile 1995, n. 116 («Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l'Unione Cristiana Evangelica Battista d'Italia»); l. 29 novembre 1995, n. 520 («Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e la Chiesa Evangelica Luterana in Italia»). Rimangono ancora in attesa di legge di approvazione le Intese firmate dalla Repubblica italiana il 4 aprile 2007 con le seguenti confessioni: Tavola Valdese (modifica); Unione delle Chiese Cristiane Avventiste del 7° giorno (modifica); Chiesa Apostolica in Italia, con la Chiesa di Gesù Cristo dei Santi degli ultimi giorni; Congregazione cristiana dei testimoni di Geova; Sacra Arcidiocesi d'Italia ed Esarcato per l'Europa meridionale; Unione Buddhista Italiana; Unione Induista Italiana.

dalla l. 24 giugno 1929, n. 1159 («Disposizioni sull'esercizio dei culti ammessi nello Stato e sul matrimonio celebrato davanti ai ministri di culto medesimi») ⁽²⁰⁾.

La circostanza che tali figure matrimoniali religiose siano interamente sottoposte alla norma civile costituisce un importante elemento distintivo rispetto al matrimonio concordatario il quale si caratterizza, oltre che per gli elementi tipici che ne caratterizzano il momento genetico, anche per la possibilità «di dare ingresso civile alle sanzioni canoniche di nullità» ⁽²¹⁾. Infatti, l'art. 8 dell'Accordo di Villa Madama, unitamente al punto n. 4 del Protocollo addizionale, da una parte riconosce «gli effetti civili ai matrimoni contratti secondo le norme del diritto canonico» mentre dall'altra determina, a mezzo della delibazione ai fini del riconoscimento civile delle «sentenze di nullità di matrimonio pronunciate dai tribunali ecclesiastici» (cfr. art. 8, n. 2 dell'Accordo), i lineamenti di un «matrimonio confessionalmente assistito in cui la rilevanza nel diritto civile della disciplina religiosa» investe «oltre la costituzione dell'atto anche le vicende modificative ed estintive dell'atto e del rapporto matrimoniale» ⁽²²⁾.

Come già in parte anticipato, gli effetti civili dell'atto matrimoniale canonico sono subordinati all'espletamento di alcuni adempimenti, facenti capo al ministro di culto e, solo in minima parte, all'ufficiale di stato civile ⁽²³⁾. Gli adempimenti concordatari incombenti sul ministro di culto trovano epilogo con l'istanza di trascrizione – effettuata per iscritto «dal parroco del luogo dove il matrimonio è stato celebrato, non oltre cinque giorni dalla celebrazione» ⁽²⁴⁾ – dell'atto matrimoniale canonico ⁽²⁵⁾:

⁽²⁰⁾ Così IANACCONE, *Ancora sulla trascrizione post mortem del matrimonio canonico*, cit., 1028.

⁽²¹⁾ Cfr. FLORIS, *Matrimonio concordatario: le aperture delle corti di legittimità alla rilevanza civile dei contenuti canonici del matrimonio*, cit., 116.

⁽²²⁾ Cfr. DOMIANELLO, DIENI, *La patologia dei «matrimoni confessionalmente assistiti»*, in SICCHIERO (a cura di), *Separazione, divorzio, annullamento*, Bologna, 2005, 294.

⁽²³⁾ Cfr. art. 8, n. 1 dell'Accordo di revisione. In dottrina, sul punto, MONETA, *Matrimonio religioso e ordinamento civile*, 3^a ed., Torino, 2002, 29; FERRANDO, *Il matrimonio*, cit., 412.

⁽²⁴⁾ Cfr. Art. 8, n. 1, 4^o comma dell'Accordo.

⁽²⁵⁾ Secondo MONETA, *Matrimonio religioso e ordinamento civile*, cit., 53, deve considerarsi sufficiente che entro i cinque giorni l'istanza di trascrizione sia spedita.

Secondo Trib. Udine, 16 febbraio 1970, in *Dir. eccl.*, 1970, II, 95, ove il parroco ometta di effettuare tale istanza, deve ritenersi applicabile per via analogica l'art. 132 c.c.: vi sarà pertanto pronuncia, da parte del Tribunale, di sentenza che tenga luogo dell'atto di matrimonio non trasmesso dal parroco all'ufficiale di stato civile. Cfr. in proposito, inoltre, App. Cagliari, 30 luglio 1980, in *Riv. not.*, 1982, 80, il quale sottolinea come la trasmissione dell'atto di matrimonio da parte del parroco all'ufficiale di stato civile debba considerarsi in termini d'implicita attestazione

suddetta istanza, presentata all'ufficiale di stato civile del comune nel cui territorio il matrimonio è celebrato, deve inoltre considerarsi atto dovuto, al fine di non incorrere in possibili conseguenze di carattere sia civile ⁽²⁶⁾ che penale ⁽²⁷⁾.

Ove effettuata entro i cinque giorni dalla celebrazione canonica, la trascrizione c.d. tempestiva ⁽²⁸⁾ costituisce il culmine del procedimento volto a perfezionare il matrimonio concordatario ⁽²⁹⁾, affinché il medesimo risulti valido anche agli effetti civili ⁽³⁰⁾. In assenza di suddetta tempestività ⁽³¹⁾, è aperta la possibilità di effettuare istanza di trascrizione c.d. tardiva ⁽³²⁾.

2. Principio volontaristico.

Già nel 1929 il Concordato Lateranense prevedeva, all'art. 14, la possibilità di una trascrizione tardiva del matrimonio ⁽³³⁾: in ogni tempo, e a chiunque ne avesse interesse, veniva attribuito il diritto di effettuare

sia di regolarità della celebrazione che di eventuali negozi alla medesima collegati (relativi, ad esempio, alla scelta del regime patrimoniale).

⁽²⁶⁾ Sul punto CARDIA, *Manuale di diritto ecclesiastico*, 2^a ed., Bologna, 1999, 448; ma v. anche DALLA TORRE, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, 2^a ed., Torino, 2002, 132.

⁽²⁷⁾ In tal senso MAGNI, *Gli effetti civili del matrimonio canonico*, Padova, 1965, 96 ss. Cfr. anche MONETA, *Matrimonio religioso e ordinamento civile*, cit., 44 s.; nonché FERRANDO, *Il matrimonio*, cit., 417. *Contra*, MANCUSO, *In tema di impugnazione della trascrizione del matrimonio canonico contenuta in forza di un atto falso*, in *Dir. eccl.*, 2003, II, 275 s.

⁽²⁸⁾ In ordine al procedimento volto alla trascrizione v. per tutti SARACENI, UCCELLA, *Trascrizione del matrimonio. I) Trascrizione del matrimonio canonico*, in *Enc. giur.*, XXXI, Roma, 1994, 1 ss.

⁽²⁹⁾ V. CARDIA, *Manuale di diritto ecclesiastico*, cit., 448.

⁽³⁰⁾ Così FIORAVANTI, *Nullità della trascrizione del matrimonio canonico ed inefficacia «riflessa» delle convenzioni matrimoniali*, in *Dir. fam.*, 2002, 830.

⁽³¹⁾ V. MONETA, *Matrimonio religioso e ordinamento civile*, cit., 74 ss.; DOMIANELLO, *Il matrimonio «davanti a ministri di culto»*, cit., 441 ss.

⁽³²⁾ Le modalità di richiesta della trascrizione tardiva sono previste dall'art. 8 della citata legge n. 121/1985, nonché individuate, sotto il profilo strettamente amministrativo, nella Formula n. 73 del decreto del Ministero dell'Interno del 5 aprile 2002. Per ciò che concerne la prima norma, è previsto che la trascrizione possa effettuarsi «anche posteriormente [ai cinque giorni dalla celebrazione] su richiesta dei due contraenti, o anche di uno di essi, con la conoscenza e senza l'opposizione dell'altro» (art. 8, n. 1, 6° comma, l. n. 121/1985). Quanto alla Formula n. 73 del d.m. 5 aprile 2002, è previsto che la richiesta di trascrizione agli effetti civili del matrimonio celebrato in forma canonica possa essere richiesta in 7 modalità differenti: 1) in forma scritta, con sottoscrizione di entrambi i contraenti, fatta pervenire all'Ufficiale dello Stato Civile; 2) in forma scritta, con sottoscrizione di entrambi i contraenti, presentata personalmente all'Ufficiale dello Stato Civile, da uno o da entrambi gli sposi; 3) in forma scritta, con sottoscrizione di uno dei contraenti, fatta pervenire ovvero prodotta personalmente all'Ufficiale dello Stato Civile e con atto di consenso

la relativa istanza; una tale previsione tuttavia costitutiva – a parere di chi scrive – il risultato di una mala interpretazione della *ratio* del conferimento di «maggiori stabilità e certezza possibili» al matrimonio che, celebrato in forma canonica, diveniva in tal modo suscettibile di riconoscimento *in facie Status* anche a costo di ledere i principi di libertà ed autonomia dei soggetti contraenti.

A seguito della revisione concordataria del 1984 (che si sovrappone, sul punto, a quanto disposto dall'art. 14, l. 27 maggio 1929, n. 847⁽³⁴⁾) è aperta la possibilità, a fronte della esclusiva, comune ed attuale richiesta dei contraenti, di una trascrizione tardiva del proprio matrimonio canonico: l'Accordo di revisione ha, in sostanza, provveduto a modificare il regime di efficacia civile del matrimonio cattolico in direzione

alla trascrizione sottoscritto dall'altro contraente, fatto pervenire ovvero prodotto personalmente all'Ufficiale dello Stato Civile; 4) in forma scritta, con sottoscrizione di uno dei contraenti, fatta pervenire ovvero prodotta personalmente all'Ufficiale dello Stato Civile e con atto, a sua volta fatto pervenire ovvero prodotto personalmente all'Ufficiale dello Stato Civile, del contraente medesimo, il quale comunica all'altro contraente la volontà di far trascrivere l'atto di matrimonio; 5) personalmente (cioè verbalmente) all'Ufficiale dello Stato Civile da entrambi i contraenti: in questo caso l'atto di matrimonio trascritto dovrà essere sottoscritto da tutti gli intervenuti; 6) personalmente (cioè verbalmente) all'Ufficiale dello Stato Civile da uno dei contraenti e con atto di consenso alla trascrizione dell'altro contraente, fatto pervenire ovvero personalmente prodotto all'Ufficiale dello Stato Civile dal contraente che richieda la trascrizione: l'atto trascritto dovrà in tale ipotesi essere sottoscritto dal contraente che effettui la richiesta; 7) personalmente (cioè verbalmente) all'Ufficiale dello Stato Civile da uno dei contraenti e con atto, a sua volta, fatto pervenire ovvero prodotto personalmente all'Ufficiale dello Stato Civile, del medesimo contraente, il quale comunica all'altro la volontà di far trascrivere l'atto di matrimonio: l'atto trascritto dovrà essere sottoscritto dal contraente che effettui la richiesta. Non vi è necessità di autenticazione delle sottoscrizioni, né è necessaria la presenza di testimoni in caso di istanza avanzata verbalmente.

⁽³³⁾ Cfr. FERRANDO, *Il matrimonio*, cit., 432 s.; nonché BIANCHINI, *Brevi riflessioni*, cit., 1962 ss.

⁽³⁴⁾ Ritengono implicitamente abrogato l'art. 14 l.m. DOMIANELLO, *Il matrimonio «davanti a ministri di culto»*, cit., 439, nonché QUARTA, OLIVERI, *Lo stato civile*, Milano, 2001, 301. In giurisprudenza v., per tutte, Cass., sez. un., 4 giugno 1992, n. 6845, in *Corr. giur.*, 1992, 993, con nota di MINUSSI, *Trascrizione tardiva «post mortem» del matrimonio canonico: efficacia nei confronti dei terzi*, in *Giust. civ.*, 1992, I, 1702, nonché in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 582, con nota di ODDI, *Effetti della trascrizione «post mortem» del matrimonio canonico*. L'art. 14 l.m. in proposito prevedeva un principio difforme da quello accolto nella revisione concordataria: «La trascrizione dell'atto di matrimonio che per qualsiasi causa sia stata omessa può essere richiesta in ogni tempo da chiunque vi abbia interesse, quando le condizioni stabilite dalla legge sussistevano al momento della celebrazione del matrimonio e non siano venute meno successivamente». *Contra*, DALLA TORRE, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, cit., 136, il quale sostiene come la legge matrimoniale non sia stata abrogata né esplicitamente né implicitamente», rimanendo pertanto «in vigore in quanto applicabile fino all'emanazione di una nuova legge matrimoniale».

volontaristica ⁽³⁵⁾, escludendo una possibile ingerenza da parte di soggetti terzi i quali, in precedenza, potevano al contrario ingerirsi negli affari della coppia richiedendo, in ogni tempo, la trascrizione dell'atto matrimoniale.

Il procedimento volto alla trascrizione deve rispettare la stretta, cronologica concatenazione degli adempimenti di competenza dell'organo canonico per il riconoscimento di efficacia civile al matrimonio ⁽³⁶⁾, cioè a dire il principio di concentrazione nel tempo ⁽³⁷⁾.

Come già accennato, la formazione del matrimonio concordatario trova compimento, ordinariamente, entro i cinque giorni successivi alla celebrazione canonica; la possibilità del riconoscimento agli effetti civili, tuttavia, non persiste in maniera indefinita, pertanto una volta trascorsi i predetti cinque giorni senza che sia stata esperita richiesta di trascrizione, il matrimonio non può considerarsi ulteriormente suscettibile di immediato riconoscimento, all'uopo occorrendo una nuova manifestazione di volontà, delle parti, di conferire effetti civili alla propria unione. Tale volontà dei coniugi, infatti, pur essendo presunta nell'ipotesi in cui gli atti preliminari alla trascrizione siano compiuti con l'ordinaria concentrazione prevista *ex lege*, di tale presunzione non gode ulteriormente ove si verifichi uno iato temporale superiore ai cinque giorni tra la formazione dell'atto matrimoniale e gli atti conclusivi del procedimento volto alla trascrizione ⁽³⁸⁾.

La novità che, tuttavia, maggiormente caratterizza la norma neoconcordataria è costituita dalla necessità che sia verificata l'esistenza di una volontà comune, in capo ai coniugi, volta a conferire effetti civili alla propria unione ⁽³⁹⁾.

⁽³⁵⁾ Cfr. Cass., sez. un., 4 giugno 1992, n. 6845, cit.; Id., 24 marzo 1994, n. 2893, in *Dir. eccl.*, 1995, II, 305; Id., 6 febbraio 1997, n. 1112, in *Mass. Giur. it.*, 1997; Id., 1° dicembre 2000, n. 15397, in *Giust. civ.*, 2001, I, 640; Id., 12 luglio 2002, n. 10141, in *Giur. it.*, 2003, 1353, la quale sottolinea come debba considerarsi «illegittima la trascrizione *post-mortem* di un matrimonio canonico, richiesta dopo l'entrata in vigore della disciplina di revisione del Concordato lateranense».

⁽³⁶⁾ Il parroco ovvero un delegato del medesimo debbono infatti, in sequenza: a) celebrare il matrimonio canonico; b) dare lettura, ai nubendi, degli articoli del codice previsti dalla norma (artt. 143, 144 e 147 c.c.); c) formare l'atto in doppio originale.

⁽³⁷⁾ CHERTI, *Sull'inammissibilità della trascrizione post mortem del matrimonio canonico*, cit., 280.

⁽³⁸⁾ CHERTI, *op. loc. ult. cit.*

⁽³⁹⁾ Come anche recentemente espresso dalla S.C. (Cfr. Cass., sez. lav., 21 aprile 2010, n. 9464, in *Foro it.*, 2010, 1, 1762, in *Corr. giur.*, 2010, 720, con nota di CARBONE, *Trascrizione post mortem del matrimonio e pensione di reversibilità*, *ivi*, 2011, 78, con nota di BOTTA, *Trascrizione tardiva del matrimonio canonico ed effetti nei confronti dei terzi*, nonché in *Fam. pers. succ.*, 2011, 31, con nota di CAI-

Di trascrizione tardiva è quindi possibile parlare in due ipotesi: *a)* in caso di matrimonio celebrato con rito concordatario, il cui atto non sia stato oggetto d'istanza di trascrizione entro i cinque giorni dalla celebrazione; *b)* in caso di matrimonio celebrato, in presenza di circostanze particolari, in forma strettamente canonica ⁽⁴⁰⁾, cui le parti vogliono conferire rilevanza civile solo in un secondo momento.

In entrambi i casi i cattolici possono pertanto ottenere, con un'apposita dichiarazione di volontà, la trascrizione dell'atto di matrimonio religioso nei registri di stato civile anche a notevole distanza di tempo dalla celebrazione religiosa, concordataria o meno. Inoltre, lo scarto temporale tra celebrazione e trascrizione tardiva fa risaltare il carattere di autonomia proprio della volontà dei nubendi di unirsi in senso religioso, rispetto alla volontà di costituire il rapporto di coniugio anche di fronte allo Stato: il mero vincolo religioso rimarrebbe infatti estraneo, di per sé (cioè a dire, ove non trascritto), all'ordinamento statale ⁽⁴¹⁾.

Gli aspetti che appaiono, in proposito, maggiormente rilevanti sotto il profilo civilistico, sono quindi rinvenibili: *a)* nella necessità che la volontà di ottenere il riconoscimento agli effetti civili delle nozze religiose risulti attuale; *b)* nella retroattività di predetti effetti; *c)* nella necessità di tutela dei terzi da eventuali pregiudizi ⁽⁴²⁾.

Quanto al primo profilo (attualità della volontà dei coniugi di conferire efficacia civile al matrimonio religioso), in giurisprudenza si è sotto-

RO, *Trascrizione tardiva del matrimonio canonico, retroattività degli effetti civili e obbligo di restituzione delle somme percepite a titolo di pensione ai superstiti*, la riforma concordataria ha sostanzialmente attribuito, a coloro che abbiano contratto matrimonio in forma strettamente canonica, il potere di costituirsi in ogni tempo tali anche di fronte allo Stato.

⁽⁴⁰⁾ L'ordinamento canonico ammette infatti, tra l'altro, il c.d. matrimonio segreto *ex gravi et urgenti causa*^o, ove il procedimento formativo dell'atto di matrimonio risulta completamente interno alle strutture ecclesiastiche preposte. In tal caso sono assenti adempimenti a fini civili, e la trascrizione dell'atto di matrimonio viene effettuata esclusivamente nello speciale registro conservato nell'archivio segreto della curia: i nubendi optano, quindi, per una forma di celebrazione incompatibile con la normativa civilistica^o, la quale tuttavia consente, in un momento successivo (venuta meno la gravità e l'urgenza) di conferire alla unione religiosa anche piena efficacia nell'ordinamento italiano.

⁽⁴¹⁾ Come sottolinea BOTTA, *Trascrizione tardiva del matrimonio canonico ed effetti nei confronti dei terzi* (nota a Cass., sez. lav., 21 aprile 2010, n. 9464 e Cass., 4 maggio 2010, n. 10734), in *Corr. giur.*, 2011, 83, infatti, la trascrizione tardiva costituisce «la prova più radicale del valore riconosciuto al matrimonio religioso come via di accesso allo stato coniugale nell'ordinamento dello Stato e dell'autonomia di detto matrimonio rispetto alla volontà degli sposi di costituirsi appunto coniugi *in facie Status*».

⁽⁴²⁾ BOTTA, *Trascrizione tardiva del matrimonio canonico ed effetti nei confronti dei terzi*, cit., 84.

lineato che se, da una parte, la volontà dei coniugi di essere riconosciuti anche *in facie Status* è da considerarsi implicita nella trascrizione tempestiva a fronte, in particolare, degli adempimenti che accompagnano la celebrazione del rito religioso (tra i quali vi è la preventiva pubblicazione nella casa comunale, la lettura degli articoli del codice civile, nonché la redazione del matrimonio in doppio originale ai fini della relativa trasmissione all'ufficio comunale competente), ciò non può dirsi anche per il caso di quella tardiva: in quest'ultimo caso non può, infatti, prescindersi dalla «manifestazione di una esplicita volontà costituita da un'apposita richiesta di trascrizione presentata “dai due contraenti o anche da uno solo di essi con la conoscenza e senza l'opposizione dell'altro”»⁽⁴³⁾.

In sintesi, in caso di richiesta di trascrizione tempestiva, la volontà dei coniugi di essere riconosciuti anche di fronte allo Stato si profila quale unica e «ambivalente»⁽⁴⁴⁾; al contrario, in caso di richiesta di trascrizione tardiva (e sia che si tratti di rito concordatario, che di rito

⁽⁴³⁾ Cass., 6 febbraio 1997, n. 1112, cit.

⁽⁴⁴⁾ Il matrimonio concordatario si sostanzia quindi in un negozio al quale i nubendi danno vita a mezzo della manifestazione di una volontà matrimoniale “ambivalente” che, in caso di trascrizione tempestiva, si mantiene su di un unico binario: solo in tale ipotesi – e al contrario che nei casi di trascrizione tardiva – potrà darsi lettura delle norme concordatarie richiamate agli artt. 7 Cost. e 82 c.c. in modo tale da evincere, come definito da dottrina minoritaria, un matrimonio caratterizzato, per i nubendi cattolici, da presunzione *iuris tantum* di una volontà matrimoniale sostanzialmente unitaria in quanto «già completamente indirizzata, salvo espressa e inequivoca intenzione contraria (nel rispetto della tutela della volontà degli sposi quale caposaldo del nuovo regime della trascrizione), a far conseguire effetti civili a quel matrimonio contratto secondo le norme del diritto canonico e da queste regolato nella forma, nella capacità delle parti e nel consenso» (così IANNACCONE, *Ancora sulla trascrizione post mortem del matrimonio canonico*, cit., 1032). Peraltro, anche ove i nubendi decidano, previa istanza all'Ordinario, di avvalersi delle deroghe previste ai nn. 1, 40 e 41 del *Decreto generale sul matrimonio canonico* (in *Notiziario C.E.I.*, 1990/10: promulgato dal Card. Ugo Poletti il 5 novembre 1990, è entrato in vigore il 17 febbraio 1991 quale legge applicativa del Codice giovanneo-paolino e dell'art. 8 dell'Accordo di modificazione del Concordato lateranense), non può parlarsi di volontà «solo “temporaneamente” (ed eccezionalmente) diretta a tenere confinato il matrimonio nella sfera religiosa poiché destinata a “riespandersi” (al fine di attribuire rilevanza civile al loro matrimonio) “non appena vengano meno le cause che hanno motivato la licenza” [cfr. *Decreto generale sul matrimonio canonico*, n. 40, par. 2], gravando sui nubendi l'impegno ad ottenere il riconoscimento civile al loro matrimonio “non appena possibile” [cfr. *Decreto generale sul matrimonio canonico*, n. 41, par. 2]» (ancora IANNACCONE, *Ancora sulla trascrizione post mortem del matrimonio canonico*, cit., 1032): trascorsi i cinque giorni dal termine della celebrazione canonica senza che sia stata presentata istanza di trascrizione all'ufficiale di stato civile, i coniugi *in facie Ecclesiae* debbono considerarsi, a parere di chi scrive, liberi da obblighi di natura civile, non essendo più valida la manifestazione di volontà espressa con l'inizio del procedimento per matrimonio concordatario.

meramente canonico) la volontà di costituirsi sposi è duplice: una comune volontà, già espressa, di unirsi in senso religioso, ed una volontà – da “attualizzare” al momento dell’istanza di trascrizione – di unirsi anche in senso civile.

Pertanto, ai fini della trascrizione tardiva la necessità di una volontà attuale, in capo agli sposi religiosi, di unirsi anche *in facie Status* dovrà rilevarsi: *a)* sia che si tratti di rito concordatario “non perfezionato”, in quanto predetta volontà – seppure implicitamente manifestata all’epoca della celebrazione a mezzo dei descritti adempimenti (pubblicazioni, lettura degli articoli del codice civile, etc.) – non può considerarsi più attuale; *b)* sia che si tratti di rito meramente canonico, in quanto, anche nell’ipotesi in cui vi sia stata espressa e congiunta dichiarazione d’intenti, dei coniugi, di effettuare una trascrizione futura (ad esempio, a titolo di condizione per l’ottenimento di una dispensa dall’obbligo di celebrazione di rito concordatario), tale dichiarazione non avrebbe valore, di per sé, di fronte allo Stato ⁽⁴⁵⁾.

In definitiva, lo *status* coniugale anche ai fini civilistici sorge, in caso di trascrizione tardiva, per esclusivo effetto di una attuale, comune ed autonoma volontà degli sposi in tal senso ⁽⁴⁶⁾. Quindi nel caso in cui, ad esempio, si apra la successione di uno degli sposi uniti per mera via religiosa, il superstite non potrà ottenere la trascrizione tardiva del proprio matrimonio ⁽⁴⁷⁾, salva l’ipotesi in cui, al momento del decesso, risulti essere già stato effettuato l’inoltro della relativa richiesta, da parte di entrambi i coniugi, all’ufficiale di stato civile ⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁵⁾ In giurisprudenza v., sul punto, Cass., 24 marzo 1994, n. 2893, cit.; Id., 6 febbraio 1997, n. 1112, cit.; nonché Id., 26 marzo 2001, n. 4359, in *Fam. dir.*, 2001, 445, con note di richiami di BATÀ e SPIRITO.

⁽⁴⁶⁾ BOTTA, *Trascrizione tardiva del matrimonio canonico ed effetti nei confronti dei terzi*, cit., 84.

⁽⁴⁷⁾ In proposito FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Roma-Bologna, 1971, 589, il quale escludeva tale possibilità anche a fronte del previgente sistema, ritenendo impossibile costituire uno *status* il quale presuppone l’esistenza in vita delle persone, e ciò maggiormente in quanto la legge matrimoniale del 1929 escludeva la trascrivibilità tardiva delle nozze di coloro i quali risultassero dichiarati interdetti per infermità mentale successivamente alla celebrazione. Appariva infatti un controsenso ammettere la trascrivibilità *post mortem* – caso di cessazione di esistenza del soggetto, quale centro d’imputazione di diritti e doveri – escludendola invece in caso di menomazione della capacità di agire.

Riguardo alla disciplina neoconcordataria l’orientamento risulta invece unanime: cfr. PETRONCELLI, *Osservazioni sul collegamento tra celebrazione religiosa e suoi effetti civili*, in *Dir. eccl.*, 1985, I, 320; VITALI, *La nuova disciplina del matrimonio*, in FERRARI (a cura di), *Concordato e Costituzione*, Bologna, 1985, 80; LARICCIA, *Diritto ecclesiastico*, Padova, 1986, 288.

⁽⁴⁸⁾ La circ. min. 26 febbraio 1986 esclude possa ritenersi sufficiente «la sola mancata opposizione del coniuge defunto [...] non potendosi conoscere se egli si

3. *Ipotesi d'intrascrivibilità.*

Il riconoscimento degli effetti civili al matrimonio celebrato con rito cattolico (concordatario o meno) deve certamente interpretarsi in termini di sostegno al cittadino-fedele, i cui diritti, sia sotto il profilo sociale che comunitario-religioso, trovano tutela nel *Decreto generale sul matrimonio canonico*. Quest'ultimo prevede la forma concordataria come la principale da tenere in considerazione ⁽⁴⁹⁾, ma non esclude automaticamente ipotesi, per quanto eccezionali, di celebrazione solo in forma canonica ⁽⁵⁰⁾: in tali

sarebbe opposto alla trascrizione e l'opposizione sia stata resa impossibile dal sopravvenuto decesso». *Contra* MONETA, *Matrimonio religioso*, cit., 84, il quale ritiene, al contrario, trascrivibile *post mortem* il matrimonio anche nell'ipotesi in cui sia «già acquisita, in presenza della richiesta di una sola parte, la conoscenza e la non opposizione dell'altro». Cfr., in giurisprudenza, Trib. Catania (decr.), 7 ottobre 1989, in *Dir. fam. pers.*, 1990, 543, e Trib. Roma (decr.), 30 luglio 1990, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1990, 684.

⁽⁴⁹⁾ V. il *Decreto generale sul matrimonio canonico*, secondo cui «i cattolici che intendono contrarre matrimonio in Italia sono tenuti a celebrarlo unicamente secondo la forma canonica (cfr. can. 1108), con l'obbligo di avvalersi del riconoscimento agli effetti civili assicurato dal Concordato»: tale *Decreto generale sul matrimonio canonico*, n. 1. Secondo BETTETINI, *Sull'obbligo ex art. 60 del Decreto della C.E.I. Sul matrimonio di chiedere la delibazione delle sentenze canoniche di nullità*, in *Dir. eccl.*, I, 1992, 902 ss., tale Decreto nell'ordinamento canonico «vincola normativamente non solo singoli Vescovi diocesani o comunque membri della Conferenza, a norma del comma quarto del can. 55, e del n. 212, lett. A del *Directorium de pastoralibus ministerio episcopali, Ecclesiae imago* del 22 aprile 1973, ma anche tutti e singoli i fedeli sottoposti *ratione loci* o *personae*, in virtù del combinato disposto dei can. 12, par. 3 e 13 alla potestà giurisdizionale della conferenza episcopale stessa»; unitamente alle leggi di natura concordataria (tra cui le revisioni pattizie del 1984 che, negli *Acta Apostolicae Sedis*, 77 (1985), 521 ss., sono definite in termini di *conventiones*) le leggi applicative della normativa concordataria – cioè a dire il Decreto generale – assumono «una posizione primaria nella gerarchia delle fonti canoniche». Cfr. sul punto anche ZANETTI, *Il Decreto generale della C.E.I. sul matrimonio canonico*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 1991, 99.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. ancora, in proposito, il *Decreto generale sul matrimonio canonico*: a) n. 40: «L'ammissione al matrimonio solo canonico di persone vedove può essere concessa dall'ordinario del luogo, per giusta causa, quando esse siano anziane e veramente bisognose. Al di fuori di tali circostanze la licenza può essere data soltanto per ragioni gravi e a condizione che le parti si impegnino a richiedere la trascrizione del matrimonio agli effetti civili non appena vengano meno le cause che hanno motivato la licenza medesima, avendo gli stessi coniugi il dovere di assicurare, nei limiti della possibilità, il riconoscimento civile alla loro unione matrimoniale sia nell'interesse legittimo dei figli, sia per riguardo alle esigenze del bene comune delle società di cui la famiglia è la cellula primordiale»; b) n. 41: «L'ammissione al matrimonio solo canonico di persone cui la legge civile proibisce temporaneamente di sposarsi può essere concessa dall'ordinario del luogo soltanto per gravi motivi e con le debite cautele. È opportuno considerare le ragioni addotte a sostegno del matrimonio solo

casi l'Ordinario acconsente esclusivamente in presenza di gravi motivi imponendo in ogni caso, al ministro di culto, la lettura degli artt. 143, 144 e 147 c.c., con successiva redazione di doppio originale dell'atto di matrimonio ai fini di una futura, eventuale trascrizione⁽⁵¹⁾.

Come è stato correttamente osservato⁽⁵²⁾, la normativa concordataria ha concepito la trascrizione in termini di strumento di omogeneizzazione delle due concezioni (religiosa e civile) dell'istituto matrimoniale: non a caso, alcune ipotesi d'intrascrivibilità sono state concordate fra le Alte Parti, nonché inserite nei Patti, proprio al fine di garantire il rispetto del principio di «unificazione di fondo del regime matrimoniale»⁽⁵³⁾, annoverabile tra le linee ispiratrici dell'Accordo di Villa Madama del 1984.

L'Accordo, infatti, in continuità con il Concordato del 1929, subordina sempre l'efficacia civile del matrimonio canonico alla trascrizione del relativo atto, ma la trascrivibilità trova ostacolo nel caso in cui «gli sposi non rispondono ai requisiti della legge civile circa l'età richiesta per la celebrazione» (cfr. art. 8, n. 1, 2° comma, lett. a) dell'Accordo), nonché ove fra gli stessi sussista «un impedimento che la legge civile considera inderogabile» (cfr. art. 8, n. 1, 2° comma, lett. b) dell'Accordo)⁽⁵⁴⁾.

canonico soprattutto quando la proibizione di legge non si prolunga nel tempo, ma occorre anche valutare gli inconvenienti del mancato riconoscimento civile, per il bene della stessa vita di coppia e per la tutela della prole. / L'eventuale ammissione al matrimonio solo canonico deve essere sostenuta dal parere motivato del parroco e quando occorra del cappellano (cfr. can. 564), che garantiscano la preparazione dei nubendi, l'assunzione di ogni responsabilità circa il mancato riconoscimento civile del loro matrimonio e l'impegno a ottenerlo appena possibile».

⁽⁵¹⁾ Cfr. *Decr. gen. matrimonio canonico*, n. 42: «Nei casi di cui ai numeri 40-41 del presente decreto il ministro di culto che assiste alla celebrazione del matrimonio solo canonico è tenuto a dare lettura degli artt. 143, 144 e 147 del Codice civile e a redigere l'atto di matrimonio in doppio originale al fine di salvaguardare la possibilità che i coniugi chiedano la trascrizione del loro matrimonio ai sensi dell'art. 8, n. 1, comma sesto, dell'Accordo di revisione del Concordato lateranense».

⁽⁵²⁾ V. in proposito LO CASTRO, *Matrimonio, diritto e giustizia*, cit., 241 ss.

⁽⁵³⁾ Cfr. MONETA, *Matrimonio religioso e ordinamento civile*, cit., 26.

⁽⁵⁴⁾ La disciplina attuale differisce, in proposito, da quanto stabilito dai Patti Lateranensi: cfr. in proposito BARBIERA, *Il matrimonio. Matrimonio civile, canonico concordatario, degli acattolici, obblighi coniugali, separazione, divorzio, regimi patrimoniali del matrimonio*, cit., 198 s., il quale riassume le quattro ipotesi di trascrizione contemplate, nella vigenza dei Patti, dalla legge matrimoniale 847/1929: a) la prima è quella in cui uno dei due originali dell'atto di matrimonio, compilato immediatamente dopo la celebrazione del matrimonio, è trasmesso all'ufficiale dello stato civile del Comune in cui il matrimonio è stato celebrato non oltre 5 giorni dalla celebrazione (art. 8, 2° comma); b) la seconda (la prima delle tre eccezionali) è quella della trascrizione effettuata nel caso in cui la celebrazione non sia preceduta dal certificato di cui all'art. 7 (art. 12); c) la terza è quella del matrimonio celebrato in assenza di pubblicazioni o di dispensa, ed in tal caso la trascrizione avviene solo a fronte dell'accertamento che non vi siano cause ostative attraverso l'acquisizione

Si è posta la questione, in proposito, concernente la tassatività o meno delle ipotesi d'intrascrivibilità del matrimonio canonico: ciò in quanto il Protocollo addizionale, indicando al n. 4 gli impedimenti inderogabili della legge civile omette d'includervi, oltre alla consanguineità in linea retta ed entro il secondo grado della linea collaterale (che, peraltro, ritiene non dispensabile anche il par. 3 del can. 1078 c.i.c.), anche l'impedimento derivante da adozione e affiliazione (art. 87 c.c.), mentre l'impedimento del precedente vincolo appare, al contrario, parzialmente tenuto in considerazione, nonché limitato alla sussistenza del vincolo tra gli sposi e non, anche, alla sussistenza di quest'ultimo tra uno sposo ed un terzo ⁽⁵⁵⁾.

Il fatto che la normativa non indichi tutti i casi nei quali la legge civile prevede l'inderogabilità dell'impedimento non dovrebbe ritenersi tuttavia rilevante ⁽⁵⁶⁾, in quanto, interpretando come tassativo l'elenco

di documenti e affissione dell'avviso della celebrazione del matrimonio alla porta della casa comunale, allo scopo di provocare opposizioni fondate su una delle cause ostative (art. 13); *d*) la quarta è quella della trascrizione dell'atto di matrimonio, omessa per qualsiasi causa, che può essere richiesta in ogni tempo da chiunque vi abbia interesse, nel caso in cui le condizioni stabilite dalla legge sussistevano al momento della celebrazione del matrimonio e non siano, successivamente, venute meno (cfr. art. 14).

⁽⁵⁵⁾ Cfr. BOTTA, *Il matrimonio concordatario*, cit., 33, nt. 43.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. BOTTA, *Il matrimonio concordatario*, cit., 33 s. Sempre nel senso di quanto sostiene la dottrina maggioritaria, cioè a dire che le ipotesi d'intrascrivibilità debbono considerarsi non tassative, v. MUSSELLI, TOZZI, *Manuale di diritto ecclesiastico. La disciplina del fenomeno religioso*, cit., 180, i quali, rilevando che il Concordato non considera tra gli impedimenti alla trascrizione il fatto che uno dei due coniugi sia vincolato con altro soggetto da un matrimonio civilmente valido, ritengono come tale omissione non produca «particolari effetti, essendo attualmente contrario all'ordine pubblico italiano la coesistenza di due "status coniugali" (con conseguente situazione di bigamia); per cui anche in tale situazione va esclusa la possibilità di trascrizione». *Contra*, IANNACCONE, *Ancora sulla trascrizione post mortem del matrimonio canonico*, cit., 1033, il quale, in linea con la prospettiva di ammissibilità della trascrizione del matrimonio *post mortem* (ipotesi su cui v. più approfonditamente *infra*, par. 4) sostiene che, se deve considerarsi in termini di regola generale la trascrivibilità del matrimonio canonico, le relative eccezioni, fissando un ostacolo al riconoscimento agli effetti civili di suddetto matrimonio, dovrebbero ritenersi esclusivamente quelle rinvenibili nella norma concordataria (rilevandone pertanto la relativa tassatività), di talché, al di fuori dei casi d'intrascrivibilità espressamente concordati dalle Alte Parti, ogni matrimonio reputato valido secondo l'ordinamento canonico dovrebbe regolarmente trascriversi agli effetti civili comprendendo, pertanto, l'ipotesi di trascrizione *post mortem* del matrimonio canonico. L'Autore – anche richiamando le parole di LO CASTRO, *Matrimonio, diritto e giustizia*, cit., 247, nt. 28 – sostiene come, altrimenti, si «verrebbe a perdere la misura della distanza che corre – a norma degli artt. 82 e 83 c.c. – tra "il matrimonio civile degli italiani, regolato per i suoi profili sostanziali dalle norme del nostro ordinamento, e celebrato *ora* secondo la forma civile, *ora* nella forma confessionale prevista dalla l. 1159 del 1929 o dalle leggi di

derivante dal combinato disposto dell'art. 8 dell'Accordo e del punto n. 4 del Protocollo addizionale, «si creerebbe una posizione di privilegio per chi si accosta al matrimonio [meramente] canonico, consentendogli l'accesso ad uno stato coniugale che gli sarebbe precluso attraverso la via del matrimonio civile»⁽⁵⁷⁾.

A parere di chi scrive, pertanto, l'art. 8, n. 1 dell'Accordo deve considerarsi operante un rinvio diretto al recepimento di eventuali modifiche che possano risultare apposte, in materia, dalla legge statale⁽⁵⁸⁾: ciò, sempre nella prospettiva di dare concreta attuazione, in linea con la *ratio* dell'Accordo di Villa Madama, al citato principio di «unificazione del regime matrimoniale»⁽⁵⁹⁾.

Anche in assenza di un'espressa previsione in tal senso, quindi, la sussistenza di un impedimento alla trascrizione tempestiva, tale dovrà considerarsi anche con riferimento alla ipotesi tardiva: tali preclusioni risultano, infatti, applicabili anche nell'ipotesi in cui siano venute ad esistere posteriormente alla celebrazione del matrimonio⁽⁶⁰⁾, con esclusione dei casi in cui l'azione di nullità od annullamento non sia ulteriormente proponibile (cfr. art. 8, n. 1, 3° comma dell'Accordo)⁽⁶¹⁾.

applicazione delle intese di recente stipulate con le confessioni diverse dalla cattolica, ora nella forma prevista dal diritto straniero (per come disposto prima dall'art. 26 delle preleggi, e ora dall'art. 28 della legge 31 maggio 1995, n. 218, sulla riforma del d.i.p.); e dall'altra, appunto, il matrimonio degli italiani "secondo le norme del diritto canonico", produttivo di effetti civili, disciplinato, pertanto, non solo nella forma ma pure nella sostanza (requisiti di capacità e altre condizioni per contrarlo) dal diritto della Chiesa».

⁽⁵⁷⁾ In tal senso MONETA, *Matrimonio religioso e ordinamento civile*, cit., 59; CARDIA, *Manuale di diritto ecclesiastico*, cit., 444 s.; BOTTA, *Il matrimonio concordatario*, cit., 33. *Contra*, nel senso della tassatività dell'elenco "pattizio", DE LUCA, *La trascrizione del matrimonio canonico: disciplina sostanziale*, cit., 267.

⁽⁵⁸⁾ CARDIA, *Manuale di diritto ecclesiastico*, cit., 445.

⁽⁵⁹⁾ BOTTA, *Il matrimonio concordatario*, cit., 34.

⁽⁶⁰⁾ Tra i requisiti per la tardiva trascrivibilità, l'art. 8, n. 1, 6° comma dell'Accordo pone, tra l'altro, la condizione che i contraenti abbiano ininterrottamente mantenuto lo stato libero nel periodo intercorrente fra celebrazione ed istanza di trascrizione: un matrimonio celebrato da una delle parti, poi dichiarato nullo prima di predetta istanza, non crea impedimento alla trascrizione tardiva del primo matrimonio, in quanto la sentenza dichiarativa di nullità ha efficacia *ex tunc*: in tal senso, MONETA, *Matrimonio religioso e ordinamento civile*, cit., 77 s.; MUSSELLI, TOZZI, *Manuale di diritto ecclesiastico. La disciplina del fenomeno religioso*, cit., 179; *contra*, CARDIA, *Manuale di diritto ecclesiastico*, cit., 451, secondo il quale chi abbia contratto altro matrimonio valido agli effetti civili, e quest'ultimo sia stato dichiarato nullo ovvero sciolto per divorzio, non potrebbe chiedere la trascrizione tardiva del primitivo matrimonio religioso.

⁽⁶¹⁾ Sul punto CARDIA, *Manuale di diritto ecclesiastico*, cit., 451.

4. *Retroattività e tutela dei terzi.*

La trascrizione ha efficacia retroattiva tra i coniugi ⁽⁶²⁾, con salvezza dei diritti legittimamente acquisiti dai terzi ⁽⁶³⁾ (cfr. art. 8, n. 1, 6° comma dell'Accordo) di talché, ad esempio: *a*) i beni acquistati da uno dei coniugi, ove acquistati posteriormente alla celebrazione, cadono retroattivamente in comunione; *b*) nel caso in cui una parte, nell'arco temporale compreso tra celebrazione e trascrizione, adotti un terzo, a seguito della trascrizione non può opporsi la mancata osservanza della norma di cui all'art. 4, l. 4 maggio 1983, n. 184 all'adottato: pertanto, ove l'adottante sia persona coniugata e non separata, il minore deve intendersi adottato da entrambi i coniugi ⁽⁶⁴⁾.

Parte della dottrina in proposito rileva come, pur rappresentando la tardiva trascrivibilità del matrimonio meramente canonico «una evoluzione in senso personalistico dell'istituto matrimoniale», costituisca d'altra parte un'anomalia la previsione della relativa «retroattività degli effetti al tempo della celebrazione» ⁽⁶⁵⁾: se, quindi, al termine della celebrazione meramente canonica le parti ritengono di non chiedere immediatamente la trascrizione, la futura «istanza tardiva» dovrebbe

⁽⁶²⁾ Come sottolinea in proposito BOTTA, *Trascrizione tardiva del matrimonio canonico ed effetti nei confronti dei terzi*, cit., 83, gli effetti della trascrizione tardiva non sono pertanto differenti rispetto ad una tempestiva, in quanto anche la prima retroagisce al momento della celebrazione del matrimonio, rimanendo tuttavia inopponibile a quei terzi che *medio tempore* abbiano acquisito diritti nei confronti di uno ovvero di entrambi i coniugi.

⁽⁶³⁾ Ancora CARDIA, *Manuale di diritto ecclesiastico*, cit., 451.

⁽⁶⁴⁾ In tal senso MONETA, *Matrimonio religioso e ordinamento civile*, cit., 89. Sul punto cfr. anche Min. Interno, *Il Regolamento dello Stato Civile: guida all'applicazione. Massimario per l'Ufficiale di Stato Civile*, Rimini, 2005, 69, in base al quale il matrimonio, a fronte di trascrizione tardiva, produce effetti dal giorno della sua celebrazione, con la conseguenza che «i figli nati precedentemente a questa assumono la qualità di figli legittimi e non di legittimati per susseguente matrimonio; è chiaro che la retroattività degli effetti civili trova naturalmente un limite nella natura di determinati rapporti giuridici e fa salvi i diritti che nel frattempo (tra il momento della celebrazione del matrimonio e quello della richiesta di trascrizione) siano stati acquisiti legittimamente da terzi. Nel caso in cui siano stati denunciati come legittimi nei rispettivi atti di nascita, considerati gli effetti sananti della trascrizione tardiva sulla qualificazione del rapporto di filiazione, si ritiene anche alla luce di quanto precede, che nessun particolare adempimento gravi sull'ufficiale dello stato civile, salvo quello di informare il competente procuratore della Repubblica per gli eventuali interventi che questi decidesse di dover promuovere».

Sugli aspetti riguardanti filiazione naturale e trascrizione del matrimonio v. per tutti PALAZZO, *La filiazione*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, VI, 1, 2^a ed., Milano, 2013, 429 ss., spec. 432 ss.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. BOTTA, *Trascrizione tardiva del matrimonio canonico ed effetti nei confronti dei terzi*, cit., 86.

intendersi in termini d'indice di mutamento di condizioni, prodromico, a sua volta, ad un "ripensamento" volto a costituire *ex nunc* i coniugi anche *in facie Status*. Una interpretazione della disciplina riguardante gli effetti civili del matrimonio celebrato con rito canonico, la quale risulti sistematicamente coerente con le norme pattizie del 1984 dovrebbe escludere, pertanto, la retroattività della trascrizione tardiva o, quanto meno, che gli effetti civili possano retroagire *erga omnes*, invece di rimanere circoscritti ai rapporti personali tra i coniugi ⁽⁶⁶⁾.

Il punto XIII della Circolare del 26 febbraio 1986 del Ministero di Grazia e Giustizia («Direzione generale affari civili e libere professioni»), tuttavia, al fine d'individuare le specifiche modalità esecutive della trascrizione tardiva, porta a distinguere due ipotesi: *a)* matrimonio celebrato «secondo il rito canonico (e non concordatario), e in assenza di una originaria volontà delle parti che» il medesimo consegua immediati «effetti civili nell'ordinamento» statale; *b)* matrimonio celebrato in base a rito concordatario, per il quale può presumersi «l'originaria volontà degli sposi di conferirgli effetti civili, ma, per una qualsiasi ragione, si sia omesso di chiederne tempestivamente la trascrizione del relativo atto» ⁽⁶⁷⁾.

Secondo la citata dottrina, nel primo caso una retroattività degli effetti civili al momento della celebrazione dovrebbe considerarsi incoerente con la *ratio*, propria della riforma pattizia, di ricondurre la costituzione dei coniugi *in facie Status* alla esclusiva volontà comune delle parti; nel secondo caso, la retroattività della trascrizione tardiva per omessa richiesta in termini sarebbe, invece, giustificata dalla sostanziale continuità tra volontà di celebrare il matrimonio canonico e volontà, implicita nella scelta del rito concordatario, di dare all'atto efficacia anche nell'ordinamento statale ⁽⁶⁸⁾.

A parere di chi scrive non dovrebbe tuttavia ravvisarsi, per le due ipotesi descritte, una diversificata decorrenza degli effetti civili ⁽⁶⁹⁾: in-

⁽⁶⁶⁾ BOTTA, *Trascrizione tardiva del matrimonio canonico ed effetti nei confronti dei terzi*, cit., 87.

⁽⁶⁷⁾ Cfr. Circ. Min. Grazia e Giustizia, 26 febbraio 1986, n. 1/54/FG/1(86)256 (Istruzioni agli Ufficiali dello stato civile per l'applicazione allo stato, dell'art. 8, n. 1, dell'Accordo fra la Repubblica Italiana e la Santa Sede).

⁽⁶⁸⁾ BOTTA, *Trascrizione tardiva del matrimonio canonico ed effetti nei confronti dei terzi*, cit., 87.

⁽⁶⁹⁾ Correttamente osserva, in proposito, BOTTA, *Trascrizione tardiva del matrimonio canonico ed effetti nei confronti dei terzi*, cit., 87, che in ogni caso «si avverte la necessità di una legge di attuazione – la nuova legge matrimoniale destinata a sostituire quella, ormai sotto più profili monca, del 1929 –, la quale potrebbe chiarire con la dovuta autorità questo ed altri aspetti della revisione concordataria sul matrimonio, dando compiuto senso alla riforma. Ma i lunghi anni trascorsi dall'ap-

fatti, ove gli sposi intendano trascrivere il proprio matrimonio religioso, celebrato o meno con rito concordatario (e, nel primo caso, oltre il quinto giorno dalla celebrazione), la decorrenza della relativa efficacia civile dovrà rinvenirsi, per entrambe le ipotesi, nel momento dello scambio del consenso ⁽⁷⁰⁾.

A conferma di quanto sopra, anche la corte di legittimità sostiene come il Protocollo addizionale debba interpretarsi nel senso che «il matrimonio religioso a seguito della trascrizione ha effetti civili dal momento della celebrazione. Detto principio non soffre deroga in caso di trascrizione tardiva, restando indifferente che il ritardo sia dipeso da fatto dell'ufficiale di stato civile o da volontà dei coniugi. La retroattività degli effetti civili opera, sia nei confronti dei coniugi che dei terzi, a tutti gli effetti, ma comunque “senza pregiudizio dei diritti legittimamente acquistati dai terzi”. L'unica limitazione prevista dalla legge alla retroattività degli effetti civili è data dunque dalla salvezza dei “diritti legittimamente acquistati dai terzi” nel periodo intercorrente tra la celebrazione canonica e la trascrizione nei registri dello stato civile in conseguenza dello stato libero dei coniugi risultante dai pubblici registri statali» ⁽⁷¹⁾.

Pertanto, a fronte della retroattività degli effetti della trascrizione tardiva, l'«eventuale stato vedovile di uno o di entrambi i coniugi» dovrà considerarsi venire meno a partire «dal momento della celebrazione del matrimonio religioso», dal momento che non può considerarsi sistematicamente coerente una permanenza di stato vedovile «sino al momento della trascrizione, che non avrebbe effetto retroattivo in relazione a tale *status*»; la legge fa salvi solo i diritti dei terzi e non consentirebbe tale interpretazione, né potrebbe analogicamente estendersi la «norma di salvaguardia, espressamente limitata alla tutela dei diritti dei terzi», allo

provazione dell'Accordo di Villa Madama ed il “fallimento” di tutti i progetti di legge depositati in Parlamento sulla questione, non danno conforto alla speranza. E forse spetterà ancora una volta all'interprete “trovare la strada” perché il riconoscimento della rilevanza religiosa della libertà matrimoniale non sia una abdicazione della legge civile o l'elargizione di un privilegio ad una parte dei cittadini, bensì un concreto esercizio di tutela del sentimento religioso depurato di qualsiasi strumentalità».

⁽⁷⁰⁾ *Contra*, BOTTA, *Trascrizione tardiva del matrimonio canonico ed effetti nei confronti dei terzi*, cit., 87, secondo il quale se da un lato risulta sistematicamente «coerente la previsione normativa di una retroattività della trascrizione eseguita tardivamente per responsabilità dell'ufficiale di stato civile», dall'altro appare meno comprensibile sostenere la retroattività anche della «trascrizione eseguita tardivamente per volontà delle parti». Ciò in quanto – prosegue l'Autore – se la *ratio* della riforma concordataria è rinvenibile nell'attribuzione, alla volontà dei coniugi, degli effetti civili del matrimonio canonico, la retroattività della trascrizione tardiva contrasterebbe, d'altro canto, con la *ratio* medesima.

⁽⁷¹⁾ Cass., sez. lav., 21 aprile 2010, n. 9464, cit.

stato vedovile, in quanto si tratta di norma di eccezione alla regola generale, non applicabile oltre le fattispecie nella medesima richiamate.

Sempre a giudizio della S.C., infine, neppure è sostenibile che il retroagire della trascrizione al momento della celebrazione trovi «applicazione soltanto nel caso di trascrizione tardiva per fatto dell'ufficiale dello stato civile (comma 5)», e non sia applicabile nel caso di «trascrizione tardiva per volontà dei coniugi (comma 6)». In sostanza, il citato art. 8, n. 1, all'inizio del 6° comma fa «uso della congiunzione “anche”» al fine di collegare «le due ipotesi, previste dai due diversi commi, al principio comune della retroattività degli effetti della trascrizione; diversamente opinando, ove non vi fosse retroattività, non si comprenderebbe neppure la necessità della salvezza dei diritti dei terzi disposta dal comma 6» ⁽⁷²⁾.

SILVIO PIETRO CERRI

⁽⁷²⁾ Cass., sez. lav., 21 aprile 2010, n. 9464, cit.

RELAZIONE
sull'attività svolta nell'anno giudiziario 2012
presso il Tribunale amministrativo regionale dell'Umbria
26 febbraio 2013

(*omissis*)

Le trasformazioni del contenzioso.

Se il codice, emanato poco più di due anni fa, ha cambiato il processo amministrativo, gli eventi che hanno investito la nostra società stanno cambiando il modo di amministrare e tutto questo finirà inevitabilmente per riflettersi sui rapporti con i cittadini che interessano il giudice amministrativo.

La tendenza del legislatore è di ridurre la litigiosità manovrando su due leve: quella fiscale come oramai deve considerarsi il contributo unificato e la sottoposizione delle attività economiche a verifiche successive e non più ad assensi preventivi.

Le cifre sui ricorsi in entrata confermano che quest'obiettivo è stato raggiunto solo in parte nella nostra regione.

Nell'anno 2012, sono stati depositati 726 ricorsi: ben 159 in più rispetto ai 567 dell'anno precedente. In apparenza gli ingressi sono in controtendenza rispetto alla diminuzione di 17 ricorsi registrata nell'anno 2011 rispetto al precedente anno.

Il risultato si ridimensiona molto se si considera che fra i nuovi ingressi, 191 sono domande identiche, di ottemperanza ai decreti di "equa riparazione" da irragionevole durata del processo nella limitrofa Regione Lazio.

Anche con 535 ricorsi il dato rimane sempre confortante rispetto all'anno scorso, quando sottraendo dal totale dei ricorsi in entrata le stesse ottemperanze per equa riparazione, gli ingressi "reali" ammontavano a soli 485 fascicoli.

Uno sguardo d'insieme su tutte le materie che sono ordinariamente oggetto di contenzioso rende evidente come, insieme agli effetti deflattivi della nuova legislazione, la crisi delle attività economiche e produttive abbia coinvolto, nella nostra regione, l'accesso alla giustizia amministrativa.

Il calo fisiologico dei ricorsi in materia di soggiorno degli stranieri, pari a 20 ricorsi in meno rispetto ai 59 dell'anno precedente, è probabil-

mente da ascrivere all'esaurirsi delle problematiche relative all'emersione. Anche in linea con le neo-introdotte semplificazioni è l'abbassamento degli ingressi in materia edilizia, 11 in meno rispetto all'anno precedente. Il numero in entrata di 127 ricorsi resta tuttora alto, anche se questo è solo in parte indice di litigiosità. Ai banali "bisticci" fra confinanti che coinvolgono l'ente locale suo malgrado, sono subentrate le impugnative della regolazione dell'assetto del territorio e dei dinieghi di titoli edilizi: sta cambiando l'ottica dei rapporti fra il pubblico e il privato.

È stato invece repentino, ma non inatteso, l'abbassamento dei ricorsi in materia di appalti, passati a sole 35 unità dalle 46 dell'anno precedente. Nelle commesse pubbliche, l'impennata del costo del processo sottrae al giudice anzitutto le liti "minori" con l'inevitabile calo della trasparenza nei comportamenti e rende le imprese più caute nell'adire il giudice anche negli appalti "sopra soglia": l'utile d'impresa deve quantomeno eguagliare i costi di produzione che nel ricorso sono rappresentati dal contributo, dalle spese di giudizio e dall'alea della decisione.

Nelle altre materie, il trend dei ricorsi è connesso a situazioni contingenti in ambito locale.

L'aumento delle impugnazioni dei provvedimenti di pubblica sicurezza è da 30 a 67 ricorsi. È indice della maggiore attenzione delle Forze dell'Ordine. Sono stati 16 i ricorsi in più in materia di autorizzazioni e concessioni che già lo scorso anno comunque ammontavano a 70 fascicoli. Delicata è la problematica sottesa: la tutela del territorio e il suo uso per produrre energia. Sta cambiando la distribuzione della rete farmaceutica e i ricorsi sulle farmacie sono lievitati a 13 da 1 dello scorso anno. Aumenta financo il contenzioso in materia di caccia e pesca, da 2 a 5 fascicoli, molto probabilmente a causa degli aumenti - non troppo significativi in verità - degli oneri sull'esercizio di queste pratiche sportive.

Nel pubblico impiego i ricorsi passano da 64 a 74: anche se non con la frequenza di un tempo, il giudice amministrativo continua ad essere "gettonato": c'è sempre da interrogarsi sulla bontà della scelta del legislatore e sull'opportunità di abbandonare una materia da sempre devoluta al giudice amministrativo. È però difficile se non impossibile tornare indietro.

Nelle altre materie i dati in entrata non sono significativi e legati a situazioni contingibili: nella materia elettorale non vi sono stati contenziosi, nelle materie dell'ambiente, del commercio, dell'agricoltura e dei pubblici servizi il flusso si è mantenuto costantemente basso mentre nelle materie delle ordinanze contingibili e urgenti, del personale delle forze armate e di polizia, dell'istruzione e delle autorità indipendenti si registrano lievi flessioni. Poco sensibili sono anche le variazioni nell'accesso e nelle professioni.

Resta preoccupante il picco di 191 ricorsi per equa riparazione, da 83

nel 2011 e appena 3 del 2010. Sono poi pochissime, a quanto si apprende, le risorse per fronteggiare le relative condanne e si vocifera di nuovi ricorsi da ritardo nell'eseguire le attuali decisioni. L'art. 55 del "decreto sviluppo" n. 83/2012 ha reso più rigido il ricorso per equa riparazione ma è ancora presto per capire se la modifica produrrà cambiamenti in concreto.

L'impegno del Tribunale

Nonostante gli eventi inattesi che hanno investito il Tribunale nell'ultimo scorcio d'anno, i risultati sono stati di tutto rispetto: i fascicoli esaminati sono stati in tutto 1231 di cui 581 di merito in udienza pubblica e 435 di sospensiva in camera di consiglio ai quali vanno aggiunti 215 fascicoli di rito camerale.

In concreto, i provvedimenti emessi sono stati in tutto 1083, di cui 222 provvedimenti cautelari, 320 monocratici e 541 collegiali.

Nei provvedimenti cautelari sono compresi 45 decreti che dispongono in via d'urgenza misure cautelari provvisorie con effetti sino alla camera di consiglio, nei provvedimenti monocratici sono compresi 24 decreti presidenziali mentre nei provvedimenti collegiali sono comprese 4 ordinanze di rinvio alla corte costituzionale, di cui ancora si attende l'esito e 17 ordinanze con cui sono stati disposti incumbenti istruttori, necessari a definire il giudizio.

Fra i provvedimenti collegiali conclusivi del giudizio, sono incluse 19 decisioni di liquidazione delle spese giudiziali.

Le sentenze che hanno definito il giudizio in rito, senza cioè esaminare le questioni sostanziali sottoposte al giudice, sono state 151 di cui 10 che hanno dichiarato il difetto di giurisdizione.

Hanno definito nel merito le questioni sottoposte al giudice 328 sentenze di cui 167 di accoglimento e 161 di rigetto del ricorso.

Di queste, 257 sono state decise con il rito ordinario e 71 con sentenza breve in sede di discussione della domanda cautelare e perciò direttamente in camera di consiglio. Nelle decisioni di merito sono anche comprese quelle introitate con il rito speciale di camera di consiglio previsto dall'art. 87 del codice: 11 in tema di accesso e 9 di silenzio rifiuto, 1 esecuzione ordinanza e 77 sentenze di ottemperanza.

Solo con le sentenze di merito si fa giustizia e quest'anno sono 52 in più rispetto all'anno passato.

I rinvii quest'anno sono stati 152 su 581 ricorsi portati in udienza intorno al 26,00% del totale.

Le perenzioni sono state in tutto 269, delle quali 38 dichiarate per decorso del termine biennale senza deposito di alcun atto di procedura e 231 perenzioni relative a ricorsi senza di domanda di fissazione di udienza pendenti da oltre cinque anni dall'entrata in vigore del codice

del processo amministrativo.

Quest'anno le opposizioni ai decreti di perenzione sono state 11 due delle quali sono state respinte: considerato che l'anno scorso ne è stata registrata solo una, il codice ha funzionato meglio di quanto si potesse pensare.

Alla fine dell'anno 2011, le giacenze complessive del Tribunale ammontavano a 2174 ricorsi a cui vanno aggiunti i 726 ricorsi in entrata, per un totale di 2900 ricorsi.

Considerando che quest'anno i fascicoli definiti sono stati 796, la penenza al 31 dicembre 2012 è perciò di 2104 ricorsi.

È un primo dato di segno positivo: nonostante l'aumento dei ricorsi in entrata, la giacenza a fine anno è inferiore a quella d'inizio dell'anno.

Ciononostante il nostro Tar non è considerato fra quelli "virtuosi" secondo il singolare criterio di abbattimento dell'arretrato contenuto nella legge n. 98/2011 che discrimina gli uffici che hanno maggiormente lavorato negli anni passati e si trovano con pochi fascicoli in giacenza.

L'altro dato confortante riguarda l'arretrato.

Essendo stati dichiarati perenti 269 ricorsi, dei 500 fascicoli, vecchi di più di cinque anni, giacenti in archivio alla fine del 2011, ne sono rimasti 231 da dichiarare perenti ai quali vanno aggiunte le perenzioni maturate a tutt'oggi, pari a 350 fascicoli.

Volendo determinare il contenzioso arretrato sulla base dell'effettivo interesse alla decisione, i ricorsi di cui è necessaria la fissazione sono in tutto 1523 di cui sono stati già fissati 299 ricorsi per quest'anno e 64 ricorsi per il prossimo anno.

Il numero di ricorsi fissati sin da adesso è necessariamente prudenziale perché è necessario lasciare spazio per le domande di prelievo, per i ricorsi in materia di lavori servizi e forniture, per gli altri che fruiscono di una corsia preferenziale ai quali si aggiungono quelli da fissare a seguito di rinvio in corso d'udienza.

Come lo scorso anno sarà predisposto anche il calendario delle udienze del 2015 in modo da disporre di una base operativa più ampia su cui suddividere le fissazioni.

Durante quest'anno sono arrivate 10 richieste di equa riparazione da irragionevole durata del processo che si aggiungono alle 11 dello scorso anno. Che non aumentino è interesse di tutti.

Propositi per l'anno in corso e conclusioni

Il nuovo anno comincia con l'aumento del contributo unificato, le restrizioni di spesa della *spending review* e gli ulteriori controlli della legge anticorruzione.

In queste condizioni lavorare non è semplice.

È di recente entrato in vigore il decreto legislativo 160 del 2012,

recante il secondo correttivo al processo amministrativo. Le modifiche, benché rilevanti, investono dettagli della procedura. La speranza è di avere un testo definitivo da applicare senza doversi ogni volta confrontare con norme nuove e interpretazioni diverse.

Negli ultimi due anni è stato considerevole l'apporto interpretativo dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato che sta assumendo sempre di più un ruolo di indirizzo nella giurisprudenza amministrativa.

Se operare con una guida sicura è sicuramente più agevole, diviene maggiore il rischio di compromettere il carattere innovativo della giurisprudenza amministrativa.

Nella relazione dello scorso anno si ricordava che il 2011 era stato un anno di anniversari: i 150 anni dell'unità d'Italia; i 180 anni dalla istituzione del Consiglio di Stato; i 40 anni dalla istituzione dei tribunali amministrativi regionali.

Questo è un anno di transizione. Dalle riforme avviate ci si attendeva di più: sul piano operativo si pensava di avere a che fare con un'amministrazione più moderna, efficiente e qualificata a tutto beneficio della rapidità con cui vengono resi i provvedimenti e dell'incisività dell'azione del giudice amministrativo.

(omissis)

Le principali materie

La problematica di maggior rilievo concerne **l'uso del territorio** nei suoi molteplici aspetti: nella nostra regione il paesaggio è un vero e proprio bene da salvaguardare.

Con riferimento agli assenti dei comuni in **materia paesaggistica**, è stato in particolare affermato l'obbligo di motivazione anche per quelli a contenuto positivo onde esplicitare le ragioni della compatibilità accertata (sentt. n. 14/2012; n. 315/2012) ed è stato ritenuto legittimo l'annullamento ministeriale del provvedimento che non indichi le ragioni della ritenuta conformità al vincolo (sent. n. 532/2012). Sono stati altresì stabiliti i presupposti per l'applicazione del principio di precauzione e tutela dell'interesse paesaggistico nell'ambito del d.m. 10.09.2010 sulla realizzazione e l'esercizio d'impianti per la produzione di energie rinnovabili (sent. n. 45/2012) e precisati i requisiti per l'inclusione nell'elenco regionale degli esperti ambientali e architettonici e per la partecipazione alla commissione comunale per la qualità architettonica e il paesaggio (sent. n. 101/2012).

Il **vincolo paesaggistico** è stato ritenuto, in ragione della prevalenza del valore costituzionale del quale costituisce presidio, limite "esterno" alla costruzione di infrastrutture per la comunicazione radioelettrica (sent. n. 4/2012): all'inosservanza del vincolo è stata attribuita la valenza

di legittima causa di annullamento della realizzazione di impianti di radiodiffusione (sent. n. 466/2012) e giustificazione del potere dell'amministrazione portatrice dell'interesse prevalente su quello del privato alla realizzazione di infrastrutture di comunicazione elettronica (sent. n. 67/2012). Un punto fisso nei rapporti fra legge regionale e statale nella materia del cd. paesaggio urbano è stato posto con la previsione che le aree devono essere inedificate al momento di entrata in vigore della disposizione: detta deroga, secondo la *ratio* intrinseca dell'istituto, e come testualmente chiarito dal d.lgs. n. 157/2006, non ha più efficacia se le previsioni edificatorie non siano state realizzate nel termine di validità/efficacia dello strumento urbanistico – il P.P.A. – che le consentiva” (sent. n. 190/2012).

Sono stati precisati gli elementi che differenziano la **ristrutturazione** edilizia contenuta nella l.r. n. 8/2011 dalla ristrutturazione urbanistica (sentt. n. 33/2012; n. 34/2012) ed è stata affermata l'impossibilità di procedere all'acquisizione del sedime in caso di interventi di ristrutturazione previsti dall'art. 13 della l.r. n. 1/2004 prima della sua sostituzione con la l.r. n. 8/2011 (sent. n. 63/2012). Sempre riguardo alla diversità fra ristrutturazione edilizia e restauro o risanamento conservativo, è stato stabilito che può anche evincersi dagli elementi contenuti nell'ordine di demolizione (sent. n. 387/2012). In tema di ricostruzione, ne è stata ulteriormente precisata la cumulabilità degli incrementi di superficie utile complessiva con quelle del cd. piano casa di cui alla l.r. n. 13/1999 (sent. n. 164/2012). Muovendo della nozione di rudere ai fini della ristrutturazione con demolizione, è stata affermata la legittimità dello strumento urbanistico di un comune che richieda almeno le mura perimetrali e le strutture orizzontali di copertura, non reputandosi sufficiente l'esistenza di solo materiale archivistico e fotografico (sent. n. 69/2012). Al fine di giustificare l'autotutela dell'amministrazione avverso un permesso di costruire previa demolizione, la ristrutturazione è stata identificata con la preesistenza del fabbricato (sent. n. 440/2012).

Nel campo dei **titoli edilizi**, è stata affermata la diretta impugnabilità della DIA, del provvedimento con cui il Comune conclude la verifica della sua legittimità e della conclusione negativa della verifica in autotutela nonché l'obbligo di controllare il rispetto da parte dell'istante dei limiti privatistici allorché il comune rilascia un titolo abilitativo edilizio (sent. n. 365/2012).

Della DIA è stato affermato il carattere residuale rispetto all'attività edilizia libera e a quella subordinata al permesso di costruire, ritenendola necessaria anche nel caso di opere di poca entità come la sostituzione di infissi che comporti la sostruzione dei materiali originari (sent. n. 69/2012). È stata peraltro stabilita l'inefficacia della DIA quando concerna trasformazioni in ambiente tutelato in assenza di autorizzazione

paesaggistica (sent. n. 537/2012) e ritenuta la possibilità di ricondurre la realizzazione di una veranda al permesso di costruire e non alla DIA (sent. n. 538/2012).

Degli oneri concessori è stata dichiarata la natura di obbligazioni *propter rem* (sent. n. 363/2012). È stata infine esaminata la rilevanza dei grafici di progetto e della relazione tecnica che accompagnano il permesso di costruire (sent. n. 403/2012).

Sono state dichiarate soggette alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo *ex art. 133, lett. f) c.p.a.* le controversie sui contributi, sanzioni e spese relativi ai titoli edilizi, il cui recupero può essere attuato con la procedura ordinaria *ex artt. 633 e ss. c.p.c. e 118 c.p.a.*, in alternativa alla procedura *ex art. 43, d.p.r. n. 380/2001* (sent. n. 363/2012). Analogamente appartenenti al giudice amministrativo sono state considerate tutte le controversie in tema di validità ed efficacia delle sanzioni pecuniarie riguardanti il governo del territorio (sent. n. 27/2012).

Della **sanatoria** di opere abusive, è stata affermata la necessità del richiedente di essere munito della necessaria legittimazione a richiederla, in dipendenza della titolarità dei beni oggetto di trasformazione (sent. n. 453/2012). Quanto alla sanatoria delle opere che incidono diritti di terzi, è stata ritenuta l'illegittimità se il comune non si accerta che ne è stata garantita la salvaguardia (sent. n. 196/2012). Ciò in applicazione del più generale principio che obbliga il comune ad accertare l'esistenza di situazioni eventualmente in conflitto prima di procedere al rilascio del titolo edilizio (sent. n. 94/2012). Ne è stata invece affermata la legittimità, in caso di opere che incidono la fascia di rispetto di una strada se non costituiscono minaccia alla sicurezza del traffico (sent. n. 194/2012). Con riguardo al riconoscimento del carattere di pertinenza di un immobile, è stato individuato il relativo presupposto nella destinazione d'uso omogenea con quella dell'edificio principale (sent. n. 372/2012). Alla presentazione dell'istanza di sanatoria dopo l'impugnazione dell'ordinanza di demolizione, è stato connesso l'effetto di rendere inefficace tale provvedimento e, quindi, improcedibile l'impugnazione stessa per sopravvenuto difetto d'interesse, sempre che vi sia esatta coincidenza tra opere oggetto della sanatoria e quelle da demolire (sent. n. 221/2012).

Nel campo della **repressione** dell'edilizia abusiva, è stata, anzitutto, affermata la natura permanente dell'illegittimità delle opere abusive e la loro idoneità al consolidarsi dell'affidamento in capo all'autore (sent. n. 4/2012). Sono stati precisati i limiti temporali in cui può riconoscersi l'interesse all'impugnazione dell'ordine di sospensione delle opere (sent. n. 18/2012), i termini di decorrenza della prescrizione della potestà sanzionatoria in ragione della natura permanente dell'illecito edilizio (sent. n. 205/2012) e i criteri di sufficienza della motivazione (sent. n.

21/2012). Sono state ribadite la natura vincolata dei criteri stessi (sent. n. 316/2012) e dell'attività repressiva dell'abuso edilizio nonché delle conseguenze che ne discendono (sentt. n. 269/2012 e n. 270/2012) ivi compresa la legittimità dell'ordine di demolizione non preceduto dalla comunicazione di avvio del procedimento (sent. n. 197/2012). È stata precisata l'idoneità delle opere edilizie ad integrare un mutamento di destinazione d'uso non consentito di un manufatto qualora in precedenza autorizzato a soli fini agricoli (sent. n. 319/2012).

È stata affermata la legittimità dell'ordine di demolizione di un edificio anche nel caso di mancata indicazione del sedime da acquisire nel caso di inottemperanza (sent. n. 160/2012) ed è stato chiarito che la rimozione da parte del proprietario del manufatto realizzato in difformità dal titolo non produce l'effetto processuale dell'acquiescenza da parte dell'autore dell'abuso (sent. n. 74/2012). All'ordinanza che dispone la sospensione delle opere abusive è stata attribuita natura di avviso di avvio del procedimento (sent. n. 519/2012). Sono state infine precisate la natura, funzione ed efficacia del decreto di sospensione dei lavori per violazione delle norme tecniche nelle zone sismiche e la rilevanza penale e non amministrativa del relativo procedimento (sent. n. 245/2012).

Con riguardo agli **strumenti urbanistici** è stata affermata la natura ampiamente discrezionale delle scelte dell'amministrazione nell'individuazione delle macroaree, ricondotte alla parte strutturale del PRG alla luce della l.r. n. 31/1977 (sentt. n. 138/2012; n. 317/2012; n. 481/2012). Della l.r. n. 31/1977, è stata chiarita la portata dell'art. 9, comma 2, nella parte in cui prevede la partecipazione della provincia al procedimento di approvazione dello strumento urbanistico e l'ampiezza della potestà di verifica della provincia stessa (sentt. n. 149/2012; n. 511/2012). Sono state evidenziate la natura e la funzione del termine assegnato alla provincia per esercitare i poteri di correzione e pianificazione dello strumento urbanistico e la conseguenza sulla potestà del comune ove il termine non venga osservato o lo strumento urbanistico non venga emendato (sentt. n. 301/2012; n. 302/2012; n. 521/2012). Con richiamo alla l.r. 31/1997, è stata precisata la differenza tra macrozona e macroaree: le prime corrispondenti alle zone omogenee ex d.m. n. 1444/1968, le seconde riconducibili alla disciplina della parte strutturale del PRG e non di quella operativa (sent. n. 511/2012).

Nelle controversie in materia **ambientale**, i rapporti fra la legislazione nazionale e quella regionale sono stati oggetto di particolare approfondimento con riguardo alla natura della VIA che deve rappresentare uno strumento di analisi dei possibili effetti di un'opera sull'ambiente e non un mezzo istruttorio (sent. n. 152/2012). Nella stessa materia, è stata affermata la sufficienza della motivazione del provvedimento che dispone, a carico del proprietario, l'accertamento del livello d'in-

quinamento del suolo e sottosuolo per l'apprestamento di un progetto finalizzato ad adeguati interventi di salvaguardia (sent. n. 362/2012) e sono stati precisati i requisiti per la legittimità del provvedimento di sospensione dell'attività di fertirrigazione e allevamento dei suini (sent. n. 103/2012). Ancora, nella materia è stata affermata la sufficienza del criterio "radiale" previsto dall'art. 94, d.lgs. n. 152/2006, per la garanzia della salubrità delle acque e per la tutela assoluta del punto di captazione (sent. n. 193/2012).

Sono stati specificati i limiti di applicazione dell'art. 1, co 2, l.r. n. 2/2000 sulla preferenza, rispetto all'apertura di nuove attività, dell'ampliamento delle attività di cava in essere e della ripresa delle attività nelle aree dismesse, anche ai fini della ricomposizione ambientale ed è stata affermata la possibilità di considerare fattore determinante della decisione sul progetto di accertamento di un giacimento, l'opportunità di ritrarre dall'ulteriore sfruttamento del sito di cava anche le risorse necessarie al riambientamento complessivo e potenzialmente definitivo di tutta l'area (sent. n. 220/2012).

Sul tema dell'abbandono dei rifiuti, sono state precisate le ipotesi in cui è configurabile la responsabilità del proprietario del terreno adibito a discarica (sent. n. 13/2012).

Nel tema dell'inquinamento acustico, è stata affermata la natura endo precedimentale della proposta al sindaco delle prescrizioni per ridurre l'orario di un esercizio pubblico fonte di rumore (sent. n. 255/2012) e sono stati precisati i limiti previsti dall'art. 2 d.p.c.m. n. 215/2010 (sent. n. 449/2012).

Nel campo del **pubblico impiego** è stata anzitutto riaffermata la giurisdizione amministrativa in materia di organizzazione degli uffici della p.a. e l'inapplicabilità dell'obbligo di motivazione sugli atti organizzativi (sentt. n. 213/2012; n. 8/2012) mentre è stata devoluta al giudice del lavoro la controversia sul conferimento di incarichi di direzione di struttura medica sanitaria di semplice valenza dipartimentale, trattandosi di incarico riservato al personale di un'ASL (sent. n. 70/2012). Sono stati precisati i limiti della giurisdizione amministrativa nel caso d'impugnazione delle graduatorie d'istituto di terza fascia del personale docente disciplinate dal d.m. n. 62/2011 (sent. n. 364/2012). È stato ritenuto ammissibile e soggetto al giudice amministrativo il ricorso avverso il provvedimento con cui l'amministrazione indice un nuovo concorso anziché procedere allo scorrimento della graduatoria esistente (sent. n. 409/2012). È stata sottoposta al giudice ordinario l'impugnazione della mobilità volontaria perché relativa all'assetto privatistico del rapporto (sent. n. 410/2012). È stata inoltre affrontata la problematica della giurisdizione amministrativa sugli atti del procedimento di conferimento degli incarichi ai medici in regime di libera convenzione (sent. n. 218/2012).

È stata infine dichiarata la giurisdizione ordinaria sulla controversia riguardante l'aggiornamento della graduatoria nella quale non vi sia esercizio di poteri discrezionali (sent. n. 258/2012).

Nel settore dei **concorsi** è stata affermata l'equipollenza della laurea in scienze dell'economia con quella in scienze politiche (sent. n. 329/2012) ed è stata ritenuta l'idoneità dei mezzi di comunicazione telematica a costituire valida informativa per i candidati cui incombe l'onere di attivarsi per reperire le informazioni necessarie sull'espletamento delle prove d'esame (sent. n. 62/2012). Sono stati precisati i casi in cui, nelle procedure concorsuali complesse, deve considerarsi sufficiente la valutazione in forma numerica ed è stata chiarita la funzione dei criteri descrittivi delle valutazioni sempre in caso di genericità degli stessi allorché la genericità si presti ad impedire la verifica a posteriori della corrispondenza fra la forma contenuta dell'elaborato e il punteggio (sent. n. 275/2012 – 281/2012). Sono stati precisati i requisiti di ammissione al corso di formazione manageriale per direttore generale di aziende sanitarie previsti dal bando approvato con DGR Umbria n. 334/2010 (sent. n. 442/2012).

Quanto al settore dell'**università**, è stato affermato il diritto dei ricercatori universitari a vedersi riconosciuto il servizio pre-ruolo prestato come tecnico laureato e riconosciuta l'equivalenza del servizio di funzionario tecnico a quello di tecnico laureato (sent. n. 250/2012). È stata affrontata la problematica afferente il diritto del professore associato confermato al riconoscimento, a fini economici e di carriera, del servizio prestato nella qualità di collaboratore tecnico nella carriera precedentemente ricoperta con il titolo di ricercatore universitario e di collaboratore tecnico laureato (sent. n. 340/2012). Sono stati infine definiti i limiti in cui, alla luce della delibera del 27.10.2009 del senato accademico dell'università, può essere riconosciuto al ricercatore il diritto a essere trattenuto in servizio per indispensabilità nonostante il possesso dei quaranta anni di contribuzione (sent. n. 513/2012). Con particolare riferimento allo Statuto dell'Università di Perugia, è stata infine specificata la natura di organo interno all'Università del Consiglio di Facoltà e del Consiglio Intercurso (sent. n. 126/2012). Sono poi stati distinti i regimi disciplinari nei confronti del professore universitario che presti la sua opera assistenziale anche presso un'azienda sanitaria (sent. n. 206/2012). È stata inoltre affermata la necessità della fissazione di un congruo termine per la presentazione delle deduzioni a carico del professore associato nel procedimento disciplinare, anche nel silenzio della legge in tal senso (sent. n. 107/2012).

Nel settore della **scuola** è stata ritenuta legittima la non ammissione alla classe successiva dello studente che si era sottratto alle verifiche programmate nell'ambito del recupero (sent. n. 98/2012) e sono stati pre-

cisati i limiti in cui il consiglio di classe tenuto conto dell'art. 4, comma 2, d.m. n. 99/2009, può disporre - in sede di scrutinio finale dell'ultimo anno - l'integrazione di punteggio prevista dall'art. 11, comma 4, d.p.r. n. 323/1998 (sent. n. 366/2012). È stata affrontata la problematica del diritto all'istruzione degli alunni handicappati anche in deroga al rapporto alunni-docenti ai fini dell'assunzione a tempo indeterminato degli insegnanti di sostegno (sent. n. 246/2012).

Con specifico riguardo al personale **militare**, sono stati individuati i requisiti del provvedimento che dispone il trasferimento d'autorità degli appartenenti ai corpi di Polizia ad ordinamento militare (sent. n. 1/2012) sono stati inoltre definiti i presupposti in presenza dei quali trova applicazione al personale delle forze armate e di polizia l'art. 33, l. n. 104/1992 (mod. l. n. 183/2010) sui benefici preordinati all'assistenza del parente disabile (sent. n. 373/2012). Con riferimento all'art. 13, d.p.r. n. 339/1982 secondo il quale "*... il personale ... trasferito ad altri ruoli della polizia o ad altre amministrazioni dello stato, non può essere riammesso nel ruolo di provenienza ...*", è stata infine esaminata l'efficacia - ai fini al trasferimento a domanda ad altro ruolo di un'Amministrazione - dell'acquiescenza alle valutazioni mediche sull'accertata inidoneità al servizio nel ruolo di provenienza (sent. n. 371/2012).

Nel settore del personale di **magistratura**, i tagli stipendiali dell'art. 9, commi 2, 21 e 22, l. n. 78/2010 (sul contenimento delle spese in materia di pubblico impiego) sono stati oggetto della questione di legittimità costituzionale, sollevata con riferimento agli artt. 2, 3, 23, 36, 53, 101, 104, e 108 cost. (ordd. n. 10-11-12/2012).

Nell'ambito delle **procedure di gara** sono stati chiariti i requisiti soggettivi cui deve rispondere l'offerente, ove trattasi di un unico centro decisionale risultante dal collegamento sostanziale tra i partecipanti alla selezione onde non incorrere nella fattispecie dell'accordo elusivo del limite quantitativo all'aggiudicazione (sent. n. 96/2012) ed è stata affrontata la problematica della cessione di ramo d'azienda ai fini della qualificazione del partecipante alla gara secondo l'art. 38 del cod. contr. (sent. n. 97/2012). È stata infine valutata la necessità che siano ammessi alla gara, all'aggiudicazione e alla stipulazione, i concorrenti nei cui confronti sia stato preventivamente accertato il possesso dei requisiti di ordine generale, di ordine speciale e di quelli previsti dai criteri selettivi allorché subentrati a seguito di cessione di affitto di azienda o di ramo di essa (sent. n. 500/2010). È stato ritenuto ammissibile il ricorso proposto dalla sola mandataria del raggruppamento di imprese (sent. n. 96/2012). Sulla scorta della connessione degli artt. 38, comma 3, d.l.gs. n. 163/2006 e 47, comma 1, d.p.r. n. 445/2000, è stato infine affermato l'obbligo di allagare la copia fotostatica del documento di identità del sottoscrittore che attribuisce legale autenticità alla sua sottoscrizione (sent. n. 289/2012).

Sotto il profilo oggettivo, sono stati precisati gli elementi che differenziano l'appalto dalla concessione di pubblici servizi e la portata dell'art. 30 comma 3, cod. contr. che impone l'applicazione dei principi del Trattato U.E. nella scelta del concessionario (sent. n. 73/2012). È stata valutata l'applicabilità del cod. contr. alle procedure ad evidenza pubblica di dismissione di un ramo di azienda in applicazione dell'art. 13 comma 3, d.l. n. 223/2006 (sent. n. 161/2012).

Sono stati inoltre definiti i presupposti per individuare il termine utile alla prosecuzione delle gare attivate dai comuni in materia di liberalizzazione del mercato del gas (sent. n. 128/2012) ed è stata affermata la discrezionalità tecnica dell'amministrazione allorché provvede a fissare la soglia di remuneratività delle concessioni del servizio di erogazione del gas (sent. n. 129/2012). È stata inoltre affrontata la problematica dei casi in cui sussiste l'interesse ad impugnare immediatamente le clausole del bando diverse da quelle c.d. autoescludenti, in relazione allo spostamento (ad opera dell'art. 24, comma 4, d.lgs n. 93/2011) al 29 giugno 2011 il termine utile per la prosecuzione delle gare attivate dai Comuni all'infuori degli ambiti territoriali minimi *ex art. 46 bis* del d.l. n. 159/2007, mod. l. n. 244/2007 (sentt. n. 130/2012; n. 132/2012; n. 132/2012). È stato infine affrontato il problema dell'applicabilità del divieto di cui all'art. 23-bis l. n. 133/2008 alle gare sulla distribuzione del gas (sent. n. 133/2012).

Riguardo all'offerta, è stato precisato che l'integrazione dei documenti mancanti, perché non violi la *par condicio*, deve attenere agli elementi tecnici della procedura e non al possesso dei requisiti di partecipazione (sent. n. 500/2012). Sempre in tema di requisiti dell'offerta, è stato affermato l'obbligo delle imprese partecipanti in forma associata di indicare già nell'offerta le quote di partecipazione non soltanto al raggruppamento costituendo o costituito ma anche dei lavori, servizi e forniture (sent. n. 22/2012). La problematica afferente l'individuazione dei criteri e sottocriteri di valutazione dell'offerta è stato confermato che devono essere previsti nel bando di gara anche nella materie in cui non trova applicazione l'art. 83, comma 3, cod. contr. (sent. n. 96/2012). È stata esaminata l'applicabilità del principio della tassatività delle clausole di esclusione alla mancata prestazione della cauzione provvisoria (sent. n. 161/2012).

È stata esaminata la compatibilità del principio della tassatività delle cause di esclusione con l'ampiezza del cd. "potere di soccorso" (sent. n. 486/2012). L'applicazione del principio è stata saggiata al momento dell'esclusione dalla gara, disposta causa l'utilizzazione di un modulo consigliato alla stazione appaltante nella documentazione inerente all'offerta (sent. n. 488/2012) e con riferimento al d.p.c.m. 7 giugno 2005 che stabilisce requisiti di partecipazione ulteriori per il contratti segre-

tati o che esigono particolari misure di sicurezza (sent. n. 204/2012). È stata ribadita la necessità, pena la nullità della gara per vizio di forma sostanziale, che l'apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica e la verifica della loro regolarità formale avvenga in seduta pubblica (sentt. n. 161/2012; 175/2012; n. 247/2012).

Sulla costituzione della commissione giudicatrice ai sensi dell'art. 84, cod. contr., è stata ribadita la necessità che la costituzione della commissione avvenga successivamente alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte (sent. n. 500/2012). Quanto alle operazioni di gara è stata riaffermata la vigenza del principio della continuità (n. 247/2011) e, quanto alla comunicazione *ex art.* 79, cod. contr., ne è stata dichiarata la rilevanza ai fini della decorrenza del termine di impugnazione del provvedimento di aggiudicazione (sent. n. 324/2012)

Con riferimento alla specifica materia del subappalto necessario (o avvalimento sostanziale) sono stati precisati i presupposti che lo caratterizzano (sent. n. 464/2012) e a quella dell'anomalia dell'offerta, è stata chiarita la portata del potere di verifica contenuto nell'art. 86 cod. contr. (sent. n. 306/2012). Sempre con riferimento al cod. contr., è stata precisata la portata dell'art. 51 in tema di subentro in corso di gara e sul diverso ambito oggettivo della disposizione rispetto agli artt. 11, comma 6 e 37, comma 7, cod. contr. (sent. n. 9/2012). Riguardo all'avvalimento, ne è stata valutata l'applicazione al N.O.S. quale requisito soggettivo di capacità tecnica (sent. n. 204/2012).

Con riferimento all'aggiudicazione definitiva è stata ritenuta la necessità che i requisiti di ordine generale siano posseduti dai concorrenti al momento della domanda di partecipazione e della presentazione dell'offerta (sent. n. 333/2012) e che siano mantenuti sino alla stipulazione del contratto (sent. n. 111/2012) ed è stata affermata l'irrilevanza del mancato rispetto del termine finale per la conclusione del procedimento di aggiudicazione definitiva in assenza dell'indicazione del cod. contr. di uno specifico termine per l'aggiudicazione definitiva (sentt. n. 111/2012; n. 9/2012).

Nella particolare fattispecie del comportamento della stazione appaltante, ne è stato affermato l'obbligo di conformarsi alla sentenza di primo grado che ha accertato il difetto dei requisiti di qualificazione dell'aggiudicataria, con conseguente annullamento dell'aggiudicazione, allorché la stessa sia stata riformata in sede di appello giusta il c.d. "effetto espansivo interno" della riforma in appello (sent. n. 386/2012).

Per quanto attiene al **codice del processo**, è stata esaminata, ai fini dell'azione per il risarcimento del danno ingiusto da illegittimo esercizio dell'attività amministrativa, la possibilità di applicare l'art. 2, disp. trans. c.p.a. ai termini il cui decorso ha avuto inizio con l'entrata in vigore del codice ed è stata affermata, in linea di principio, l'irricevibilità

della domanda proposta trascorsi 120 giorni dal passaggio in giudicato della sentenza che ha accertato l'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa (sent. n. 214/2012).

La legittimazione ad agire è stata affermata nei confronti del dipendente di una farmacia comunale, nel ricorso avverso gli atti con cui è disposta la vendita della stessa (sent. n. 303/2012) e del non partecipante alla gara nei confronti del bando, se immediatamente lesivo circa i requisiti di ammissione (sent. n. 163/2012). L'interesse a ricorrere è stato affermato nei confronti degli atti di aggiudicazione qualora siano stati gravati quelli di indizione del procedimento di gara (sent. n. 204/2010) e del programma triennale dei lavori pubblici unitamente all'atto di approvazione dello studio di fattibilità preordinato all'affidamento mediante finanza di progetto qualora sia stato anche impugnato il relativo bando di gara (sent. n. 341/2012).

È stato poi ribadito l'onere dell'interessato di immediata impugnazione delle clausole del bando che prescrivono il possesso di requisiti di ammissione o partecipazione alla gara, ovvero di qualificazione, la cui carenza determina l'effetto escludente, configurandosi il successivo atto di esclusione come meramente dichiarativo e ricognitivo di una lesione già prodotta (sent. n. 331/2012). È stato infine affermato l'interesse del candidato a contestare la graduatoria di un concorso anche per ottenere un semplice miglioramento della sua condizione (sent. n. 330/2012).

È stato ritenuto che la partecipazione di un esponente della società concorrente munito di rappresentanza legale alla seduta in cui viene disposta l'aggiudicazione, è idonea a far decorrere il termine di impugnazione (sentt. n. 247/2012 e n. 438/2012), che una associazione ambientale locale è legittimata ad impugnare gli atti preordinati alla localizzazione di un impianto di produzione di energia (sentt. n. 334/2012 e n. 400/2012) e che la c.d. prova di resistenza è irrilevante ai fini della valutazione dell'interesse a ricorrere qualora oggetto di censura siano non solo i punteggi attribuiti, ma anche asseriti vizi del procedimento e della costituzione della Commissione giudicatrice (sent. n. 336/2012).

È stato dichiarato inammissibile il ricorso del Consiglio di Facoltà e del Consiglio Intercorso, non potendo essere riconosciuta ai loro componenti la legittimazione impugnare gli atti dell'organo del quale fanno parte e agli studenti l'interesse ad impugnare la riduzione dell'offerta formativa in taluni corsi di laurea (sent. n. 126/2012). Anche inammissibile stato dichiarato il ricorso avverso l'atto di organo periferico di un'amministrazione statale notificato presso l'Avvocatura generale dello Stato, anziché presso l'Avvocatura distrettuale nella cui circoscrizione siede il giudice adito (sent. n. 402/2012) ed è stata dichiarata la competenza funzionale del TAR del Lazio sui provvedimenti emessi dall'amministrazione autonoma dei monopoli di Stato. E' stata riaffer-

mata l'inammissibilità dell'intervento proposto dal soggetto dotato di autonoma legittimazione a ricorrere (sent. n. 136/2012).

È stata esaminata la problematica dei termini che si calcolano a ritroso in caso di loro scadenza in giorno festivo (sent. n. 80/2012) e (ai fini dell'irricevibilità del ricorso per tardività del deposito) è stato escluso l'errore scusabile nel caso di disguido nella trasmissione a mezzo posta dell'atto da depositare presso la segreteria del giudice (sent. n. 118/2012). Sulla decorrenza del termine di impugnazione degli atti di gara è stato esaminato l'effetto che produce la pendenza del giudizio d'appello anche con riguardo all'interesse ad impugnare in via autonoma o con motivi aggiunti i provvedimenti successivamente intervenuti (sent. n. 320/2012). È stata infine dichiarata rilevante ai fini della declaratoria d'irricevibilità per decorrenza del termine di impugnazione del provvedimento di aggiudicazione, la comunicazione *ex art.* 79, cod. contr. (sent. n. 324/2010).

Ai sensi del novellato art. 105, comma 3, c.p.a. (sost. dall'art. 1, comma 1, lett. p), n. 2, d.lgs. n. 160/2012) è stato ritenuto suscettibile di riassunzione con atto notificato, il ricorso che era stato fissato d'ufficio dopo la restituzione degli atti da parte del Consiglio di Stato.

Con riferimento all'art. 73 c.p.a. (modificato dall'art. 1, lett. q), d.lgs. n. 195/2011), è stato specificato che le repliche della parte ricorrente sono ammissibili solo ove conseguenti ad atti della parte resistente ulteriori rispetto a quelli di risposta alle iniziative della parte ricorrente stessa (sent. n. 126/2012).

Con riferimento all'art. 64 c.p.a., è stata infine affermata l'applicazione della regola *ex art.* 2967 del c.c. che pone in capo al ricorrente l'onere di provare il presupposto della censura dedotta e sulle conseguenze che derivano in caso di mancato adempimento (sent. n. 151/2012) ed è stato ribadito che grava a carico di chi contesta la sanzione edilizia la prova che l'edificazione sia avvenuta antecedentemente all'emanazione della legge urbanistica e/o che non necessitava di titolo secondo il regolamento edilizio o piano di fabbrica allora in vigore (sent. n. 316/2012). Sono state ritenute impugnabili le valutazioni tecniche dell'organo medico nell'ambito del procedimento preordinato al riconoscimento di una malattia da causa di servizio (n. 79/2012). È stata infine ritenuta la necessità della prova, da parte dell'amministrazione intimata che eccepisce il sopravvenuto difetto di legittimazione passiva essendo subentrata nella *res controversa* altra amministrazione, anche con indicazione della norma (statale o regionale) da cui la successione è dipesa (n. 195/2012).

E' stata disposta la rinnovazione della CTU in ragione della mancata osservanza delle garanzie processuali previste dall'art. 67 c.p.a. ed è stato assegnato al ricorrente e al consulente d'ufficio il termine previsto dall'art. 67, comma 3, lett. d) ed e) (ord. n. 396/2012) ed è stato dichiarato

decaduto dall'incarico il verificatore inadempiente con designazione per l'incombente di altro organo tecnico (ord. n. 491/2012).

In applicazione del novellato art. 105, comma 3, del c.p.a. (sostituito dall'art. 1, comma 1, lett. p), n. 2, d.lgs. n. 160/2012) è stato assegnato alle parti il termine per la riassunzione con atto notificato, in relazione a un ricorso che era stato fissato d'ufficio dopo la restituzione degli atti da parte del Consiglio di Stato, nonostante detta norma processuale fosse già entrata in vigore (ord. n. 461/2012). Sempre in applicazione del secondo correttivo al codice del processo, è stata affermata la competenza funzionale inderogabile del T.A.R. Lazio sede di Roma sui provvedimenti dell'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato in materia di giochi pubblici con vincita, ai sensi dell'art. 135, comma 1, lett. q *quater* del c.p.a., nel testo novellato dall'art. 10, comma 9 *ter*, del d.l. n. 160/2012 (ord. n. 404/2012).

Nella materia sempre incerta del **riparto di giurisdizione**, è stata affermata la spettanza al g.a. della controversia sul contributo unitario per singoli edifici di cui all'All.to A alla D.G.R. n. 5180/1998 attuativa della disciplina di ricostruzione post sisma in quanto *causa petendi* è la legittimità delle valutazioni tecnico - discrezionali svolte nella fase procedimentale precedente all'attribuzione del beneficio (sent. n. 512/2012). È stata invece devoluta all'a.g.o. la domanda di condanna della p.a. al risarcimento del danno patrimoniale per inosservanza delle regole tecniche ovvero dei canoni di diligenza e prudenza nella gestione e manutenzione dei beni ad essa appartenenti perché la domanda non investe scelte ed atti autoritativi dell'Amministrazione, ma attività soggetta al principio del "neminem ledere"(sent. n. 318/2012). Ancora la giurisdizione dell'a. g.o. è stata affermata per le controversie riguardanti lo Statuto di una ex I.P.A.B. trasformatasi in persona giuridica privata (sent. n. 407/2012) e in ordine alle delibere assembleari di nomina e revoca dei componenti del C.d.A. di una s.p.a. di diritto privato, a partecipazione prevalente o totalitaria pubblica (sent. n. 335/2012).

Queste le decisioni nelle materie più frequenti.

Delle **altre materie**, per quanto sporadiche quelle rilevanti sono:

– in tema di **accesso**: sono state specificate le modalità di accesso agli atti e registri dello stato civile depositati presso la prefettura (sent. n. 50/2012), è stato affermato in diritto ad accedere agli atti di autorizzazione in capo al nudo proprietario di un immobile circostante l'area destinata ad un impianto fotovoltaico (sent. n. 153/2012) ed è stato prescritto l'obbligo di consentire l'accesso anche ai dati personali altrui quando sia funzionale all'esercizio del diritto di difesa (sent. n. 100/2012);

– in tema di **stranieri**: sono stati precisati i presupposti cui è subordinata la legittima emersione del lavoro irregolare da parte degli stranieri

e il rilascio in loro favore del permesso di soggiorno per motivi di lavoro subordinato anche in applicazione della decisione c-61/11 della Corte di Giustizia CEE (sentt. n. 3/2012; n. 19/2012; n. 66/2012; 2010/2012) e sono stati chiariti i casi in cui può procedersi alla conversione del permesso di soggiorno per minori non accompagnati in permesso di soggiorno per motivi di lavoro subordinato (sentt. n. 20/2012; n. 267/2012). È stata affermata la necessità, per il rinnovo del permesso di soggiorno per motivi di studio, del superamento, in ogni anno accademico, di due verifiche di profitto conclusive di insegnamenti curriculari (sent. n. 78/2012). Nei provvedimenti di espulsione, è stata degradata a mera irregolarità procedimentale l'omessa traduzione nella lingua dello straniero; (sentt. n. 72/2012; n. 155/2012; n. 350/2012);

– in tema di **armi**, sono stati definiti i presupposti che legittimano la revoca dell'autorizzazione alla detenzione di armi e della licenza di porto di fucile ed è stato chiarito quando la detenzione di un'arma deve essere oggetto di previa denuncia all'Autorità (sent. n. 56/2012). Sono state specificate le condizioni del rilascio della licenza di porto d'armi per difesa personale anche con riferimento alla sulla natura discrezionale delle valutazioni circa l'esistenza delle relative condizioni (sent. n. 259/2010);

– in tema di revoca della **patente di guida**: con riferimento ai principi di ragionevolezza e proporzionalità, di cui agli artt. 3 Cost. e 27, comma 3, Cost. è stata sollevata questione di legittimità costituzionale del combinato disposto dei commi 1 e 2 dell'art. 120, d.l.gs. n. 285/1992 (Codice della strada), nel testo introdotto dall'art. 3, comma 52, lett. a), l. n. 94/2009, nella parte in cui prevede l'automatico ritiro della patente di guida da parte del prefetto e l'impossibilità di conseguire una nuova prima di tre anni, nei confronti delle persone che abbiano subito nel triennio precedente, una condanna penale, anche patteggiata, per detenzione, traffico o uso di sostanze stupefacenti (ord. n. 307/2012). Analoga questione è stata ribadita con riferimento al principio di difesa di cui all'art. 24 Cost. (ord. n. 377/2012). La revoca della patente di guida disposta dal prefetto a carico di persona sottoposta alla misura di sospensione della patente è stata ritenuta di competenza dell'a. g.o. e non del g.a. ricollegandosi ad un diritto soggettivo (n. 360/2012). Analogamente soggetta alla giurisdizione del giudice ordinario (e non amministrativo) è stata ritenuta la revisione della patente di guida per esaurimento dei punti (n. 411/2012);

– in tema di **caccia**, è stato precisato che per la determinazione del contributo all'A.T.C. dovuto dal cacciatore è sufficiente l'intesa tra le Province e con la "condivisione" del mondo venatorio, inteso tale termine nel senso di partecipazione procedimentale degli enti esponenziali dei cacciatori e non con l'unanimità o il suffragio universale dei

cacciatori stessi (sent. n. 136/2012). È stato poi riconosciuto legittimo il calendario venatorio 2012/2013 nella parte in cui prevede che nel caso in cui venga esercitata la caccia al cinghiale in forma collettiva nella medesima giornata non è possibile esercitare altre forme di caccia (sent. n. 385/2012);

– in tema di **farmacie**, è stata riaffermata la natura di aziende speciali delle farmacie comunali ai fini della necessità che alla vendita del bene azienda debba precedere la soppressione del servizio corrispondente (sent. n. 303/2012) ed è stato definito il regime del conferimento delle sedi farmaceutiche vacanti *ex art.* 48, l. n. 326/2003, mediante l'utilizzazione di apposita graduatoria anche ai fini della rilevanza ai fini del termine di durata della graduatoria stessa, del momento in cui è stata istituita o dichiarata vacante la sede da assegnare (sent. n. 24/2012);

– in tema di **monopoli**: sono stati precisati gli interessi che l'amministrazione è tenuta a considerare nel bilanciamento pubblico - privato quando valuta una domanda di autorizzazione alla vendita di tabacchi in conformità alla propria circolare n. 375/UDG/2005 (sent. n. 2/2012) e sono stati determinati i limiti di opponibilità al concessionario del gioco del lotto delle prescrizioni connesse ai quantitativi di raccolta contenuti in atti amministrativi non generali (sentt. n. 123/2012; n. 124/2012);

– in tema di **beni pubblici**: è stato confermato il rilievo puramente presuntivo della natura pubblica dell'inclusione di una strada nell'elenco delle strade vicinali (sent. n. 95/2012);

– in tema di **gioco lecito**: sono stati specificati i limiti del potere del sindaco di stabilire gli orari di funzionamento degli apparecchi di gioco lecito subordinandone l'esercizio all'onere di rigorosa motivazione (sentt. n. 118/2012; n. 119/2012; n. 120/2012; 121/2012);

– in tema di **organi collegiali**: è stata affermata la possibilità che il limite materia di "pari opportunità" contenuta nello Statuto del Comune di Assisi, in applicazione della riforma dell'art. 51 Cost., possa essere superato in ragione dell'ampia discrezionalità di carattere politico-amministrativo che ai sensi dell'art. 46 t.u.e.l. connota in generale l'atto sindacale di nomina (e revoca) degli assessori (sent. n. 241/2012).

CESARE LAMBERTI

L'EQUIPARAZIONE DEI FIGLI NATURALI AI FIGLI LEGITTIMI:
PRIME RIFLESSIONI SULLA LEGGE 10 DICEMBRE 2012, N. 219

SOMMARIO: 1. *Considerazioni introduttive.* – 2. *Elementi di criticità della legge 219/2012 quanto agli aspetti processuali.* – 3. *Maggiori e condivisibili elementi di positività della nuova legge quanto ai suoi aspetti sostanziali.* – 4. *Considerazioni finali.*

1. *Considerazioni introduttive.*

La legge 219/2012, da tempo tanto attesa, ha eliminato la residua, da più parti assai criticata ⁽¹⁾, discriminazione dei figli naturali rispetto a quelli legittimi, cancellando l'ingiustificata distinzione tra figli e creando l'unico stato giuridico di figli senza più aggettivi, attraverso la sostituzione delle vecchie definizioni con la denominazione di "figli nati in costanza di matrimonio e di figli nati fuori del matrimonio (art. 315 novellato dal codice civile) e attraverso l'inserimento dell'art. 315 *bis* nello stesso codice civile sui diritti e doveri del figlio ⁽²⁾.

Nei suoi affetti precipui – in definitiva – la l. n. 219/2012 realizza una sostanziale, piena parificazione di tutti i figli con una profonda modifica di alcune norme importanti del codice civile oltre ad un nuovo trattamento processuale. La novella così dispone la sostituzione dell'art. 38 nelle disposizioni di attuazione del codice civile il cui testo riformato dall'art. 3, comma 1 delimita i procedimenti di competenza del Tribunale per i Minorenni e stabilisce la competenza del Tribunale Ordinario per la regolamentazione di tutte le questioni di natura personale e patrimoniale a seguito della rottura dell'unione di fatto tra genitori quali il diritto

⁽¹⁾ Cfr. MORANI, *L'inadeguata tutela giuridica della prole nata fuori del matrimonio nel nostro ordinamento*, in *Dir. Fam. pers.*, 2012, 478 ss., con richiami di altri autori e di giurisprudenza.

⁽²⁾ L'art. 315 *bis* recita: "Il figlio ha diritto di essere mantenuto, educato, istruito ed assistito moralmente dai genitori, nel rispetto delle sue capacità e delle sue inclinazioni. Il figlio ha diritto di crescere in famiglia e di mantenere rapporti significativi coi parenti. Il figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici, ed anche di età inferiore ove capace di discernimento ha diritto di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano. Il figlio deve rispettare i genitori e deve contribuire in relazione alle proprie capacità, alle proprie sostanze ed al proprio reddito, al mantenimento della famiglia finchè convive con essa."

e le modalità di visita, la frequentazione del figlio, il suo affidamento nonché il contributo di mantenimento della prole.

2. Elementi di criticità della legge 219/2012 quanto agli aspetti processuali

Dal 1° gennaio 2013 la tutela giudiziale dei figli nati fuori del matrimonio (alla stregua di quella dei figli nati in costanza di matrimonio) attraverso la riforma dell'art. 38 disp. att. c.c.⁽³⁾, viene attribuita unicamente al giudice civile del Tribunale Ordinario, mentre anteriormente alle legge 219/2012, e al vecchio testo dell'art.38 citato, veniva rimessa alla cognizione del Tribunale per i Minorenni ogni questione di carattere personale (affidamento e diritto di visita e frequentazione da parte del genitore non affidatario) ed alla cognizione del Tribunale Ordinario ogni altra questione di carattere economico (contributo di mantenimento ed assegnazione della cosa familiare).

⁽³⁾ L'art. 3 della l. n. 219/2012 modifica l'art. 38 delle disposizioni per l'attuazione del codice civile ed introduce le disposizioni a garanzia dei diritti dei figli agli alimenti ed al mantenimento.

Il vecchio testo della norma è sostituito dal seguente: “*art. 38. Sono di competenza del Tribunale per i Minorenni i provvedimenti contemplati dagli artt. 84, 90, 330, 332, 333, 334, 335, e 371 ultimo comma del codice civile. Per i procedimenti di cui all'art. 333 resta esclusa la competenza del Tribunale per i Minorenni nell'ipotesi in cui sia in corso, tra le stesse parti, giudizio di separazione o di divorzio o giudizio ai sensi dell'art. 316 del codice civile; in tale ipotesi per tutte la durata del processo la competenza anche per i provvedimenti dalle disposizioni richiamate nel primo periodo, spetta al giudice ordinario. Sono emessi dal Tribunale Ordinario: i provvedimenti relativi ai minori ai quali non è espressamente stabilita la competenza di una diversa autorità giudiziaria. Nei procedimenti in materia di affidamento e di mantenimento dei minori si applicano, in quanto compatibili, gli artt. 737 e seguenti del codice di procedura civile. Fermo restando quanto previsto per le azioni di stato, il Tribunale competente provvede in ogni caso in camera di consiglio, sentito il Pubblico Ministero, ed i provvedimenti emessi sono immediatamente esecutivi, salvo che il giudice disponga diversamente. Quando il provvedimento è emesso dal Tribunale per i Minorenni, il reclamo si propone davanti alla Sezione Minorile della Corte d'Appello. / Il Giudice, a garanzia dei provvedimenti patrimoniali in materia di alimenti e mantenimento della prole, può imporre al genitore obbligato di prestare idonea garanzia personale o reale, se esiste il pericolo che possa sottrarsi all'adempimento degli obblighi suddetti. Per assicurare che siano conservate o soddisfatte le ragioni del creditore in ordine all'adempimento degli obblighi di cui al periodo precedente, il Giudice può disporre il sequestro dei beni dell'obbligato secondo quanto previsto dall'art. 8, settimo comma della legge 898/1970. Il Giudice può ordinare ai terzi tenuti a corrispondere anche periodicamente somme di denaro all'obbligato, di versare le somme dovute direttamente agli aventi diritto secondo quanto previsto dall'art. 8 secondo comma e seguenti della legge 898/1970. I provvedimenti definitivi costituiscono titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale ai sensi dell'art. 2818 del codice civile”.*

Come è noto, su tale riporto di competenze, a seguito della entrata in vigore della legge 54/2006, era intervenuta la Suprema Corte con l'ordinanza n. 8263/2007 secondo la quale, in caso di cessazione della convivenza fra i genitori naturali, spettava all'organo giurisdizionale specializzato la cognizione delle domande relative all'affidamento ed al mantenimento della prole minore purchè avanzate congiuntamente e ciò in sintonia ed in applicazione dei principi costituzionali di uguaglianza e di concentrazione delle tutele ⁽⁴⁾.

La legge citata, inoltre, estende ai figli delle coppie di fatto tutte le previsioni protettive a favore dei figli delle coppie coniugate e segnatamente le disposizioni concernenti l'obbligo di prestare una cauzione di garanzia dell'onere economico stabilito per il figlio, la facoltà di disporre il sequestro dei beni a garanzia di tale obbligo e la possibilità – da parte del giudice – di emettere un ordine, nei confronti del terzo debitore dell'onere, di corrispondere direttamente all'avente diritto il contributo di mantenimento in caso di inadempimento del genitore.

In sintesi, le principali novità introdotte dalla l. n. 219/2012 essenzialmente consistono nel trasferimento al Tribunale Ordinario delle controversie concernenti le modifiche del codice civile per quanto attiene a:

1) il fondo patrimoniale del minore di cui all'art. 171 c.c., norma che riguarda tutti i figli;

2) la comunione legale di cui all'art. 194 c.c., norma che riguarda tutti i figli;

3) il riconoscimento del figlio naturale di cui all'art. 250 c.c., norma che riguarda tutti i figli nati fuori del matrimonio;

4) l'affidamento del figlio naturale di cui all'art. 252 c.c., norma che riguarda i figli nati fuori del matrimonio;

5) la decisione sul cognome del figlio naturale di cui all'art. 262 c.c., norma che riguarda i figli nati fuori dal matrimonio;

6) l'impugnazione del riconoscimento di cui all'art. 264 c.c., norma che riguarda i figli nati fuori del matrimonio;

7) la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità naturale di cui all'art. 269 comma 1 c.c., norma che riguarda i figli nati fuori dal matrimonio;

8) l'esercizio della potestà parentale sui minori di cui agli artt. 316 e 317 *bis* c.c., norme che riguardano tutti i figli.

Restano, invece, attribuite al Tribunale per i minorenni le controversie civili per quanto attiene a:

1) Il matrimonio dei sedicenni di cui all'art. 84 c.c., norma riguar-

⁽⁴⁾ Cfr. MORANI, *L'affidamento della prole nelle crisi familiari: l'attuale disciplina normativa*, in *Dir. fam. pers.*, 2009, 364.

dante tutti i figli; 2) le convenzioni matrimoniali di cui all'art. 90 c.c., norma riguardante tutti i figli; 3) il riconoscimento dei figli incestuosi di cui all'art. 251 c.c. (autorizzazione al riconoscimento), norma riscritta dall'art. 1 comma 3 della legge 219/2012 che così recita: *“Il figlio nato da persone tra le quali esiste un vincolo di parentela in linea retta all'infinito o in linea collaterale nel secondo grado ovvero un vincolo di affinità in linea retta può essere riconosciuto previa autorizzazione del Giudice avuto riguardo all'interesse del figlio ed alla necessità di evitare allo stesso qualsiasi pregiudizio”*.

Il riconoscimento di una persona minore di età è autorizzato dal Tribunale per i minorenni;

4) la potestà sui figli minori e la condotta pregiudizievole dei genitori di cui agli artt. 330 e 332 c.c., norme riguardanti tutti i figli;

5) i comportamenti pregiudizievoli dei genitori di cui all'art. 333 c.c.;

tuttavia, in caso di pendenza tra i genitori di una causa di separazione o di divorzio, in ordine all'esercizio della potestà parentale la competenza spetta al Tribunale ordinario;

6) la cattiva amministrazione del patrimonio del minore di cui agli artt. 334 e 335 c.c., norma riguardante tutti i figli;

7) l'esercizio dell'impresa di proprietà del minore sottoposto a tutela di cui all'art. 371 comma 2 c.c., norma riguardante tutti i figli.

3. Maggiori e condivisibili elementi di positività della nuova legge quanto agli aspetti sostanziali.

Sotto questo profilo, è di grande importanza e da mettere in evidenza il rilievo che l'art. 2 della legge in commento dà al Governo un'ampia delega a provvedere, entro il termine di un anno, attraverso propri decreti attuativi, in ordine ad alcuni punti particolari.

La delega è volta segnatamente a:

a) eliminare le parole *“legittimi e naturali”* ovunque ricorrenti e sostituirle rispettivamente con *“figli nati nel matrimonio”* e *“figli nati fuori del matrimonio”*;

b) precisare i criteri per identificare *“lo stato di abbandono morale e materiale del minore”* di cui manca nella normativa sull'adozione una definizione o nozione e pertanto costituisce detto stato di abbandono, ancora, una clausola generale su cui spetta al giudice indagare caso per caso; tali criteri servono a dare particolare attenzione e giusto valore all'ambito temporale dell'incapacità o meno dell'eventuale recupero genitoriale con l'espressa previsione dell'esclusione dello stato di indigenza dei genitori quale motivo di privazione del diritto del minore alla propria famiglia;

c) introdurre il concetto di responsabilità genitoriale come canone ulteriore dell'esercizio della potestà parentale;

d) fornire una disciplina unitaria delle modalità dell'ascolto del minore nelle procedure giurisdizionali, con la previsione dell'ascolto da parte del Presidente del Tribunale o del Giudice delegato;

e) modificare la disciplina delle successioni e delle donazioni, assicurando ai minori la produzione di tutti gli effetti in relazione ai legami con gli ascendenti e con i fratelli che scaturiscono dal riconoscimento posto in essere dai genitori, riconoscimento che consentirà al minore di avere tutte le facoltà successorie sia nei confronti dei propri ascendenti che dei fratelli;

f) modificare gli istituti relativi:

- al riconoscimento o al disconoscimento della paternità dei figli;

- alla prova della filiazione;

- alla presunzione della paternità del marito ed alla ridefinizione della disciplina del disconoscimento di paternità;

- al possesso di stato e della dichiarazione giudiziale di maternità e paternità, abrogando ogni disposizione che faceva riferimento alla legittimazione;

- alla legittimazione autonoma ad agire (sinora non prevista dalla l. n. 54/2006) dagli ascendenti (i nonni paterni o materni) a far valere il diritto di mantenere rapporti significativi con i nipoti minori, diritto che dovrà essere armonizzato con il diritto del minore, contemplato dall'art. 155 novellato del codice civile, di avere e mantenere rapporti significativi con i familiari dei genitori: e ciò in sintonia con la riscrittura dell'art. 74 c.c. secondo cui *“la parentela è il vincolo tra le persone che discendono da uno stesso stipite, sia nel caso in cui la filiazione sia avvenuta all'interno del matrimonio sia nel caso in cui sia avvenuta al di fuori di esso, sia nel caso in cui il figlio sia adottivo.*

Il vincolo di parentela non sorge nei casi di adozione di persone maggiori di età, di cui agli artt. 291 e ss.”.

4. Considerazioni finali.

Queste prime riflessioni sulla recentissima l. n. 219/2012 riguardano in particolare le ricadute di essa negli aspetti di diritto sostanziale e negli aspetti di diritto processuale. E a tale proposito, devono sottolinearsi con soddisfazione gli assai significativi e appaganti elementi di positività, elementi introdotti dalla legge citata su alcune norme del codice civile a fronte dei gravi elementi di criticità concernenti il diritto processuale.

In primo luogo, la normativa in parola – racchiusa in sei articoli – elimina la residua, anacronistica ed ingiustificabile discriminazione dei figli naturali rispetto ai figli legittimi, adeguando, così, tardivamente,

il diritto di famiglia nei rapporti verticali tra i genitori e figli alle spinte evolutive della società ed alle disposizioni fondamentali della costituzione repubblicana (artt. 3 e 30) nonché ai precetti e principi delle due Convenzioni Internazionali di New York e di Strasburgo.

Con l'unicità dello *status* di figlio la nuova legge attribuisce soggettività al minore, ora titolare di diritti ed anche di doveri come enunciato dall'art. 315 *bis* c.c.

In secondo luogo, le legge citata, sul piano processuale, trasferisce al Tribunale ordinario (formato da tre giudici ordinari nella composizione collegiale) la gran parte delle questioni di natura personale (appartenendo già ad esso le questioni di natura patrimoniale), riducendo a residue e limitate ipotesi, l'antecedente e più ampia competenza *ratione materiae* del giudice minorile.

A tale riguardo, deve osservarsi che, sebbene la c.d. diaspora delle competenze con l'assurdo riparto di esse, dannoso sia per quanto concerne le maggiori spese a carico del genitore obbligato ad adire due diversi organi giurisdizionali (quello ordinario e quello specializzato a seconda della differente natura della domanda da proporre) non fosse stata superata dalla l. n. 54/2006, tuttavia la criticata distonia praticamente è rimasta immutata anche con la l. n. 219/2012.

È chiaro ed in alcun modo confutabile che detta frammentazione non è venuta meno con la legge in commento che impone, piuttosto, al genitore interessato di rivolgersi alle due diverse autorità giudiziarie suindicate per la proposizione delle proprie domande.

Ed infatti, con la modifica dell'art. 38 delle disposizioni di attuazione del codice civile viene attribuito al Tribunale ordinario un numero assai prevalente di controversie civili come quelle sull'affidamento dei figli nati fuori del matrimonio, sul contributo del loro mantenimento e sulla assegnazione della casa familiare (cause queste due ultime già di spettanza del giudice ordinario) controversie tutte alle quali si applica il rito camerale, con l'aggiunta di quelle sulla potestà parentale nonché sulla dichiarazione giudiziale di paternità e maternità naturale.

Viene riconosciuta ancora, al Tribunale ordinario la competenza di adottare – in pendenza di giudizio di separazione o divorzio ed in caso di condotta pregiudizievole dei genitori nei confronti dei figli nati dentro in matrimonio – i provvedimenti di decadenza o di limitazione della potestà parentale.

È altresì certo ed in alcun modo contestabile che l'annoso problema della frammentazione delle competenze non può essere risolto con l'istituzione di sezioni specializzate presso il Tribunale Ordinario e le Corti di Appello, istituzione prospettata con alcuni recenti disegni di legge della XVI legislatura che lascia in vita il Tribunale per i Minorenni solo in ordine ai giudizi penali per i reati commessi dai minori.

Detto problema, invece, deve essere risolto, esclusivamente con la costituzione di un organo giurisdizionale specializzato, unico, dotato di entrambe le competenze proprie del giudice ordinario e del giudice specializzato in tema di relazioni familiari e di minori, organo unico, quindi, con funzioni civili e penali, operante nelle ventinove sedi distrettuali in cui oggi è articolato il Tribunale per i minorenni.

E ciò per evitare che le norme processuali risultino ancora discriminatorie nei confronti dei figli naturali, lasciando in vita i Tribunali per i minorenni con un'assai ridotta competenza rispetto all'assai allargata sfera di azione dei Tribunali Ordinari.

Deve, infine, aggiungersi che non può più invocarsi il principio della prossimità della giustizia a sostegno delle presenti circoscrizioni giudiziarie con i 179 Tribunali Ordinari a fronte dei 29 Tribunali per i Minorenni, principio che non può oggi essere di ostacolo alla costituzione dell'unico organo giurisdizionale specializzato distrettuale, considerando l'assai diffusa circolazione di veicoli pubblici e privati che eliminano qualunque distanza dal capoluogo regionale.

GIOVANNI MORANI

INTERCETTAZIONI E NUOVE FORME DI COMUNICAZIONE: LIMITI E GARANZIE

SOMMARIO 1. *Le Intercettazioni di comunicazioni informatiche o telematiche* – 2. *Legalità e nuove tecnologie per le intercettazioni* – 3. *I “nuovi” mezzi di ricerca della prova, tra esigenze investigative e diritto alla riservatezza.*

1. *Le intercettazioni di comunicazioni informatiche e telematiche.*

L'art. 266 *bis* c.p.p. rappresenta l'ultimo tassello della disciplina dettata dal codice del rito in tema di intercettazioni di comunicazioni e conversazioni. La previsione in parola è stata introdotta dalla l. 23 dicembre 1993, n. 547, art. 11, con la quale lo Stato italiano si è adeguato alla raccomandazione del Consiglio d'Europa 13 settembre 1989, n. 9 tesa a fronteggiare il dilagante impiego di tecnologie informatiche o telematiche da parte della criminalità ⁽¹⁾.

Occorre, dapprima, attribuire una definizione al concetto di “sistema informatico e telematico”. Con la prima espressione si vuole fare riferimento ai «*sistemi destinati all'elaborazione di dati e alla loro utilizzazione attraverso elaboratori elettronici* ⁽²⁾», mentre con la seconda si indicano i «*mezzi attraverso i quali i sistemi informatici vengono gestiti a distanza, mediante reti di telecomunicazione* ⁽³⁾».

Anche il giudice di legittimità ha tentato di elaborare una più compiuta definizione stabilendo che «*[...] deve ritenersi “sistema informatico” [...] un complesso di apparecchiature destinate a compiere una qualsiasi funzione utile all'uomo, attraverso l'utilizzazione di tecnologie informatiche [...], mentre [...] è “sistema telematico” l'insieme di sistemi informatici collegati tra loro per lo scambio di informazioni, purché siano connessi in modo permanente [...]* ⁽⁴⁾».

⁽¹⁾ SARZANA, *Informatica e diritto penale*, Milano, 1994, 247 ss.

⁽²⁾ TRAMONTANO, *Codice di Procedura Penale spiegato*, 9° ed., Piacenza, 2011, 583 ss.

⁽³⁾ Cfr. PARODI, *Le intercettazioni*, Torino, 2002, 292.

⁽⁴⁾ Cass., sez. VI, 14 dicembre 2012, n. 3067, in *Mass. Uff.*, 3067; Cass., sez. V, 6 luglio 2007, n. 31135, *ibidem*, 237601.

In definitiva, i due sistemi sembrano distinguersi per il «*metodo utilizzato per la trasmissione dei dati a distanza*»⁽⁵⁾, per quanto non sia ancora chiaro il motivo per il quale si intenda operare questa differenziazione terminologica. La Corte di cassazione, con una storica decisione del 1999, si era pronunciata in tal senso, prefigurando come l'avvento della telefonia mobile comportasse il trattamento di dati esterni e diversi da un'ordinaria conversazione tra persone⁽⁶⁾.

Con un *decisum* di poco successivo, il più alto Collegio di legittimità ha sancito come lo scambio di flussi informatici debba equipararsi ad una comunicazione telefonica: l'evoluzione tecnologica, del resto, ha trasformato il segnale analogico (cosiddetta fonia) in segnale digitale, con una progressiva dismissione degli apparati di registrazione meccanica⁽⁷⁾.

⁽⁵⁾ Fra tanti, PICA *Diritto penale delle tecnologie informatiche*, Torino, 1999, 12; ATERNO, *Sull'accesso abusivo a sistema informatico o telematico*, in *Cass. pen.*, 2000, 2990; CUOMO, *La tutela penale del domicilio informatico*, *ivi*, 2000, 12998; PARODI, *Le intercettazioni*, cit., 295 ss.; APRILE-SPIEZIA, *Le intercettazioni telefoniche ed ambientali*, Milano, 2004, 889.

⁽⁶⁾ Cass., sez. un., 13 luglio 1998, n. 21, Gallieri, in *Mass. Uff.*, 211197: «[...] negli ultimi venti anni si è assistito ad un'evoluzione della telefonia, non solo sotto l'aspetto quantitativo di utenze e di volume delle comunicazioni, ma soprattutto sotto il profilo tecnologico, nella ricerca di nuove prestazioni e nuovi servizi. Lo sviluppo è stato caratterizzato dal prevalere delle tecnologie elettroniche numeriche utilizzate nel trattamento dei segnali telefonici (conversazioni), e dei dati di qualunque tipo convogliati in rete per qualunque servizio, diverso e complementare rispetto alle conversazioni, quali ad esempio messaggi e fax. In passato le suddette funzioni erano state svolte da un sistema elettromeccanico (i relé), con funzioni più elementari. Il nuovo sistema numerico è stato adottato in modo completo per la telefonia mobile, di recente diffusione; nella telefonia fissa, invece, la sua introduzione è in corso di completamento, almeno nel nostro paese, richiedendo essa la sostituzione degli impianti preesistenti. Ora, mentre il sistema di tipo elettromeccanico della telefonia precedente, per le sue caratteristiche tecnologiche, non comportava il trattamento dei dati c.d. esterni alla conversazione [...] il sistema elettronico della telefonia mobile, in particolare, comprende necessariamente il trattamento dei dati [...] esterni alla conversazione, che vengono trattati e registrati ancorché alla chiamata non segua alcun colloquio o conversazione [...] Il suddetto flusso di bit comprende – come anticipato – anche dati relativi al traffico dei servizi complementari – alla telefonia mobile – quali il servizio messaggi (es. tipo e-mail o fax) che esulano anch'essi dalla nozione di conversazione tra persone [...]».

⁽⁷⁾ Cass., sez. un., 23 febbraio 2000, n. 6, D'Amuri, *ibidem*, 21584: «[...] la rivoluzione che ha trasformato la telefonia nel recente passato ha segnato, in estrema sintesi, il progressivo passaggio dalla trasmissione di segnali in maniera analogica a quella di dati in forma digitale, trasformando il servizio telefonico (a partire da quello di telefonia mobile) in un sistema informatico o telematico. È dunque mutato lo stesso oggetto fisico della comunicazione telefonica e, quindi, della sua intercettazione. Di conseguenza è stato fatto progressivamente ricorso alla utilizzazione di sistemi di registrazione digitale computerizzata che hanno sostituito gli apparati meccanici». Nello stesso senso, *ex plurimis*, Cass., 17 gennaio 2003, n. 36288, De Alfieri, *ibidem*,

Ciò posto, premesso che una semplice interpretazione estensiva dell'art. 266 c.p.p. avrebbe consentito di comprendere nelle «*altre forme di telecomunicazione*» anche le intercettazioni telematiche, l'attuale art. 266 *bis* c.p.p. appare, ad una prima analisi, una norma inutile e prettamente definitoria. Al distratto legislatore nostrano sarebbe forse bastato aggiungere un altro comma dedicato alle intercettazioni informatiche o telematiche al tessuto normativo già esistente ⁽⁸⁾.

Tuttavia, illuminante appare la considerazione per la quale «[...] l'art. 266 *bis* c.p.p. si riferisce alle comunicazioni tra "sistemi", senza richiedere affatto che ad essere intercettati siano "dati" [bytes] in forma digitale. Dunque, volendo portare alle logiche conseguenze il ragionamento sin qui condotto, si potrebbe certamente affermare che l'art. 266 *bis* c.p.p. regolamenta oggi non solo le intercettazioni telematiche o informatiche in senso stretto, ma anche quasi tutte le intercettazioni telefoniche, trattandosi comunque di sistemi telematici ⁽⁹⁾».

A rigor di logica, tutte le comunicazioni che transitano per gli operatori telefonici avvengono oramai con la trasmissione di dati (*bit*) digitali: la nuova disciplina normativa appare, così, la prima fonte di riferimento per qualsivoglia comunicazione telefonica, *latu sensu* intesa.

Tanto in dottrina, quanto in giurisprudenza si discute circa i presupposti applicativi della disciplina in commento: emergono, nello specifico, delle perplessità circa il fatto che la norma possa autorizzare la captazione per i reati informatici di cui agli artt. 615 *ter* e ss. c.p. In realtà, nell'art. 266 c.p.p. vengono enucleati i limiti per i quali è possibile disporre le intercettazioni, sia in termini edittali che per tipologia di reati. Non può, per questo, ritenersi convincente quella ricostruzione per la quale il nuovo art. 266 *bis* c.p.p. avrebbe inteso implementare il novero dei reati per cui è possibile disporre tale mezzo di ricerca della prova, aggiungendovi i cosiddetti delitti informatici.

A titolo meramente esemplificativo, la truffa perpetrata attraverso *skype* non consentirebbe l'intercettazione, dal momento che tale fattispecie non rientra nel limite edittale della pena cristallizzato nella previsione generale.

226699; Cass., 17 dicembre 2004, n. 5688, M'baye ed altro, *ibidem*, 230693 e Cass., sez. un., 26 giugno 2008, n. 36359, Carli, *ibidem*, 240395.

⁽⁸⁾ FUMU, Sub artt. 266 – 266 *bis* c.p.p., in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, CHIAVARIO (a cura di), agg. III, vol. IV, Torino, 1998, 133 ss.

⁽⁹⁾ A. BONOMO, *Le investigazioni con l'impiego di intercettazioni di comunicazioni e di flussi informatici o telematici. I nuovi strumenti di comunicazione telematica ed informatica: aspetti tecnici e questioni giuridiche*, in *Tecniche di indagine e rapporti tra p.m., polizia giudiziaria, consulenti tecnici e difensori*, Roma, 2011, p. 6.

Non mancano opinioni contrarie. Si ritiene che l'art. 266 bis c.p.p. «*abbia una portata più ampia di quanto sembri a prima vista*»: il mezzo informatico non è elemento costitutivo del reato, ma lo diventa se il reato viene commesso con tale strumento. Così opinando, si arriva a credere che la norma autorizzi le captazioni sia per i reati informatici, che per quelli a forma libera «*che solo occasionalmente sono commessi per mezzo del computer*»⁽¹⁰⁾.

Il Giudice di legittimità, per converso, ha riconosciuto alla norma una chiara portata soggettivistica, tanto da autorizzare le intercettazioni dei mezzi informatici o telematici, purchè in uso ad un determinato indagato, che ne abbia facoltà di accesso ed utilizzo⁽¹¹⁾.

L'art. 266 bis c.p.p., come già riferito nelle premesse, si applica anche per l'acquisizione dei dati esteriori ai flussi informatici o telematici⁽¹²⁾. Per completezza espositiva, occorre precisare come la l. 18 marzo 2008, n. 48 abbia ampliato il dettato dell'art. 256, comma 1 c.p.p., prevedendo il dovere di esibizione di segreti per le persone indicate negli artt. 200 e 201 c.p.p. anche di dati, informazioni e programmi informatici (art. 132, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 con successive modifiche e/o integrazioni).

Da ultimo, è opportuno fare un breve accenno alle problematiche

⁽¹⁰⁾ CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, cit., 67. Cfr. Cass. pen., sez. un., 23 febbraio 2000, D'Amuri, in *Giur. it.*, 2001, 1708.

⁽¹¹⁾ Cass., sez. I, 14 febbraio 2005, n. 12901, Palamara, in *Mass. Uff.*, 231591: «[...] l'intercettazione di flussi telematici riconducibili ad un determinato utente mediante la procedura di monitoraggio del percorso, disposta dal G.i.p., comporta la legittima captazione dei flussi informatici gestiti dal soggetto titolare di un determinato nome utente che contraddistingue sia l'account di posta elettronica che quello di connessione. Conseguentemente non è causa di invalidità o di inutilizzabilità dei provvedimenti autorizzativi l'improprio riferimento informatico al solo "account" di posta elettronica e non a quello di connessione, trattandosi di due aspetti della stessa realtà giuridica, indicativa della facoltà di accesso di un determinato utente alla trasmissione e alla ricezione dei flussi telematici».

⁽¹²⁾ Cass., sez. un., 13 luglio 1998, n. 21, Gallieri, *ibidem*, 211197: «[...] poiché la stampa dei tabulati concernenti il flusso informatico relativo ai dati esterni al contenuto delle comunicazioni telefoniche costituisce la documentazione, in forma intelligibile, del flusso medesimo, la relativa acquisizione soggiace alla stessa disciplina delle garanzie di segretezza e libertà delle comunicazioni a mezzo di sistemi informatici di cui alla l. 23 dicembre 1993 n. 567 (che ha introdotto l'art. 266 bis e modificato l'art. 268 c.p.p.), sicché il divieto di utilizzazione previsto dall'art. 271 c.p.p. è riferibile anche all'acquisizione dei tabulati predetti tutte le volte che avvenga in violazione dell'art. 267, cioè in assenza del prescritto decreto motivato. (In motivazione la Corte ha precisato che la legittima acquisizione dei tabulati in parola può essere disposta nel corso delle indagini preliminari dal p.m. e dal giudice che procede - art. 267 c.p.p. - o dal giudice del dibattimento o di appello, rispettivamente ai sensi degli artt. 507 e 603 c.p.p.)».

emerse in merito alle intercettazioni dei *social network* o delle comunicazioni VoIP⁽¹³⁾, attraverso *skype*⁽¹⁴⁾.

È acclarato il crescente utilizzo di meccanismi quali *skype* per video-comunicare attraverso il p.c., sia per i costi esigui, sia per le particolari facilità di utilizzo. L'esperienza testimonia come molte attività criminose vengano pianificate attraverso questo strumento poiché ritenuto più sicuro, alternativo, quindi, al tradizionale telefono o cellulare. Si impone, per l'effetto, una rivalutazione delle garanzie in vista delle peculiarità tipiche dei moderni sistemi di interazione.

L'esempio che maggiormente può verificarsi è quello in cui gli interlocutori (indagato/i) si colleghino da un p.c. ubicato nei luoghi di privata dimora *ex art.* 614 c.p., ordinariamente protetti dal principio di inviolabilità di cui all'art. 14 Cost. In questo caso lo strumento informatico fungerebbe da mezzo captante di conversazioni o comunicazioni tra presenti, ponendosi alla stregua di una intercettazione ambientale e per questo ne dovrebbe seguire la disciplina.

2. Legalità e nuove tecnologie per le intercettazioni

Eccezion fatta per specifiche situazioni, tassativamente disciplinate⁽¹⁵⁾, nel tessuto codicistico non si riviene alcun limite circa le persone intercettabili, nonché alcuna restrizione circa i mezzi di comunicazione sottoponibili a controllo.

Fatti salvi i casi delle rilevazioni domiciliari, per le quali si richiede un onere motivazionale rafforzato, restano captabili tutte le altre modalità comunicative; mezzi che, a tacer d'altro, manifestano un elevato grado di riservatezza, poiché percorrono dei «[...] canali destinati per loro natura ad escludere la conoscibilità, da parte dei terzi, del contenuto del

⁽¹³⁾ BRUCE A. HALLBERG, *Fondamenti di reti di computer*, Milano, 2003, 113. Per telecomunicazioni e informatica con *Voice over IP* (Voce tramite protocollo *Internet*, acronimo VoIP), si intende una tecnologia che rende possibile effettuare una conversazione telefonica sfruttando una connessione *Internet* o una qualsiasi altra rete dedicata a commutazione di pacchetto che utilizzi il protocollo IP senza connessione per il trasporto dati.

⁽¹⁴⁾ *Skype* è un *software* proprietario *freeware* di messaggistica istantanea e VoIP. Esso unisce caratteristiche presenti nei client più comuni (chat, salvataggio delle conversazioni, trasferimento di file) ad un sistema di telefonate basato su una *network peer-to-peer*. La possibilità di far uso di un servizio a pagamento, *skype out*, che permette di effettuare chiamate a telefoni fissi, rendono il programma competitivo rispetto ai costi della telefonia tradizionale, soprattutto per le chiamate internazionali e intercontinentali. Con *skype* è possibile anche inviare sms a basso costo verso tutti gli operatori di rete mobile.

⁽¹⁵⁾ Cfr., l. 20 giugno 2003, n. 140, art. 4, circa le intercettazioni da disporsi nei confronti di un membro del Parlamento (art. 68, comma 3 Cost.).

pensiero trasmesso ⁽¹⁶⁾», lasciando presupporre la totale estromissione da rilevazioni esterne.

Si tratta proprio di quei canali che danno luogo a particolari forme di trasmissione, mediante flussi telematici sui quali, oltre a viaggiare la mera fonìa è possibile trasmettere “pacchetti di dati” che contengono molteplici contenuti. Si ha riguardo di un settore, la telefonia per l’ap-punto, che negli ultimi venti anni ha conosciuto un incredibile *trand* evolutivo, non solo da un punto di vista quantitativo, per il numero di utenze e il volume delle comunicazioni, ma specialmente sotto il profilo tecnologico, per la scoperta di nuove prestazioni ed innovativi servizi.

Lo sviluppo è stato caratterizzato dall’utilizzo dei sistemi informatici nel trattamento dei segnali telefonici (conversazioni), e di dati convogliati in rete per assolvere ad altre funzioni, diverse e complementari rispetto a quelle analogiche. Nel passato le suddette funzioni erano state svolte da un sistema elettromeccanico (i cosiddetti *relè*), con funzioni chiaramente più elementari.

Il nuovo sistema numerico, di tipo binario, è stato adottato in modo completo per la telefonia mobile, di recente diffusione; per quella fissa, invece, la sua introduzione è in corso di completamento, almeno nel nostro paese, mancando ancora l’integrale sostituzione della vecchia impiantistica.

Ora, mentre il precedente modello elettromeccanico, per le sue caratteristiche, non comportava il trattamento dei dati cosiddetti esterni alla conversazione, «[...] *l’attuale sistema elettronico della telefonia mobile, in particolare, comprende necessariamente il trattamento dei dati [...] esterni alla conversazione, che vengono trattati e registrati ancorché alla chiamata non segua alcun colloquio o conversazione (tentativo di chiamata)* ⁽¹⁷⁾»,

A tal proposito, il suddetto flusso di *bit* ⁽¹⁸⁾ comprende anche «[...] *i dati relativi al traffico dei servizi complementari alla telefonia mobile quali il servizio messaggi (es. tipo e-mail o fax) che esulano anch’essi dalla nozione di conversazione tra persone* ⁽¹⁹⁾».

⁽¹⁶⁾ PACE, Sub *art. 15 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, BRANCA (a cura di), Bologna-Roma, 1977, 88.

⁽¹⁷⁾ Fino al 2009 il tentativo di chiamata non veniva inserito nei tabulati telefonici. Soltanto con l’entrata in vigore del cosiddetto “decreto-Frattini” (d.lgs. 30 maggio 2008, n. 109) , con la modifica dell’art. 132 d.lgs. n. 196/2003, *gli operatori telefonici hanno introdotto nei tabulati telefonici anche i tentativi di chiamata, limitatamente agli ultimi trenta giorni.*

⁽¹⁸⁾ Un *bit* è una cifra binaria, (cosiddetto “*binary digit*”) ovvero uno dei due simboli del sistema numerico binario, classicamente chiamati zero (0) e uno (1).

⁽¹⁹⁾ Cass., sez. un., 13 luglio 1998, n. 21, cit.

Fino a poco tempo fa lo scambio di comunicazioni era molto limitato, dal momento che non vi era una capillare diffusione della telefonia, soprattutto mobile. La compatibilità con la disciplina costituzionale, in punto di tutela della riservatezza, si poneva, quindi, per le sole conversazioni tra presenti, ovvero perpetrate con il classico mezzo della fonia.

Attualmente, la realtà è del tutto diversa. Stante il largo impiego delle nuove forme di telecomunicazione, si amplia la necessità di tutelare ogni indebita intromissione nella sfera privata, assegnando una forma di garanzia specifica per ciascuna tipologia di comunicazione, tenendone a mente le peculiarità.

In conseguenza, l'attuale impianto giuridico cristallizzato negli artt. 266 e ss. c.p.p., sembra caratterizzato da una palese inadeguatezza dovuta al dinamismo frenetico del progresso di settore e alla continua e diversificata crescita dei mezzi di comunicazione. Una delle modalità attraverso le quali testare l'insufficienza dell'impianto normativo riguarda il già citato fenomeno *skype*⁽²⁰⁾, il quale offre la possibilità di comunicare in *real time*, attraverso l'utilizzo di un protocollo UDP⁽²¹⁾ (*User Datagram Protocol*), a qualunque distanza: una forma di comunicazione del tutto assimilabile a quella *de visu*, visto che alla comunicazione fonica si affianca quella video.

Le descritte peculiarità rendono *skype* meccanismo unico nel genere, tanto da imporre la creazione di un congegno più corposo di garanzie rispetto a quello ordinariamente previsto per la captazione di conversazioni. Le riprese video, per loro natura, sono caratterizzate da altrettanta invasività, dal momento che tendono a recepire ogni forma di gestualità umana, a contenuto sia comunicativo quanto non comunicativo.

La migliore dottrina suole indicare con il termine videoriprese «[...] la registrazione (effettuata attraverso strumenti tecnici di captazione visiva) di quanto accade in un luogo, all'insaputa di chi in esso si trovi⁽²²⁾». Inutile nascondere come la questione sia stata oggetto nel tempo di feroci dibattiti: alcuni ne sostenevano l'assoggettabilità alla disciplina delle intercettazioni, nella concorrenza di determinate circostanze, mentre altri hanno ritenuto che le stesse appartenessero alla categoria della

⁽²⁰⁾ L'azienda produttrice del programma assicura un grado di protezione della comunicazione comparabile con quello dei più diffusi standard crittografici. *Skype* conta al settembre 2011, 663 milioni di utenti registrati a livello mondiale.

⁽²¹⁾ BRUCE A. HALLBERG, *Fondamenti di reti di computer*, cit., 98. Si tratta di uno dei principali protocolli di rete della suite di protocolli Internet. Esso funziona a livello - 4 trasporto - nella pila dello standard ISO/OSI, in combinazione con il protocollo 3 di livello rete IP.

⁽²²⁾ TONINI, *Lineamenti di Diritto Processuale Penale*, VIII, Milano, 2010, 194, nella parte in cui l'Autore precisa i termini del dibattito.

prova cosiddetta atipica ex art. 189 c.p.p. ovvero a quella documentale ex art. 234 c.p.p.

Nello specifico, occorre distinguere fra videoriprese eseguite in luogo pubblico, aperto al pubblico o nel domicilio. Al primo criterio se ne affianca un secondo: le riprese, infatti, possono avere ad oggetto sia comportamenti comunicativi, come nel caso di due soggetti che parlano fra loro, quanto non comunicativi, come accade per gli spostamenti tenuti in un certo luogo.

Riscontrato il *gap* normativo, già nel 2002 la Consulta era intervenuta nel dibattito, introducendo il distinguo, mai più smentito, tra comportamenti comunicativi e meri comportamenti ⁽²³⁾: con la prima espressione, così, si indicava qualunque gestualità dell'uomo, alla quale potesse riconoscersi un significato univoco.

In merito alle videoriprese eseguite dalla polizia giudiziaria nell'ambito di un'attività di indagine, sono numerosi i contributi offerti dalla giurisprudenza di legittimità, la quale ha precisato come «[...] *le videoregistrazioni operate in luoghi pubblici ovvero aperti od esposti al pubblico, se eseguite [...] nell'ambito del procedimento penale, costituiscono prova atipica che non necessita dell'autorizzazione del G.i.p., e, documentando attività investigative non ripetibili, possono essere allegate al relativo verbale ed inserite nel fascicolo per il dibattimento* ⁽²⁴⁾».

In punto di garanzie, il più alto organo di nomofiliachia aveva già sussunto nella disciplina dell'art. 266 c.p.p. soltanto i comportamenti comunicativi osservati nella privata abitazione, mentre «[...] *le video registrazioni [di meri comportamenti] effettuate dalla polizia, d'iniziativa o su delega, in luoghi pubblici ovvero aperti al pubblico vanno incluse nella categoria delle prove c.d. atipiche* ⁽²⁵⁾», conformandosi alla relativa disciplina. Diversa la situazione per le videoriprese di atteggiamenti non comunicativi eseguite all'interno di bar ⁽²⁶⁾, *privè*, camerini o ba-

⁽²³⁾ Corte cost., 24 aprile 2002, n. 135, in *Cass. pen.*, 2002, 2285: «È infondata, in riferimento agli art. 3 e 14 cost., la questione di legittimità costituzionale degli art. 189 e 266-271 c.p.p. e segnatamente, dell'art. 266 comma 2 dello stesso codice, nella parte in cui non estendono la disciplina delle intercettazioni delle comunicazioni tra presenti nei luoghi indicati nell'art. 614 c.p. alle riprese visive o videoregistrazioni effettuate nei medesimi luoghi, in quanto il modello normativo evocato dal giudice "a quo" come "tertium comparationis" è inconferente, stante la sostanziale eterogeneità delle situazioni poste a confronto: la limitazione della libertà e segretezza delle comunicazioni, da un lato; l'invasione della sfera della libertà domiciliare in quanto tale, dall'altro. L'ipotesi della videoregistrazione che non abbia carattere di intercettazione di comunicazioni potrebbe essere disciplinata soltanto dal legislatore, nel rispetto delle garanzie costituzionali dell'art. 14 Cost.».

⁽²⁴⁾ Cass., sez. II, 24 aprile 2007, n. 35300, C. A., in *Mass. Uff.*, 237848.

⁽²⁵⁾ Cass., sez. un., 28.3.2006, n. 26795, Prisco, in *Cass. pen.*, 2006, 1591.

⁽²⁶⁾ Cass., sez. VI, 10 novembre 2011, n. 1707, A., in *Mass. Uff.*, 251563.

gni pubblici ⁽²⁷⁾, che non possono qualificarsi quale domicilio, ma sono comunque considerati ambienti nei quali viene garantita l'intimità ed un'aspettativa di riservatezza: le captazioni in quelle sedi acquisite sono anch'esse prove atipiche e, per questo, soggette ad autorizzazione motivata dell'autorità giudiziaria che ne attesti l'idoneità nell'accertamento dei fatti ⁽²⁸⁾. Rimane fermo, di contro, l'assoluto divieto di percepire i comportamenti non comunicativi in ambito domiciliare: in assenza di una puntuale disciplina legislativa i risultati eventualmente ottenuti saranno inutilizzabili.

Le Sezioni unite del 2006, in realtà, furono chiamate ad esprimersi circa le videoriprese effettuate dalla polizia giudiziaria di propria iniziativa, sul piazzale d'ingresso di una privata abitazione: ebbene, stante la visibilità di tali luoghi direttamente dalla pubblica via, nel caso di specie non si è consumata alcuna indebita intrusione, di talché le captazioni non comunicative potranno far regolarmente ingresso nel giudizio ⁽²⁹⁾. Diversamente, in altro pronunciamento sono state dichiarate inutilizzabili le captazioni visive pur perpetrate nei riguardi dell'imputato ed in presenza di specifica autorizzazione dell'autorità giudiziaria, disposte in relazione ad un delitto non annoverato nel tassativo elenco dell'art. 266 c.p.p. ⁽³⁰⁾.

In sintesi, l'organo di legittimità ha precisato come non potendo

⁽²⁷⁾ Cass., sez. VI, 28 settembre 2010, n. 37751, Mangiafave, *ibidem*, 248601.

⁽²⁸⁾ Cass., sez. un., 28 marzo 2006, Prisco, in *Mass. Uff.*, 234269: «Le videoregistrazioni in ambienti in cui è garantita l'intimità e la riservatezza, non riconducibili alla nozione di "domicilio", sono prove atipiche, soggette ad autorizzazione motivata dell'A.G. e alla disciplina dettata dall'art. 189 cod. proc. pen.». Nel caso di specie, la Corte ha precisato, con riferimento a videoriprese effettuate nei camerini - c.d. privè - di un locale notturno, che tali luoghi, come pure i bagni pubblici, non possono essere considerati "domicilio", neppure nel tempo in cui sono occupati da persone, in quanto il concetto di domicilio individua un particolare rapporto con il luogo in cui si svolge la vita privata, in modo da sottrarre la persona da ingerenze esterne, indipendentemente dalla sua presenza.

⁽²⁹⁾ Nei medesimi termini, Cass., sez. I, 18 dicembre 2008, n. 4422, G. e altro, *ibidem*, 242743, «Sono legittime e pertanto utilizzabili, senza che necessiti l'autorizzazione del giudice per le indagini preliminari, le videoriprese dell'ingresso e del piazzale di un'impresa eseguite a mezzo di impianti installati dalla polizia giudiziaria sulla pubblica via, non configurandosi, in tal caso, alcuna indebita intrusione nell'altrui domicilio».

⁽³⁰⁾ Cass., sez. VI, 11 dicembre 2003, n. 6537, Puggioni, in *ibidem*, 228274: «[...] sono inutilizzabili le intercettazioni audiovisive effettuate, con l'autorizzazione del G.I.P., in un asilo nido in relazione ad un reato non rientrante fra quelli per i quali è consentito il ricorso all'intercettazione (nella specie, il reato di maltrattamenti), in quanto deve escludersi che le stesse, pur avendo avuto ad oggetto le condotte poste in essere dall'imputato, costituiscano un'attività di indagine per la quale non sia necessaria l'autorizzazione di cui all'art. 266 c.p.p.».

essere ricondotte al *genus* delle captazioni di comunicazioni o di conversazioni, alle videoriprese non si deve applicare la disciplina di cui agli artt. 266 e ss. c.p.p., «[...] *ma soltanto il limite della libertà morale della persona, sancito in via generale dall'art. 14 Cost. e verificato dal giudice, di volta in volta, con riferimento alla utilizzabilità della prova* ⁽³¹⁾».

Le videoriprese – da intendersi quale mezzo atipico di ricerca della prova – sono ormai così tanto diffuse da potersi notare in ogni angolo della strada: si tratta di particolari dispositivi molto spesso utilizzati, sia nei centri storici quanto nelle private dimore, in una logica preventivo-securitaria. Diventa, perciò, ancor più stringente la ricerca di una fonte normativa che possa legittimare la fruizione di questa modalità così tanto invasiva.

L'occhio che spia è già presente in ogni mezzo di controllo sociale: semafori, parcheggi, banche, strade, locali pubblici e quant'altro. Se da un versante sventola il vessillo del diritto sovranazionale, dall'altro si alza un vento «[...] *dispotico e moderno, il quale è caratterizzato da un elemento morfologico comune – la centralizzazione dei poteri – ma assume fisionomia e caratteri diversi a seconda delle differenti situazioni in cui si sviluppa e si afferma* ⁽³²⁾».

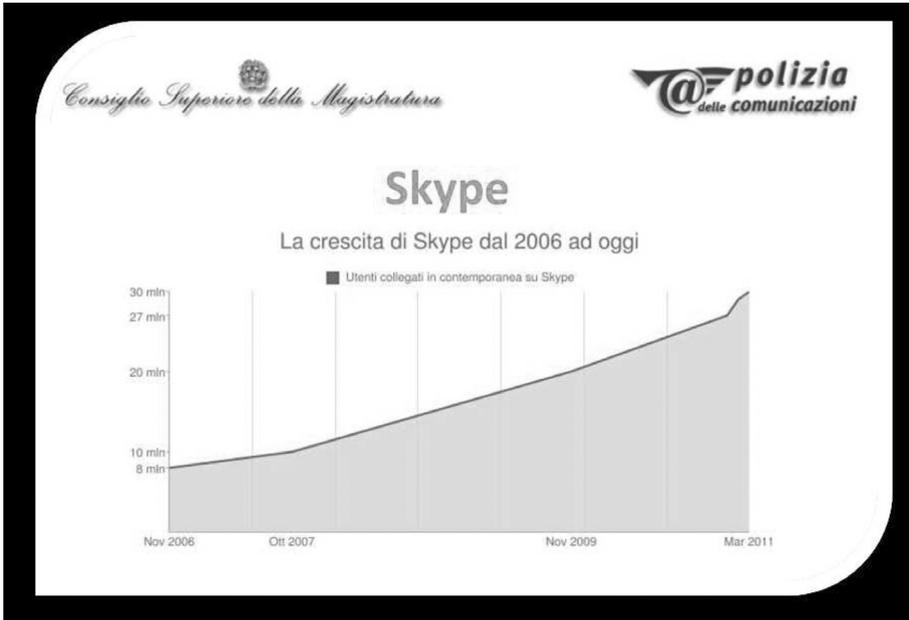
Il già rilevato vuoto normativo non può comunque sopportare un corrispettivo vuoto nella tutela ⁽³³⁾: a fronte della perdurante inerzia del legislatore, il formante giurisprudenziale ha prospettato un'estensione della disciplina di cui artt. 266 e ss. c.p.p. quantomeno alle captazioni di comportamenti comunicativi osservati nel privato domicilio.

Diverso il regime spiegato per le mere condotte: eccezion fatta per le rilevazioni domiciliari, del tutto inibite, per le altre sedi si è fatto ricorso, per salvaguardare il materiale acquisito, alla categoria della prova atipica. Si impone, allora, l'osservanza dei presupposti in quella sede richiamati: idoneità nell'accertamento dei fatti e divieto di ledere la dignità morale dell'interessato. La captazione così acquisita non potrà che fare ingresso nel giudizio se non nelle forme dell'art. 234 c.p.p.

⁽³¹⁾ Cass., sez. IV, 18 giugno 2003, K., in *Cass. pen.*, 2004, 3280.

⁽³²⁾ CILIBERTO, *La democrazia despótica*, 2° ed., Bari, 2011, 5.

⁽³³⁾ FURFARO, *Il diritto alla riservatezza*, in *Riservatezza ed intercettazioni tra norma e prassi*, Gaito (a cura di), Roma, 2011, 48: «*Il senso dello "stato dell'arte" è ben rappresentato proprio dalle "soluzioni" date al problema delle riprese video e fotografiche, attualmente davvero rappresentativo del più generale, immanente disordine sul diritto alla riservatezza e sulla sua tutela nel processo. Le divergenze giurisprudenziali, sulla omologabilità ai fini del regime autorizzativo, di tali riprese alle intercettazioni di comunicazioni e conversazioni tra presenti deriva, infatti, da un (abbondantemente rilevato) vuoto normativo, rispetto al quale, principi processuali alla mano, bisognerebbe arrendersi*».



La dottrina, del resto, si è interrogata circa la possibile violazione del comando giudiziale di autorizzazione, qualora si renda necessario trasmettere il materiale così acquisito in fase dibattimentale: per rigore sistematico, in un'ipotesi di tal fatta le (illegittime) captazione dovranno ritenersi inutilizzabili ⁽³⁴⁾.

2. I “nuovi” mezzi di ricerca della prova, tra esigenze investigative e diritto alla riservatezza

Richiamando il particolare fenomeno *skype*, si vuole ancora rimarcare il crescente impiego di una tale tecnologia, la quale per mezzo della linea DSL ⁽³⁵⁾, consente una veloce trasmissione dei dati su cavo telefonico o fibra ottica.

⁽³⁴⁾ MARINELLI, *Intercettazioni Processuali e Nuovi Mezzi di Ricerca della Prova*, Torino, 2007, 128: «[...] le videoregistrazioni assolvendo esse la propria funzione con un modus procedendi non dissimile da quello delle intercettazioni di comunicazioni [...] ci si può chiedere se, in parallelo a questo mezzo tipico, una possibile violazione del comando giudiziale non possa sopravvenire ex post, ovvero al termine dell'incumbente investigativo, allorchando si renda necessario farne confluire i risultati nello spazio processuale».

⁽³⁵⁾ BRUCE A. HALLBERG, *Fondamenti di reti di computer*, cit., 92. «[...] Si sta attualmente diffondendo molto rapidamente un tipo di connessione chiamata “linea utente digitale”, o DSL. Esiste una certa varietà di tecnologie che vengono indicate con una o più lettere precedenti l'acronimo “x” DSL [...], come la c.d. ADSL.

Si tratta di una innovativa modalità di comunicazione largamente utilizzata, la cui fruizione continua a svilupparsi in modo esponenziale: dalle videoconferenze alle conversazioni che avvengono tra le mura domestiche, in una connessione che può interessare più interlocutori.

È evidente come l'intercettazione di tale strumento dovrebbe presupporre un elevato coefficiente di tutela giurisdizionale, dal momento che l'aspettativa di segretezza è maggiore, acclamate le indubbie peculiarità del sistema. Inutile nascondere come il suo impiego spesso si consumi nell'ambito familiare, quindi nei luoghi di cui all'art. 614 c.p., senza però sopportare le regole previste per le ordinarie captazioni in tali luoghi.

Occorre comunque rilevare come, ancora oggi, intercettare *skype* non sia un'attività di facile realizzazione, dal momento che la stessa implica non poche problematiche d'intervento tecnico.

Qualche mese fa su di un quotidiano a diffusione nazionale, è stato pubblicato un contributo sul tema ⁽³⁶⁾, che invitava gli utenti a fare un uso accorto della presente strumentazione, in considerazione della possibile esposizione al rischio intercettazioni. Alla luce di meccanismi di intrusione tanto invasivi si pongono non pochi problemi di carattere processuale, ferma restando la constatazione che il panorama normativo vigente non fornisce una definizione specifica di ciò che debba considerarsi "sistema informatico" ⁽³⁷⁾.

L'argomento, già affrontato da quella giurisprudenza che ne ha rilevato l'alto grado di sensibilità sotto il profilo delle garanzie, pone

Per DSL si intende una famiglia di tecnologie che fornisce trasmissione digitale di dati attraverso l'ultimo miglio della rete telefonica fissa, ovvero su doppino telefonico dalla prima centrale di commutazione fino all'utente finale e viceversa.

⁽³⁶⁾ Contributo apparso su *Il Fatto Quotidiano*, del 3 agosto 2012 rinvenibile sul sito *www.il fattoquotidiano.it*: «Skype nessuna intercettazione sulle chiamate. Ma i server conservano i dati. Il problema, al centro delle lamentele sulla privacy e delle paure di intercettazione, è la nuova architettura del servizio dopo l'acquisto di Microsoft. Una decisione che pare imposta dagli organi di polizia e dai governi per avere accesso a tutte le comunicazioni VoIP».

⁽³⁷⁾ Compito, questo, brillantemente assolto dalla giurisprudenza di legittimità. *Ex multis*, Cass., sez. VI, 14 dicembre 1999, n. 3067, in *Sett. giur.*, 2000, 77 ss.; Cass., sez. V, 6 luglio 2007, n. 31135, in *Mass. Uff.*, 237601: «Deve ritenersi "sistema informatico", secondo la ricorrente espressione utilizzata nella legge 23 dicembre 1993, n. 547, che ha introdotto nel codice penale i cosiddetti "computer's crimes", un complesso di apparecchiature destinate a compiere una qualsiasi funzione utile all'uomo, attraverso l'utilizzazione (anche parziale) di tecnologie informatiche, che sono caratterizzate - per mezzo di un'attività di "codificazione" e "decodificazione" - dalla "registrazione" o "memorizzazione", per mezzo d'impulsi elettronici, su supporti adeguati, di "dati", cioè di rappresentazioni elementari di un fatto, effettuata attraverso 3 simboli (bit), in combinazione diverse, e dalla elaborazione automatica di tali dati, in modo da generare "informazioni", costituite da un insieme più o meno vasto di dati organizzati secondo una logica che consenta loro di esprimere un particolare significato per l'utente».

seri interrogativi: fra tanti e per rievocare quanto già sviluppato, quale previsione si dovrà richiamare nel caso il computer da “osservare” si trovi in uno di quei luoghi di privata dimora, che legittimano il ricorso al disposto dell’art. 266, comma 2 c.p.p. ⁽³⁸⁾?

I nuovi mezzi di comunicazione, così, sono sottoposti al vaglio di esperti e studiosi per analizzarne i vuoti nella tutela ovvero la possibilità di sovrapporre le garanzie già specificate per istituti simili. Sono numerose le modalità di contatto che, per certi versi, non possono rientrare nell’ambito delle intercettazioni *tout court*, ma che ne condividono le finalità. Si pensi all’invio del cosiddetto *trojan* ⁽³⁹⁾, ad un determinato p.c. remoto: «[...] è lì che è possibile introdurre un programma “malizioso” [...] installandolo con accesso fisico al computer [...] oppure in

⁽³⁸⁾ Interrogativi brillantemente precisati da A. BONOMO, *Le investigazioni con l’impiego di intercettazioni di comunicazioni e di flussi informatici o telematici. I nuovi strumenti di comunicazione telematica ed informatica: aspetti tecnici e questioni giuridiche*, in *tecniche di indagine e rapporti tra p.m., polizia giudiziaria, consulenti tecnici e difensori*, cit., p. 20: «[...] laddove l’autorizzazione [alle captazioni] sia stata chiesta e concessa solo per intercettare le conversazioni telefoniche e telematiche tramite skype, saranno utilizzabili le eventuali conversazioni tra presenti intercettate e registrate perché avvenute a microfono aperto? E se il computer da intercettare si trova in un luogo di privata dimora si dovrà ritenere applicabile il limite di cui all’art. 266 ult. comma c.p.p.? ed ancora ove il computer sia in un luogo di privata dimora, ma si intendano intercettare le sole conversazioni tramite skype, si potrà chiedere l’autorizzazione entro tali limiti, con conseguente utilizzabilità solo di tali conversazioni?».

⁽³⁹⁾ Per *trojan* o *trojan horse* (in italiano, “cavallo di troia”), nell’ambito della sicurezza informatica, si indica una particolare tipologia di *malware*. Deve il suo nome al fatto che le sue funzionalità sono nascoste all’interno di un programma apparentemente utile; è dunque l’utente stesso che installando ed eseguendo un certo programma, inconsapevolmente, installa ed esegue anche il codice *trojan* nascosto. L’introduzione di un *trojan* all’interno di un sistema informatico o telematico corrisponde ad un vero e proprio attacco alla rete che consente di installare delle *back-door* (porta di servizio) o dei *keylogger* (un programma che logga le attività del p.c.) “sui sistemi bersaglio”. I tipi di attacchi possono avvenire anche *front-door* (porta principale). Introdurre un *trojan* in un computer significa “sniffare” tutto il traffico dei dati che passano, a livello (1) fisico (della pila ISO/OSI), dalla scheda di rete che, settata in modalità promiscua, restituisce anche il traffico di tutti gli *host* (computer) che sono collegati sulla stessa rete, mediante un HUB. Tale attività, pertanto, non può considerarsi alla stregua di una comune intercettazione telefonica poiché, in quella informatica, si capterebbe un eterogeneo flusso di dati provenienti dalla stessa rete in cui si trovano collegati tutti gli *host* (ad esempio, all’interno di un ufficio). Oltretutto per flusso di dati si intende una quantità di flussi (*bit*) che trasportano eterogenee forme di comunicazioni: fonia, immagini, video, foto, documenti etc. Questa materia, pur minando aspetti costituzionalmente garantiti, è ancora agli albori di una riflessione giuridica che manca radicalmente di un impianto normativo strutturato in dettaglio, attraverso una continua osmosi operativa tra giuristi ed ingegneri informatici.

modalità remota, per esempio con l'invio in allegato ad una e-mail ⁽⁴⁰⁾, facendovi ingresso attraverso una *backdoor* ⁽⁴¹⁾, ovvero mediante un *keylogger* ⁽⁴²⁾.

Sfruttando le tecniche *hacking* ⁽⁴³⁾ gli inquirenti possono introdursi all'interno di un sistema informatico, ovviamente inibendo la conoscibilità di dette operazioni da parte di chi ne subisce l'intrusione.

Del resto, introducendo un *trojan* all'interno del computer destinatario è possibile eseguire sull'*hard disk* la cosiddetta «perquisizione *on line*» ⁽⁴⁴⁾, attraverso la quale si può «frugare», ovvero analizzare e acquisire (attraverso la tecnica *hashing* ⁽⁴⁵⁾) la documentazione informatica in esso contenuta. Ciò non comporterebbe intercettazione poiché l'oggetto non sarebbe «*un flusso di comunicazioni*» richiedenti un dialogo con altri soggetti, ma un flusso unilaterale direzionale di dati confinati all'interno dell'*hard disk* del computer ⁽⁴⁶⁾.

In realtà, sembrerebbe trattarsi di una vera e propria perquisizione informatica tesa non già a captare, ma ad acquisire il corpo del reato o cose pertinenti ad esso.

Pesanti perplessità in merito sono state espresse dalla Corte costituzionale tedesca che ne ha eccepito la problematica della tenuta costituzionale ⁽⁴⁷⁾. Al contrario, la nostrana giurisprudenza di legittimità

⁽⁴⁰⁾ A. BONOMO, *Le investigazioni con l'impiego di intercettazioni di comunicazioni e di flussi informatici o telematici. I nuovi strumenti di comunicazione telematica ed informatica: aspetti tecnici e questioni giuridiche*, in *tecniche di indagine e rapporti tra p.m., polizia giudiziaria, consulenti tecnici e difensori*, cit., p. 19.

⁽⁴¹⁾ BRUCE A. HALLBERG, *Fondamenti di reti di computer*, cit., 163. Col termine *backdoor* si indicano, in senso figurato, le porte di servizio (cioè le porte sul retro) che consentono di superare in parte o in tutto le procedure di sicurezza attivate in un sistema informatico o un computer entrando nel sistema stesso.

⁽⁴²⁾ In informatica un *keylogger* è uno strumento di *sniffing*, *hardware* o *software* in grado di intercettare tutto ciò che un utente digita sulla tastiera del proprio, o di un altro computer.

⁽⁴³⁾ POLLINO, PENNINGTON, BRADLEY DWIVEDI, Hacker. *La sfida*, Milano, 2006. Si può definire l'*hacking* come l'insieme dei metodi, delle tecniche e delle operazioni volte a conoscere, accedere e modificare un sistema *hardware* o *software*. Colui che pratica l'*hacking* viene identificato come *hacker*.

⁽⁴⁴⁾ MARCOLINI, *Le cosiddette perquisizioni on line*, in *Cass. pen.*, 2010, 2855 ss.

⁽⁴⁵⁾ La tecnica *hashing* (ISO/IEC10118) è un'attività della cosiddetta *digital forensics* che consente di garantire l'autenticità del contenuto acquisito, fonte di prova digitale, attraverso degli algoritmi denominati MD5 e SHA1.

⁽⁴⁶⁾ Il disco rigido è uno dei tipi di dispositivi di memoria di massa attualmente più utilizzati. È infatti presente nella maggior parte dei computer e anche in altri dispositivi elettronici.

⁽⁴⁷⁾ Corte cost. *Bundesverfassungsgericht*, 27 febbraio 2008, n. 822, il cui testo è rinvenibile sul sito *www.jei.it*; *contra*, Cass., sez. V, 14 ottobre 2009, n. 16556, Virruso, in *Mass. Uff.*, 246955. Sul tema, fra tanti, BUSO-PISTOLESI, *Le perquisizio-*

ha ritenuto che la captazione occulta dei dati da computer remoto è legittima se disposta mediante il decreto del pubblico ministero, qualora il provvedimento abbia riguardato l'estrapolazione di dati, non aventi ad oggetto un flusso di comunicazioni già formati e contenuti nella memoria del computer: tali operazioni, per l'effetto, costituirebbero una prova atipica, da sottrarsi alla prescrizione degli artt. 266 e ss. c.p.p.

In tal senso, l'intrusione all'interno del computer è garantita alla stregua di una comune perquisizione, ma il problema si pone sotto un'altra prospettiva: a differenza di un'ordinaria perquisizione, quella informatica, qualora non venga eseguita direttamente sul p.c., presuppone una intromissione occulta attraverso una connessione di rete diretta con la postazione remota esaminata e, quindi, implica comunque la captazione di un flusso informatico. In tal senso è inevitabile il controllo diretto del computer remoto che, oltre al contenuto dei dati ormai fissati in memoria, potrebbe trasmettere e ricevere messaggi in diretta mediante *social network*, posta elettronica o attraverso collegamenti VoIP (*skype*). Questo tipo di attività, pur non rientrando nel novero delle ordinarie intercettazioni, sembra comunque avere profonde diversità con la disciplina della perquisizione.

Cosa ben diversa è la captazione via *skype*: essa non avviene in via diretta (attraverso la cosiddetta sonda) tramite il *provider* che fornisce il servizio (così come avviene con le compagnie telefoniche), bensì attraverso le varie tecniche di *hacking*: il *trojan* residente all'interno del computer remoto (preventivamente introdotto al suo interno) è in grado di compiere qualunque operazione sulla macchina indiziata purché questa sia accesa. Il *trojan* svolge così la stessa funzione di un servocomando di un modellino che viene pilotato a distanza ⁽⁴⁸⁾.

Pertanto, ad essere intercettata non sarà la sola conversazione tra interlocutori, ma tutti i flussi di comunicazione che si muovono attraverso il computer. Qualora *skype* venga utilizzato all'interno dei luoghi di cui all'art. 614 c.p., posto che lo stesso viene impiegato attraverso periferiche *hardware*, quali videocamere e microfoni collegati al p.c., oltre all'intercettazione diretta di quel mezzo si consuma anche una captazione ambientale, con una ricezione delle comunicazioni che avvengono tra i presenti; in un'ipotesi di tal fatta potrebbe intervenire, necessariamente *ex post*, un provvedimento autorizzativo del G.i.p., sempre che all'interno dei luoghi di privata dimora si stia consumando

ni e i sequestri informatici, in *Nuove tendenze della giustizia penale di fronte alla criminalità informatica*, RUGGERI-PICOTTI (a cura di), Torino, 2011, 200 e ss.

⁽⁴⁸⁾ *Server Command & Control*, ovvero un server di *command and control* che rende il p.c. remoto controllabile a distanza come un *robot*.

l'attività criminosa ovvero si dovrebbe sancire l'inutilizzabilità dei risultati così (indebitamente) ottenuti.

Ancora più oscuro appare il dilemma circa la possibilità di captare una molteplicità di mezzi di comunicazione: si pensi al *trojan* inviato ad un p.c. remoto. Come già accennato, il *trojan* consente di monitorare l'intera attività del computer, sia essa legata alle periferiche *hardware*, sia essa attinente all'utilizzo dei *software* installati in quel p.c.

Questo significa che l'intercettazione non si limiterebbe a captare un mezzo di comunicazione determinato, come ad esempio una linea telefonica, ma, ancora una volta, un'eterogenea moltitudine di flussi comunicativi che attraversano quel determinato apparecchio (posta elettronica, *chat*, *social network*, etc.).

E da ultimo: qualora l'intercettazione *skype*, eseguita all'interno di uno dei luoghi di cui all'art. 614 c.p., sia stata regolarmente disposta, come si può giustificare un'indiscriminata ricezione delle conversazioni degli altri utenti che interloquiscono con l'indagato? In questi casi è implicito captare indirettamente quanti stanno video-comunicando all'interno delle proprie abitazioni, senza che questi abbiano a che fare con le attività illegali?

Diverso è per le intercettazioni ambientali *tout court*, dato che le stesse vengano eseguite solo ed esclusivamente nell'ambito domestico ed è pacifico che gli interlocutori vengano intercettati poiché si trovano all'interno di quei luoghi nei quali vi sia fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa.

Al cospetto di tali esigenze si apre un autentico difetto di tutela, che si tenta di colmare con soluzioni di ripiego, le quali vogliono comprimere le regole, volgarizzando il diritto vigente.

La necessità di garantire quell'aspettativa di sicurezza pubblica che lo Stato deve assicurare alla collettività, sembra quasi rendere altrettanto necessaria la cessione di porzioni di diritto per attuare il cosiddetto controllo sociale. Tuttavia, un «*controllo sociale*»⁽⁴⁹⁾, qualora interessi situazioni giuridiche inalienabili, non può che essere guidato dalla riserva di giurisdizione, proprio al fine di garantire un più mirato uso delle tecniche di intercettazione, soltanto laddove siano davvero indispensabili per la prosecuzione delle indagini.

SALVATORE SCUDERI

⁽⁴⁹⁾ BARGAGLI, COLOMBO, SAVONA, *Sociologia della devianza*, Bologna, 2003, 15, «[...] per definire i metodi usati per fare in modo che i membri di un gruppo rispettino le regole di questo gruppo. Gli agenti del controllo sociale e i metodi che essi usano sono assai numerosi [...]».

PRODUCT PLACEMENT: QUANDO DIRITTO E MARKETING SI INCONTRANO

SOMMARIO: 1. *Premessa.* – 2. *Gli inizi.* – 3. *Il quadro normativo nazionale di riferimento.* – 4. *Il contratto.* – 5. *Altri strumenti di realizzazione del product placement.* – 6. *Conclusioni.*

1. *Premessa.*

L'interesse di una nota società di produzione cinematografica per un articolo (ed un marchio) altrettanto noto in ambito nazionale ed internazionale, da inserire all'interno di una scenografia per un film destinato al grande schermo, mi ha piacevolmente costretto ad approfondire il fenomeno commerciale e pubblicitario del c.d. *product placement*, con stimolanti ed imprescindibili implicazioni di natura giuridico-legale⁽¹⁾.

Quale professionista della società inserzionista, sono stato infatti incaricato di negoziare e concludere il relativo contratto con l'azienda cinematografica andando a disciplinare contenuti, termini ed obbligazioni per un "posizionamento" del prodotto nella sceneggiatura del film, utile e proficuo ad entrambe le Parti⁽²⁾.

Il *product placement* è appunto la tecnica di marketing mediante la quale si realizza la collocazione di un prodotto o di una marca commerciale all'interno di una produzione cinematografica, televisiva, teatrale, musicale, sportiva.

Di derivazione anglosassone ed appartenente al sistema giuridico di *common law*, il *product* (o *brand*) *placement* viene definito in "posizio-

⁽¹⁾ Il film in questione è "Cosa voglio di più" per la regia di Silvio Soldini, prodotto da Lumière & Co, distribuito da Warner Bros Pictures Italia, interpretato da Pierfrancesco Favino e Alba Caterina Rohrwacher. La trama (vedremo utile ai fini della disamina) è costituita dalla storia di Anna, donna tranquilla, serena, dedita alla famiglia agli amici e al marito, nella cui vita irrompe Domenico, sposato e con altri figli. Decidono di vivere insieme un'intensa quanto passionale relazione clandestina. Tra incontri furtivi, litigate al cellulare e sesso consumato in un motel a ore, il rapporto sembra doversi piegare ai doveri e ai richiami dei rispettivi partners ed invece, inaspettatamente, si ritroveranno in fuga.

⁽²⁾ Nel caso di specie, si tratta di salviette rinfrescanti e struccanti denominate "Fria", presenti nel mercato nazionale ed internazionale.

namento di prodotto” e cioè nella introduzione di un marchio/prodotto in seno ad un’opera cinematografica (o produzione televisiva) legandola al contesto narrativo - espressivo così da renderne riconoscibile i segni distintivi, i quali debbono risultare come il frutto spontaneo delle scelte dei soggetti che vi prendono parte.

La non immediata riconducibilità al messaggio promozionale di quel prodotto o servizio non dipende così dalla tecnica utilizzata dall’inserzionista ma dal fatto che esso viene presentato come un elemento della scena.

In altre parole, lo strumento in esame cerca di sfruttare la forza della comunicazione di un’opera per la promozione di prodotti diversi (da quelli di largo consumo a quelli di lusso), così come insegnato dalla tradizione statunitense e britannica che, graziati da un sistema normativo di maggiori vedute, ha permesso da tempo il diffondersi di tale tecnica di marketing e con ciò, di imporsi su altre produzioni, come, ad esempio, quella italiana, che solo di recente può ricorrervi in forza di una legislazione la quale ha reso legittimo ed incoraggiato il ricorso al *product placement*.

2. *Gli inizi.*

Si dice (e sul punto non vi è univocità) che il *product placement* nasce con il cinema.

Già infatti dal marzo 1895, i fratelli Lumière presentarono il proprio filmato dal titolo “*Uscita degli operai della fabbrica Lumière*” con l’intento di arrivare prima di George Eastman, titolare della Kodak, e di Thomas Edison, che nel 1894 inventò il cinescopio e cominciò a produrre filmati promozionali stringendo accordi commerciali con imprese di trasporto ferroviario statunitensi, la Lehigh Valley Railroad e Pennsylvania Railroad che parteciparono ai filmati del 1896 e 1897. Fu poi il momento del sapone “*Sunlight*”⁽³⁾ e, nel 1945, del whisky Jack Daniels, sorseggiato da John Crawford nel film “*Mildred Pierce*” ed ancora il gin della Gordon’s nel film del 1951 “*The African Queen*”, la cui bottiglia è ripresa e presente tra Humphrey Bogart e Katherine Hepburn.

È poi la volta della *Coca Cola*⁽⁴⁾, delle varie industrie di sigaret-

⁽³⁾ Film francese dei fratelli Lumière in cui sono riprese due donne che facevano il bucato con accanto due confezioni di sapone della Lever Brothers, uno con la marca francese (*Sunlight Savon*) e l’altra in tedesco (*Sunlight Seife*), frutto di una cooperazione con la suddetta fabbrica britannica di detersivi.

⁽⁴⁾ Il film “*Dinner at Eight*” (1933) fu pubblicizzato con la realizzazione di poster che riprendevano il protagonista Jean Harlow e altri attori che bevevano la nota bevanda durante le riprese del film. La bevanda è espressamente ordinata da Spencer Tracy nel film “*Test Pilot*” del 1938.

te⁽⁵⁾ e nel 1963, della consacrazione dei *brand* legati al grande schermo: il primo “*testimonial-movie*” James Bond e i suoi marchi connessi al più conosciuto e famoso agente segreto di tutti i tempi: Aston Martin, Don Perignon, Martini Dry... .

Per comprendere quanto sia forte e persuasivo il messaggio contenuto in un *product placement* sul consumatore, ricordo che in occasione del film “*Accadde una notte*” di Frank Capra (1934) venne tagliata la scena in cui Clark Gable veniva ripreso privo della biancheria intima sotto la camicia a causa del contestuale crollo del mercato delle maglie “della salute”.

Passano gli anni e il fenomeno del *product placement* si amplia, diventa mezzo di comunicazione oltre che di *marketing*, con la capacità di affascinare gli spettatori e di attivare gli stessi valori che poi li spingeranno, quali consumatori, a scegliere quel prodotto; si arricchisce di altre forme di promozione per il *brand*; sfrutta il crescente interesse dello spettatore/consumatore; utilizza e si impegna con i nuovi rimedi tecnologici e del *web*.

3. *Il quadro normativo nazionale di riferimento.*

Pur influenzato dal mercato statunitense che trasporta sul grande schermo prodotti e servizi (ma anche stile di vita e mode), l'Italia si accontenta di “*Carosello*”⁽⁶⁾, inteso come pubblicità televisiva vera e propria che all'epoca non poteva eccedere un ristretto lasso di tempo e che, per presentazione e finalità, si discosta comunque dal *product placement* ove l'inserimento e la contestualizzazione del prodotto all'interno dell'opera costituiscono gli elementi caratterizzati.

Il primo provvedimento normativo sulla materia è il d.lgs. 25 gennaio 92, n. 74 “*Attuazione della direttiva 84/450/CEE in materia di pubblicità ingannevole e comparativa*”, che vieta l'utilizzo di pratiche assimilabili al *product placement* nell'ambito cinematografico, la c.d. pubblicità occulta e/o ingannevole.

La delega prevedeva altresì l'istituzione di un'autorità garante con la competenza di procedere alla sospensione e al divieto di una siffatta

⁽⁵⁾ I sigari Owl nel film “*Scarface*” (1932), le sigarette Lucky Strike nel film “*Strangers All*” (1935) e le più note ancora Chesterfield fumate da Fred Astaire mentre balla il tip-tap in “*You'll Never Get Rich*” (1941).

⁽⁶⁾ Dal 6 marzo 2013 di nuovo sul piccolo schermo denominato *Carosello Reloaded*, sino al 28 luglio. Nato nel 1957 per poter veicolare messaggi pubblicitari, il format appositamente creato, già prevedeva una netta distinzione tra la parte di spettacolo (1 minuto e 45 secondi) e quella pubblicitaria (il c.d. *codino* di 30 secondi). L'ultimo passaggio fu del Capodanno del 1977.

pubblicità qualora fosse stata rilevata all'interno di un qualsiasi programma.

In detto provvedimento si precisano le regole sulla trasparenza pubblicitaria e della “*pubblicità subliminale*” (art. 4 comma 1)⁽⁷⁾. Si intende cioè perseguire il fine di rendere riconoscibile la natura promozionale del messaggio e l'effettiva riconducibilità dello stesso quale pubblicità.

Ma così disciplinando, il *product placement* appare una forma pubblicitaria punibile in quanto vietata (art. 4 comma 1) difettando dei requisiti di chiara “*riconoscibilità*”, di “*distinguibilità*” e di “*evidente percezione*”.

Un clima dunque sfavorevole, in cui il *product placement* finiva per essere equiparato alla pubblicità occulta, contraria agli interessi sia dei consumatori che delle imprese, a presidio dei rapporti concorrenziali. Non vi sono deroghe al principio della trasparenza dei messaggi con scopi promozionali che consente al suo destinatario di poterli riconoscere e porsi in maniera critica e non già di subirli quale frutto magari di una scelta culturale e/o personale dell'autore, il quale invece ha stretto un accordo con il produttore dei beni promozionati⁽⁸⁾.

Il secondo e determinante provvedimento in materia di *product placement* è il d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 28 (in materia di opere cinematografiche) a firma dell'allora Ministro per i Beni e Attività Culturali, Giuliano Urbani.

È infatti in tale sistema che vengono introdotte le norme della divulgazione pubblicitaria all'interno dei film con possibilità di utilizzare marchi e prodotti in seno all'opera cinematografica (art. 9, comma 3)⁽⁹⁾ trovando nel successivo decreto attuativo del 30.7.2004⁽¹⁰⁾, il pieno

⁽⁷⁾ L'art. 4, comma 1 recita: “*La pubblicità deve essere chiaramente riconoscibile come tale, in particolare, la pubblicità a mezzo stampa deve essere distinguibile dalle altre forme di comunicazione al pubblico, con modalità grafiche di evidente percezione*”.

⁽⁸⁾ Il principio della trasparenza viene rinvenuto e fatto osservare anche nel rapporto tra pubblicità occulta ed informazione giornalistica, comunque veicolata, affinché possano essere censurate le ipotesi della cd. *pubblicità redazionale* che si presenta come articolo di giornale o servizio televisivo o radiofonico e che viene recepito come frutto di un libero convincimento del giornalista e non invece come una predeterminata operazione di comunicazione intervenuta con l'impresa in grado di tener dissimulata la reale natura commerciale e pubblicitaria dell'articolo o del servizio.

⁽⁹⁾ Art. 9, comma 3 “*Fatte salve le disposizioni contenute nella legge 10.4.1962, n. 165, per i film che contengono inquadrature di marchi e prodotti, comunque coerenti con il contesto narrativo, è previsto un idoneo avviso che renda nota la partecipazione delle ditte produttrici di detti marchi e prodotti ai costi di produzione del film. Con decreto ministeriale, sentito il Ministero per le attività produttive, sono stabilite le relative modalità tecniche di attuazione.*”

⁽¹⁰⁾ D.m. 30 luglio 2004, in G.U. 6 ottobre 2004, n. 235, sulle “*Modalità tecniche di*

diritto di cittadinanza nel mondo del *marketing* e della comunicazione del grande schermo.

Non solo. Il decreto Urbani, compreso quello attuativo, introduce, disciplinandolo, il *product placement* come forma di finanziamento che può concorrere con quelli previsti dallo Stato e da altre istituzioni o iniziative⁽¹¹⁾.

Ciò che rileva e che rende legittimo e lecito il *product placement* è la coerenza dell'inserimento con il contesto narrativo e l'idoneo avviso al pubblico, nei testi di coda, dell'esistenza di un accordo economico e programmato tra l'impresa inserzionista e il produttore dell'opera.

Il primo presupposto si realizza con l'inserimento di un prodotto nelle scene di un film senza che vi siano interruzioni della trama e lasciando che i segni distintivi presenti non solo si concilino e giustifichino nello sviluppo della sceneggiatura, ma devono anche apparire come utilizzo e scelta naturale e spontanea degli attori che vi partecipano.

In linea dunque con la precedente giurisprudenza del Garante che in assenza di integrazione con la trama costituiva ipotesi di pubblicità ingannevole e/o occulta, la prescrizione consegue anche il duplice scopo di coniugare esigenze artistiche della produzione a quella commerciale del *marketing*.

La scriminante rispetto al passato è che la pubblicità indiretta ora è accettata sotto forma di "*inquadrature di marchi e prodotti comunque coerenti con il contenuto narrativo*" e a condizione che venga esplicitata "*con idoneo avviso*", la partecipazione delle ditte produttrici di tali marchi e prodotti, ai costi di produzione dei film; successivamente precisato che tale avviso dovrà essere collocato nei titoli di coda i quali dovranno riportare il dettaglio del marchio e l'indicazione delle imprese inserzioniste.

L'altro presupposto, quello di rendere noto al pubblico la presenza di marchi all'interno del film con le modalità sopra illustrate, risponde all'esigenza di conferire trasparenza e conoscenza alle operazioni di

attuazione del collocamento pianificato di marchi e prodotti nelle scene di un'opera cinematografica "product placement".

⁽¹¹⁾ L'art. 1 del d.m. del 30 luglio 2004, si compone di due articoli. Il primo, richiamando l'art. 9 del decreto Urbani, sancisce l'ammissione del "*collocamento pianificato di marchi e prodotti nelle scene di un'opera cinematografica con le modalità tecniche previste dal presente decreto*" descritte nel successivo articolo in cui si afferma che la presenza di marchi e prodotti deve essere "*palese, veritiera e corretta*" secondo i criteri individuati nella d.lgs. n. 74/92; "*deve integrarsi nello sviluppo dell'azione, senza costituire interruzione del contesto narrativo*". La presenza di un *product placement* deve inoltre essere resa nota con "*un avviso nei titoli di coda*" e "*con la specifica indicazione delle ditte inserzioniste*". Per i divieti e i limiti, il decreto richiama la legge n. 165/62, la n. 223/90 e la n. 425/91, mentre per la tutela amministrativa e giurisdizionale, vengono applicate quelle previste dall'Autorità del Garante.

product placement, anche se da parte degli attenti analisti del fenomeno, dette prescrizioni, rispetto all'intento da perseguire, appaiono deboli posto che lo spettatore italiano riserva scarsa attenzione e pazienza al passaggio delle note in coda alla pellicola che si collocano alla fine di un film, magari con le luci di sala accese, in piedi e già pronti ad uscire.

Il decreto Urbani in esame, sdoganando il *product placement* individuandone i contorni per considerarlo lecito, compie l'ulteriore meritevole azione di incoraggiare tale pratica e di favorire così la riduzione del pesante divario che si era creato in passato tra le produzioni cinematografiche straniere (segnatamente quelle statunitensi e britanniche) le quali potevano contare sul rilevante apporto di capitali conseguito con il *product placement* (film importanti che venivano sin dall'inizio studiati per attirare risorse private o per onorare contratti quadro che produzioni di grande livello avevano siglato con sponsor importanti), e quelle italiane in cui, come già visto, la raccolta era piuttosto modesta a causa dei troppi vincoli frapposti, oggi a ragione superati, tanto che tale pratica viene considerata come una forma integrativa di finanziamento alla produzione e di sostanziosa risorsa aggiuntiva in fase di copertura del *budget*.

Il provvedimento Urbani concorre anche ad eliminare l'ulteriore differente trattamento che si era creato tra le pellicole straniere le quali, anche se presentavano *product placement*, potevano trovare ingresso e visione rispetto a quelle italiane, ove invece la medesima pratica era, se non vietata, sottoposta e fin troppo rigide quanto incerte e comunque limitative regole.

Anche in questa cornice normativa ante decreto Urbani, il *product placement* non era in assoluto vietato visto che il posizionamento di un marchio e/o prodotto in un contesto narrativo era lecito ed accettato se mancava lo scopo pubblicitario; se, in altre parole, non si realizzava una pubblicità occulta, ma l'inserimento era il frutto di una libera scelta artistica ⁽¹²⁾.

⁽¹²⁾ L'Autorità Garante, per sindacare l'illegittimità o meno di un inserimento di prodotto e marchio in programma, ha adottato i criteri impiegati nei confronti della pubblicità redazionale. A titolo esemplificativo, l'Autorità verificava l'eventuale rapporto di committenza tra il soggetto che realizza l'opera e l'impresa produttrice dei beni e servizi, sia a titolo oneroso che gratuito. Ulteriori presunzioni, gravi precise e concordanti, quali la durata, reiterazione e giustificazione di un'inquadratura di un marchio, gesti, linguaggi e comportamenti dei personaggi non naturali andavano letti e giudicati nel contesto dell'opera in esame valutando anche l'eventuale compromissione della libertà di espressione degli autori.

Può essere interessante riportare una breve rassegna di pronunce del Garante. Mi riferisco alla fiction "*Un commissario a Roma*" – provv. n.1291 del 12.7.93 riguardante la promozione occulta del quotidiano "La Repubblica" con scene ritenute

Alla lacuna principale di detto impianto normativo, che era quella di tenere escluso il *product placement* per le produzioni strettamente televisive, è stato posto rimedio con il d.lgs. 15 marzo 2010, n. 44 in attuazione della direttiva europea Audiovisual Media Services (Servizi Medio Audiovisivi) SMA (Direttiva 2007/65/CE)⁽¹³⁾.

Per quanto di interesse per la presente disamina, è sufficiente menzionare che il paragrafo 11 dell'art. 4, offre la definizione di *product placement* intendendola come “ogni forma di comunicazione commerciale che consiste nell’inserire o nel far riferimento a un prodotto, a un servizio o a un marchio così che appaia all’interno di un programma dietro pagamento o altro compenso”.

L'art. 15 inserisce poi nel Testo Unico della Radiotelevisione l'art.40 bis inerente *product placement* televisivo, quello per i media audiovisivi, programmi sportivi, intrattenimento con divieto per i programmi destinati ai bambini.

Con i limiti previsti dagli altri interventi normativi in materia, anche per tale ambito, la programmazione delle trasmissioni televisive non deve, secondo il legislatore, essere influenzata in modo tale da compromettere la responsabilità e l'indipendenza editoriale del fornitore dei servizi di media e non deve, altresì, sollecitare l'acquisto dei prodotti e servizi. In altre parole, non deve avvicinarsi né trattare di pubblicità tradizionale in termini di linguaggi e modalità di presentazione dei prodotti e marchi, né le trasmissioni devono dare indebito rilievo ai prodotti in questione.

Si prevede infine che le produzioni e comunque tutti i soggetti interessati, devono adottare, attraverso le procedure di autoregolamentazione, la disciplina applicativa dei principi di cui all'art.15 del d.lgs. la cui verifica è demandata all'Autorità Garante per le Comunicazioni

“reiterate e considerate innaturali ed artificiose per rendere riconoscibile la testata del gruppo editoriale di appartenenza era, per altro, coproduttore. Prive di esigenze narrative che ne giustificassero la precisa e gratuita gestualità dei personaggi sono le motivazioni di censura per le sigarette Marlboro e Muratti rispettivamente nei film “Il Burbero” - provv. 3654 del 29.2.96 e “College” - provv. 3305 del 4 ottobre 1995 e in campo televisivo, la censura dei giubbetti Adidas a carico di Sky Italia Srl per la promozione occulta nella cronaca della partita “Milan - Juventus” del 2006 – provv. n. 16097 del 19.10.2006 così come per i gioielli Nardelli indossati da Adriana Volpe nel programma “Mattina in Famiglia”, provv. del 25.5.2009. Ritenuta lecita invece la presenza delle vetture BMW nel film “Il domani non muore mai” – provv. 6388 del 1998 sia perché le stesse costituivano caratterizzazione di Pierce Brosnan nei panni di 007 sia perché le scene ove esse apparivano erano da considerarsi funzionali alla trama. Altrettanto per il marchio Ford nella serie de “Il maresciallo Rocca” provv. 3903 del 16.5.96.

⁽¹³⁾ Il decreto modifica il Testo Unico della Radio Televisione che viene nominato “Testo Unico dei Servizi Media Audiovisione”.

(AGCOM), la quale è chiamata anche ad applicare eventuali sanzioni sancite all'art. 51 del Testo Unico della Radiotelevisione.

A ben vedere dunque, il legislatore, autorizzando l'attività di *product placement* sia in ambito cinematografico che televisivo, non ha comunque rinunciato a mantenere alta l'attenzione e il senso critico del pubblico di fronte ai contenuti veicolati dagli autori in cui si inseriscono marchi e prodotti con finalità di essere comunque individuati ed apprezzati.

Altrettanto riguardo dovrà essere posto dagli operatori del settore affinché il *product placement*, che intende diversificarsi dal tipico strumento pubblicitario, non finisca per essere abusato tanto da generare avversione verso uno spettatore critico ed attento, compromettendo così gli investimenti realizzati e vanificando lo scopo perseguito⁽¹⁴⁾. Ma anche sotto questo profilo giova sottolineare che le aziende non hanno interesse a rovinare un'opera artistica né gli artisti consentiranno un'infarcitura di prodotti e marchi all'interno delle loro *performances* le quali rischierebbero di essere declassate e considerate come asservite al mondo del mercato e della comunicazione pubblicitaria.

4. *Il contratto.*

Atipico nella sua atipicità! Così può definirsi, da un certo punto di vista, il contratto di *product placement* visto l'articolato quadro normativo interno, comunitario ed internazionale che, unito alla giurisprudenza del Garante, costituiscono il complesso quanto variegato panorama di principi, prassi e consuetudine a disposizione dell'operatore per la stesura della maggiore e più diffusa formula contrattuale nel mondo

⁽¹⁴⁾ Si parla molto della coerenza della *brand equity* (cioè della forza di un marchio) nell'abbinamento ad un determinato personaggio e della delicata coesistenza anche nel tempo e al di fuori di una produzione cinematografica (c.d. *disseminazione sociale*). La vivace discussione sul punto è di recente riemersa rispetto alle operazioni massicce di *product placement* in "*Skyfall*", ultima apparizione dell'immortale James Bond, che da sempre ha attratto l'interesse e l'attenzione del mondo della pubblicità e dei consumi. L'enorme gettito di risorse finanziarie giunte alla società di produzione da parte delle imprese inserzioniste sarebbero state, secondo gli esperti di strategie di marketing, non troppo "valutate" nel rapporto tra il peso di un *brand* e l'immagine associata di Bond. Perché dalla Vodka Martini passare alla birra Heineken? Chi si avvantaggia o indebolisce con questi accostamenti? A parte l'importanza dell'investimento della multinazionale olandese (circa 45 milioni di dollari) difficile da rinunciare, l'inserimento della popolare bevanda è stata in ogni caso collocata nelle c.d. "*occasioni d'uso*" create nella sceneggiatura: Bond beve birra nel momento in cui non è più "al servizio di Sua Maestà" ma depresso in riva al mare, in una destinazione della Turchia, alle prese con prove da vero "uomo", ma poi, rientrato in azione ed indossati i panni dello *smoking* e il ruolo di salvatore della patria, di nuovo a sorseggiare il più fascinoso ed elegante *cocktail*.

dell'*advertising*⁽¹⁵⁾, i cui connotati confermano l'origine non propriamente giuridica dello strumento in questione, vista la preponderante incidenza delle regole e delle esigenze del mercato, questa volta, pubblicitarie, rispetto agli istituti di diritto a cui sono piegati.

Lasciato alla libera negoziazione delle Parti (art. 1, 1° comma del d.m. di attuazione 30 luglio 2004 come modificato dal decreto 21 novembre 2005 in G.U. 141/2006), questa figura contrattuale va inquadrata tra i negozi atipici ed innominati, rientranti nella categoria più ampia di contratto pubblicitario visto che una delle parti rientra tra gli operatori pubblicitari o esercenti attività pubblicitarie⁽¹⁶⁾, ma entrambe motivate dalla stessa funzione socio-economica, cioè l'intento di conseguire risultati pubblicitari.

Il contratto di *product placement* non è atipico solo perché non codificato, ma anche perché può essere negoziato e concluso sia direttamente tra l'autore di un'opera ed un'impresa produttrice di determinati beni per il loro piazzamenti a fini pubblicitari, sia per effetto dell'attività di intermediazione di soggetti terzi quali le agenzie pubblicitarie, con funzione di cerniera tra offerta (cinema) e domanda (aziende - marchi), titolate a sottoscrivere direttamente il contratto, diventandone parti, in favore della produzione, nello schema molto prossimo a quello del mandato.

Accanto dunque alle imprese di produzione audiovisive, l'altra parte contraente è necessariamente l'impresa inserzionista, produttrice di quella merce o titolare di quel marchio che si intende "posizionare"

⁽¹⁵⁾ Ancorché autonomo ed indipendente, il *product placement* si presta ad essere comparato con altre figure contrattuali similari come il *contratto di sponsorizzazione*, che si realizza mediante l'abbinamento del marchio dello sponsor (impresa detentrica del segno da diffondere) ad un determinato evento o personaggio per stimolare un effetto promozionale mediante l'utilizzo di *promo*, *billboard*, *spot-jingle*, sovraimpressioni, citazione nei titoli di testa e coda); il *contratto di merchandising* che si individua invece con lo sfruttamento e utilizzo di un determinato marchio d'impresa noto, affermato e suggestivo nell'ambito di una certa attività, per promuovere la vendita di servizi non inerenti a quell'attività o di prodotti appartenenti ad altra categoria merceologica. Tale forma contrattuale si consegue generalmente con un contratto di licenza e il pagamento di *royalties*. La prassi ha anche enucleato il contratto di *testimonial*, cioè l'abbinamento di un prodotto all'immagine di un personaggio noto che, con le sue peculiari caratteristiche, dovrà catturare l'attenzione del consumatore. Altra fattispecie negoziale, molto vicina a quella del contratto di sponsorizzazione, è quella di *endorsement* che si rinviene nell'ipotesi in cui un prodotto da pubblicizzare viene utilizzato da un soggetto (*well known personality*) nell'esercizio della sua attività professionale, finendo anche per esaltarne le caratteristiche e dispensando consigli sull'impiego.

⁽¹⁶⁾ Cfr. FUSI, *I contratti della pubblicità commerciale*, Torino, 1999; AA.Vv., *Pubblicità e promozione*, XVIII, in *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*; DA MOLO, *I contratti di pubblicità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1990, II, 270 ss.; ROSSOTTO, *I contratti di pubblicità: il contratto di agenzia, il contratto di sponsorizzazione*, Milano, 2004.

all'interno di un'opera cinematografica o televisiva, costituendone la prestazione caratteristica e dunque l'oggetto del contratto stesso.

Da quanto precede, emerge che tale istituto giuridico ha natura consensuale, ad effetti obbligatori (quelli cioè di ideare e realizzare l'inserimento del marchio e/o prodotto all'interno dell'opera, profilandosi una sorta di contratto di appalto); si configura come un'obbligazione di mezzi e non di risultato⁽¹⁷⁾ visto che il corrispettivo non è legato (e non lo potrebbe) al ritorno pubblicitario dell'operazione il quale, proprio per il diverso approccio rispetto ai metodi di pubblicità c.d. tradizionale, ha tempi di verifica e realizzo molto più diluiti e di difficile intercettamento. Sarà dunque sufficiente che la società di produzione fornirà le prestazioni indicate nel contratto per ritenersi adempiente e liberata rispetto alla controprestazione del pagamento del corrispettivo previsto per l'inserimento del prodotto nella sceneggiatura.

Il contratto è a prestazioni corrispettive, considerando che il cuore dell'accordo risiede nell'individuazione della durata del "posizionamento" e del grado dello stesso all'interno dell'opera.

La negoziazione è l'offerta che generalmente precede la stipula del contratto; prevede da parte dell'agenzia preposta, uno studio preventivo della sceneggiatura al fine di individuare il possibile ed efficace "posizionamento" rispetto alla tipologia del prodotto o servizio che andrà scelto ed inserito. Non è esclusa (ed anzi sempre più diffusa) l'ipotesi che, a causa di un crescente interesse dell'industria e del mercato ad operazioni di *product placement*, si creano o modificano le sceneggiature o i programmi per lasciare spazio alle inserzioni pubblicitarie, nel senso cioè che, spesso è l'esigenza di un determinato "posizionamento" ad influire sulla sceneggiatura.

Un importante allegato al contratto principale è infatti costituito da un estratto del copione e della sceneggiatura relativo al prodotto nel quale saranno descritte i luoghi, gli interpreti, la situazione, la location e il ruolo giocato dal prodotto⁽¹⁸⁾.

Nel caso di cui mi sono infatti occupato, si fa espresso riferimento al numero delle scene, al posizionamento del prodotto mediante richiamo, da considerarsi parte integrante del contratto, alla sceneggiatura che interessa⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁷⁾ È stato affermato che l'obbligazione è di risultato se come principale, cioè oggetto del contratto, viene inteso il piazzamento del prodotto in capo alla società produttrice.

⁽¹⁸⁾ Art. 5.1 "..... impegno a mostrare, nel limite delle libere scelte artistiche di ripresa e di montaggio del regista, in n. 3 scene del film individuato dalla società di Produzione ed approvate dalla ditta fornitrice, la parte frontale di una confezione del prodotto con logo oggettivamente distinguibile come dettaglio nell'allegato A".

⁽¹⁹⁾ Dalla sceneggiatura:

È consigliabile inserire clausole di controllo intermedio nel corso della realizzazione del film, al fine di verificare l'esatto adempimento delle obbligazioni assunte dalla produzione/regia e per giudicare se la posizione del brand è consona all'immagine dello stesso e, più in generale, se soddisfa le aspettative per le quali ci si è determinati ad effettuare un'operazione di *product placement* o piuttosto che l'intero impianto generi una reazione negativa nello spettatore e diversa da quella della vigilia⁽²⁰⁾.

Una siffatta pragmatica impostazione rende più certo e vincolante il contenuto del contratto e lascia meno spazi interpretativi in caso di contestazioni o lamentate inadempienze: da una parte la produzione è preventivamente consapevole dell'onere assunto e dunque impegnata a realizzare quella particolare scena con quel particolare prodotto, dall'al-

“Scena 1 (visibilità del logo) 24. Casa Anna – Bagno e stanza da letto – Int. Notte.

Davanti allo specchio del bagno, Anna prende la confezione di Fria Struccanti posata davanti a lei (ben visibile il logo), apre la “patella”, prende una salviettina e comincia a struccarsi. Quando ha finito rimane per un attimo ad osservarsi allo specchio. Senza trucco e con i capelli tenuti indietro da una fascia sembra nuda. La voce di Alessio la raggiunge. Anna richiude la confezione Fria Struccanti.

Scena 2 (utilizzo del prodotto) 41. Casa Anna – Bagno e Stanza da letto – Int. Notte.

Anna si sta struccando con gesti competenti davanti allo specchio del bagno, il solito rituale di tutte le sere: nelle sue mani, la confezione di Fria Struccanti da cui ha tolto la salviettina con cui si sta struccando (In questa seconda scena di strucco, l'azione deve essere assolutamente naturale. Anna si strucca come tutte le sere utilizzando le salviettine....)

Scena 3 (visibilità del logo) 54 Supermercato – Int. Sera.

Anna e Alessio sono in fila alla cassa di un grande supermercato in chiusura. Davanti a loro c'è un solo cliente che sta mettendo la sua spesa sul nastro, Anna sente il telefonino vibrare nella tasca dei jeans, lo tira fuori, vede che è Domenico, lo ripone subito in tasca, entra in agitazione. Alessio: *Mi sa che sabato un salto da mio padre lo dobbiamo fare ... gli avevo anche promesso che lo aiutavo con la grondaia e mia sorella dice che lo ripete tutti i giorni.* Anna (distratta): *Sì, certo va bene...(poi finalmente inventa una scusa) ...Oddio, scusa mi sono dimenticata le salviette struccanti.* Alessio: *Sbrigati che tocca a noi!*

Anna quasi di corsa si dirige verso il fondo del supermercato, si rifugia nel reparto cosmetica e tira fuori il telefonino e ha smesso di vibrare. Compone il numero, lo richiama, mentre con la mano cerca la confezione di Fria Struccanti (riconoscibili e posizionate sullo scaffale del supermercato) Anna (emozionata) *Ciao...non ho sentito, scusa.*”

⁽²⁰⁾ Si parla anche di *negative product placement* quando viene inserito un prodotto di un'azienda concorrente in un contesto negativo come accadde nel film *Missing* (1982) dove la bevanda Pepsi fu associata a personaggi ed eventi negativi legati al regime di Pinochet mentre la Coca Cola, produttrice anche del film tramite la Columbia, a quel tempo di proprietà della società di Atlanta, era associata a situazioni positive riconducibili agli americani come protagonisti.

tra, l'inserzionista potrà controllare e verificare che è stato conseguito quanto in precedenza discusso e sottoscritto.

Per le peculiarità che saranno ormai acquisite dal lettore, particolare studio dovrà essere rivolto nella predisposizione delle clausole penali, di recesso o risolutive espresse al fine di evitare (o trovare appunto, il giusto rimedio) che non vengano mortificate le aspettative dell'inserzionista il quale, una volta pagato il corrispettivo, potrebbe rimanere senza tutele rispetto ad un "posizionamento" non adeguato, non gradito, privo di impatto o di capacità di attrarre l'attenzione dello spettatore, talvolta addirittura nocivo.

Il contratto è generalmente a titolo oneroso, cioè prevede il pagamento di un corrispettivo in denaro (o a fronte di forniture di prodotti e servizi di cui il film avrebbe avuto comunque bisogno per la sua realizzazione (*barter product placement*)⁽²¹⁾, dovendosi con ciò considerare l'esborso come una partecipazione ai costi di produzione e, da tempo, sulla scia delle esperienze straniere, queste operazioni hanno rappresentato un formidabile mezzo di finanziamento, diverso da quelli tradizionali, a cui l'industria del cinema e della televisione stanno attingendo con il soddisfacimento di tutte le parti contraenti.

Il costo è di solito determinato in maniera proporzionale al tempo e allo spessore attribuiti alla comunicazione pubblicitaria nonché al rilievo che il prodotto o il servizio ottiene all'interno dell'opera in termini di arricchimento della scenografia, al connotato conferito ai personaggi e alla realizzazione della trama.

L'industria cinematografica e quella della comunicazione, indissolubilmente legati al mondo del diritto, hanno dato fortunato ingresso anche al contratto di comodato per realizzare un *product placement* che, in maniera meno vincolante di quella sopra descritta, consente all'inserzionista interessato di accostarsi e conoscere questo fenomeno tecnico per il potenziamento del suo prodotto o marchio e testarne così l'efficacia e l'eventuale successiva operazione più strutturata ed impegnativa.

Con il comodato, l'inserzionista consegna alla produzione a titolo gratuito un determinato bene mobile (o marchio o prodotto) affinché quest'ultimo se ne serva all'interno della sua opera in maniera conforme al copione.

Occorrerà, in tale caso, prevedere la stipula di una polizza assicurativa a garanzia dell'integrità del prodotto ceduto, termine e luogo di consegna e restituzione del prodotto, oltre naturalmente, alle altre clausole sopra illustrate, se compatibili.

⁽²¹⁾ Si tratta di accordi di reciproca azione pubblicitaria, in assenza di transazioni in denaro. Si pensi ad esempio ad una società di spedizioni che viene utilizzata per il trasporto della scenografia da un luogo a un altro.

La soluzione ibrida del contratto di comodato viene soprattutto adottata e proposta verso la PMI o altri settori merceologici ancora non troppo reattivi a questo strumento e al sottostante investimento affinché siano spinti a superare le iniziali ritrosie legate sia all'impegno economico ma anche e soprattutto, all'idea che il proprio bene non è ancora così conosciuto da giustificare un *product placement*.

In base alla collocazione del prodotto all'interno dell'opera, avremmo diverse modalità di realizzazione del *product placement*:

1) *screen placement*, ove il prodotto o il marchio appaiono visivamente senza alcun richiamo verbale⁽²²⁾ che invece accade nello

2) *script placement*, ove gli attori parlano del prodotto in maniera esplicita⁽²³⁾ per catturare l'attenzione dello spettatore, per raggiungere un ulteriore livello di presenza nel

3) *plot placement*, con il coinvolgimento ed integrazione del prodotto nell'opera così da diventarne quasi il co-protagonista⁽²⁴⁾, operazione questa che è ormai sempre più accettata anche dalle c.d. produzioni di autore e considerate meno commerciali. Il pensiero va, tra i tanti, al film "*CilieGINE*" di Laura Morante e il marchio Apple⁽²⁵⁾.

⁽²²⁾ È l'esempio di Armani in *American Gigolo* e per tutte le edizioni di 007 interpretato da Pierce Brosnan; Everlast in *Million Dollar Baby* (2004) che ha comunque legato la propria immagine sin dal primo film del 1976, al personaggio di Rocky realizzando anche una linea di abbigliamento così denominata, ed ancora presente in "*Annapolis*", "*Black Dahlia*" e "*Scary Movie 4*", gli occhiali Rayban che indossa Keanu Reeves in *Matrix*, pasta Barilla nella dispensa alle spalle dei protagonisti di *Friends*, gli abiti di Tom Ford che vestono James Bond in versione Daniel Craig in *Skyfall*.

⁽²³⁾ Alberta Ferretti in "*Mine Vaganti*" (2010), la linea aerea australiana Qantas in "*Rain Man*" (1988), le costose scarpe di Manolo Blahnik in "*Sex and the City*". L'inserimento puramente verbale può anche essere associato ad un'inquadratura del prodotto come nel caso di James Bond quando Eva Green in "*Casino Royale*" chiede a Daniel Craig, riguardo all'orologio al polso, la relativa marca e l'agente segreto risponde "*Omega!*" oppure nella notazione "...in un'Audi nera" pronunciata nelle fasi dell'inseguimento all'inizio del recente "*Skyfalls*" da parte di Eve che precede un modello della nota casa automobilistica tedesca.

⁽²⁴⁾ Si pensi al film "*Cast Away*" (2000) con la personificazione in Mr. Wilson di un pallone di una notissima marca del settore o, ancor di più, il ruolo di FedEx, famosa azienda di consegne statunitense, di cui il protagonista Tom Hanks, interpreta il ruolo di un dirigente e dove, tra le scene, appare addirittura Fred Smith, il reale proprietario; o ancora la Mini Cooper in "*Italian Job*" (2003) o "*Herbie*" (2005) per il Maggiolino Volkswagen, le scarpe Nike in "*Forrest Gump*" (1994) gioielli Tiffany in "*Colazione da Tiffany*" (1961), Campari per "*L'ultimo Crodino*" (2009), il videoregistratore TiVo usato da Miranda nel serial televisivo di "*Sex and the City*", Poste Italiane in "*Benvenuti al Sud*" o La Perugina per "*Lezioni di Cioccolato*".

⁽²⁵⁾ La prassi ha anche generato altri fenomeni come il *Reverse Product Placement*, cioè la produzione e commercializzazione di prodotti o marchi fittizi che, a seguito del successo riscosso all'interno di palinsesti dell'intrattenimento, entrano nel mercato reale (es: la birra *Duff* nella serie "*The Simpson's*" il cui creatore, Matt

Ulteriori elementi caratterizzanti il contratto in esame sono le indicazioni da inserire sulle modalità e tipologia dell'inserimento, con i dettagli in ordine ai divieti e limiti, posto che, l'operazione deve conciliare aspetti normativi e legali con quelli artistici e di *marketing*.

A sottolineare l'importanza dell'investimento e degli interessi in gioco della produzione legati all'uscita e alla distribuzione del film, è l'insolita clausola, vissuta come vessatoria ancorchè negoziata *ex art.1342* del codice civile, secondo la quale, in caso di inadempimento della società produttrice, pur riconoscendo il diritto al risarcimento del danno subito in capo alla società inserzionista, quest'ultima si impegna a non ricorrere a rimedi di urgenza o misure cautelari che potrebbero pregiudicare lo sfruttamento dell'opera, riconoscendo che le forme ordinarie di giudizio costituiscono comunque "*idoneo rimedio*" a qualsiasi pregiudizio patito⁽²⁶⁾.

Groening ha solo di recente concesso il predetto marchio da apporre sulla bevanda, ora in vendita. Il *faux product placement* concerne invece l'inserimento di marchi falsi ed inventati (es. ACME nei cartoni animati di Walt Disney o il familiare "*Cacao Meraviglioso*"). Ancora posizionamento di marchi e prodotti in campo musicale con i relativi video (es. *Telephone* di Lady Gaga rassegna di numerose inserzioni come Chevrolet, Chanel, Diet Coke, Polaroid...e così sino a diciassette altri *brand*) o in ambito editoriale (es. "*The Bulgari Connection*" di Fay Weldon la quale, nel 2001, scrisse il romanzo su commissione della celebre famiglia di gioiellieri che aveva scelto questo nuovo strumento di comunicazione aziendale alternativo all'*advertising* aziendale, per potenziare il già noto marchio. Una nuova frontiera è il *product placement territoriale* (*destination image* inteso cioè come la convinzione e l'impressione di un determinato luogo a seguito della proposizione dello stesso all'interno di un'opera visiva) a cui fanno ricorso soprattutto le locali Film Commission, che provvedono anche all'erogazione di finanziamenti, per promuovere una determinata destinazione quale luogo che ha ospitato un set di un film di successo. Mi riferisco, ad esempio, a Matera ove è stato girato "*La Passione di Cristo*" di Mel Gibson o l'area di Fort Hayes, nel Kansas, quale sfondo di "*Ballando coi lupi*" o il parco nazionale di Moab ove si è concluso il film "*Thelma e Louise*", o ancora, più vicino a noi, Gubbio e ora Spoleto, per la fiction "*Don Matteo*", per giungere persino all'organizzazione dei c.d. *movie tour* (è il caso di "*Angeli e Demoni*" di Dan Brown) ove il turista è portato a visitare i singoli luoghi apparsi nel film e percorsi dai protagonisti. Non è invece una forma di *product placement* quello cd culturale, ove il riferimento a marchi e prodotti risponde all'esigenza di un autore di comunicare un contenuto o un significato al pubblico mediante il riferimento ad un oggetto di uso quotidiano ma privo del connotato e/o del fine pubblicitario e solo per assolvere ad esigenze di natura artistica – narrativa. Penso a "*Bollicine*" di Vasco Rossi rispetto al marchio Coca – Cola o ai Lunapop per la Vespa della Piaggio in "*50 special*". L'inserimento viene infatti considerato rappresentativo di uno stile di vita riconosciuto dalle nuove generazioni, appartenente ad un preciso ambito sociale e di valori radicati nel tessuto culturale di una comunità.

⁽²⁶⁾ Art. 10: "*Nell'eventualità di un inadempimento da parte della Produzione..., la ditta fornitrice riconosce espressamente che, ogni azione diretta ad impedire o a bloccare la produzione, distribuzione, proiezione, promozione o comunque lo sfrut-*

Ulteriori clausole di tutela dell'investimento da parte dell'inserzionista sono quelle di esclusiva di quel prodotto per quel film; la possibilità di risoluzione del contratto qualora si verifichi la sostituzione in corso d'opera degli attori e/o regista, nonché il termine iniziale e finale per la realizzazione/uscita dell'opera al fine di conseguire gli effetti del ritorno d'immagine nel periodo previsto.

Per una maggiore efficacia e durata degli effetti di un'operazione *product placement*, il contratto prevede l'affiancamento di operazioni di *co.marketing* e/o *co.branding*⁽²⁷⁾.

Nel caso di specie, è stato stabilito che tra la società di produzione e l'impresa umbra sia realizzato un comunicato stampa da distribuire durante le *preview* con i giornalisti e inserire nel *press book*, riservati un numero di posti in occasione di anteprime VIP, un numero di foto di scena per uso interno della società, così come esemplari del film per un'eventuale visione privata, l'utilizzo delle elaborazioni grafiche relative al lancio del film disponibili quattro mesi prima dell'uscita.

Nell'ambito di tale attività promozionale negoziate tra le parti, fanno ingresso soluzioni innovative di *marketing* comunicazionale che rappresentano anche le nuove frontiere del *product placement*.

Mi riferisco alle c.d. *operazioni al consumo* destinate ad uno spettatore diverso da quello cinematografico o televisivo, da realizzarsi in un tempo ragionevolmente anteriore all'uscita dell'opera la quale viene pertanto attesa con maggiore interesse e curiosità.

Per questa iniziativa, la produzione aveva previsto l'*On Pack Promotion* in cui, ad esempio, il biglietto di ingresso cinematografico poteva essere personalizzato con il prodotto o marchio che poi ritroveremo all'interno del film in proiezione, o, al contrario, promozionando l'acquisto di una confezione di salviette struccanti, nella città e nei periodi in cui è in programma il film, si riceveva un biglietto per la visione del film⁽²⁸⁾.

tamento economico del Film sarebbe eccessivamente pregiudizievole e dannosa per dette opere e per i diritti degli autorie conseguentemente si impegna a non agire o aderire ad alcuna di siffatte azioni, restando pienamente salva ed impregiudicata la facoltà della ditta fornitrice di agire legalmente per il risarcimento dei danni avendo la ditta Fornitrice espressamente convenuto che una siffatta azione costituisce un pieno ed idoneo rimedio per l'ipotesi di un qualsiasi inadempimento agli obblighi di cui al presente accordo ed avendo per ciò rinunciato in via preventiva a chiedere il sequestro ovvero altri provvedimenti atti ad agire sulla circolazione del film."

⁽²⁷⁾ Il *co.marketing* è definibile come l'accordo tra due o più aziende al fine di creare un progetto di marketing comune e unico per più prodotti o marchi (brand), ripartendo tra di loro i costi sostenuti. L'alleanza di questi prodotti e brand, che vengono percepiti dal consumatore in maniera unitaria, costituiscono una nuova ed originale offerta.

⁽²⁸⁾ Più articolato, ad esempio, ma nella stessa direzione, l'operazione di *co-marketing* tra la produzione di *007 Skyfall* e la *Coca Cola* che ha realizzato per

5. Altri strumenti di realizzazione del product placement.

Dopo il cinema e la televisione, il mercato sta anche evidenziando ulteriori possibilità di sfruttamento del *product placement* mediante i *videogames*⁽²⁹⁾ in cui quel prodotto o quel marchio diventa parte o trama del gioco, interagendo, come accade nella dinamica propria dei *videogames*, con il giocatore che non è più spettatore passivo di quel determinato prodotto, ma protagonista ed utente/utilizzatore al tempo stesso come se fosse nella realtà della vita, con l'ulteriore beneficio per le aziende inserzioniste di poter raggiungere segmenti di clientela ben determinati ed esposti a quel messaggio per un periodo assai più lungo e ripetuto nel tempo.

Così che l'emozione e l'immedesimazione sono forti e persuasivi, anche in termini di possibilità di scelta del prodotto pubblicizzato e nella maggiore attenzione e partecipazione riservata al gioco rispetto si *media* tradizionali⁽³⁰⁾. Gli operatori del settore hanno da tempo intuito

la Gran Bretagna, un'edizione limitata di lattine e bottiglie. Lo spot promozionale, fuori del film, esalta le gesta di un giovane che bevendo la bibita gassata in questione riesce a liberare la sua ragazza da brutte e minacciose compagnie (video a disposizione su *You Tube - Unlock the 007 in You - New Coke Zero Commercial*) o ancora, quando si rivolge ad un pubblico più giovane e dinamico ma anche più ironico e scanzonato, con la realizzazione di un *teaser website* (consistente in una serie di messaggi che cercano di attirare curiosità ed attenzione dello spettatore senza svelare il prodotto reclamizzato che apparirà alla fine della campagna pubblicitaria o all'ultimo messaggio), in cui l'utente deve scoprire se ha le doti e le caratteristiche per essere reclutato come agente segreto. Il fenomeno viene definito dagli esperti in comunicazione aziendale, di *disseminazione sociale del brand* (cfr. nota n.14) in quanto esso continua a vivere e ad esplicare i suoi effetti anche al di fuori del film, come, per rimanere nello stesso ambito, per la nuova fragranza "*James Bond 007*" della Procter & Gamble, distribuito nel mondo, il cui packaging e profumo richiamano lo stile maschile ed elegante della spia britannica. Del resto, James Bond è stato da sempre l'occasione per monitorare le dinamiche di *marketing* e di *brand management* da realizzare intorno ad un evento atteso e ad un'icona che non conosce crisi di notorietà.

⁽²⁹⁾ Sono state individuate tre diverse modalità di realizzazione: quella in cui un unico marchio è il protagonista del gioco (come il caso di *Sneak King* che la Burger King regalava ai clienti), quello in cui la pubblicità dei prodotti è inserita all'interno del gioco e funge da scenografia (cartellonistica, volantinaggio...) come nel caso di *Second Life* in cui gli inserzionisti acquistano e appaiono in questi spazi pubblicitari ed infine quello in cui il prodotto è utilizzato dal giocatore (magliette, calzature ...) soprattutto nei c.d. "*sports game*".

⁽³⁰⁾ Il *product placement* integrato ha un impatto ancora maggiore avendo il prodotto posizionato un ruolo attivo nell'azione che è condotta dal giocatore. Anche la forma di riproduzione digitale è alta e contribuisce all'immedesimazione, dopo la scelta, di reale fruitore di quel prodotto a cui contribuisce, grazie alle tecniche a disposizione, una sempre maggiore alta definizione, anche sul piano estetico e funzionale. Scoperto questo forte potenziale ed ascendente soprattutto tra i giovani,

e verificato le potenzialità di un ampio bacino di utenti convogliando in questo segmento lo sviluppo di progetti pubblicitari associati ai giochi, sfruttando la sinergia tra comunicazione e interazione con i *players* i quali percepiscono quel determinato prodotto in maniera più suggestiva ed emozionale. Ma anche più informata se si considera che nei videogiochi si possono fornire dettagli e notizie sulle differenti caratteristiche di quella marca consentendo ai giocatori di sperimentare le possibili combinazioni o di comparare le diverse offerte di marche concorrenti⁽³¹⁾, offrendo in tal modo all'industria la possibilità di inserire modelli e prodotti non ancora usciti sul mercato ma di poterne già testare l'auspicato gradimento o conoscere in anticipo gli aspetti su cui operare modifiche ed aggiustamenti.

Da un punto di vista contrattuale, il *product placement* nel videogame è un complesso accordo di *co.marketing* in cui il *videogame* è ideato a supporto del film di prossima uscita o di un più ampio progetto cinematografico o televisivo (c.d. *movie tie - in videogames*).

Oltre alla promozione di quel film, l'operazione comincia a generare introiti e ricavi per entrambi gli operatori, legati tra di loro da un accordo di licenza secondo il quale vengono ceduti diritti sulla sceneggiatura finalizzati alla creazione di un videogame. I ricavi che entrambi i soggetti coinvolti riceveranno dall'operazione, verranno ripartiti secondo previsioni contrattuali. Esempi in tal senso sono stati *E.T.* della Atari - Harry Potter e Spider Man.

L'efficacia di un *product placement* nelle forme già illustrate, può ulteriormente estendersi con l'utilizzo di una nuova forma di narrazione audiovisiva che interessa sia la produzione che la distribuzione dell'opera.

Mi riferisco ai cd. *Mobisodes*, cioè episodi per l'apparecchio mobile (mobile + episodi), reso possibile grazie alla convergenza tra cellulari di terza generazione e la televisione.

Introdotta da Vodafone, con un accordo con Fox Broadcasting USA, si tratta di un sistema di trasmissione adattato allo schermo ridotto di

è da tempo sovvertito il rapporto tra industria e gli sviluppatori di software: oggi è la prima a cercare i secondi affinché vengano creati giochi adattati al prodotto da lanciare e consolidare nel mercato. I settori merceologici sono tutti rappresentati: auto (*Grand Turismo - Sony - BMW*) alimenti (*The Sims - McDonald*) sport (*Skate/Nike*), bevande (*Warms 3D/Red Bull*). Per non parlare poi dei MMOG (*Massive Multiplayer Online Games*) ove gli utenti partecipano ad un mondo virtuale via Internet. Cito *World of Warcraft* e il discusso *Second Life* ove sono presenti brand come Dell, Disney, Gabetti, Toyota, IBM, Adidas ...

⁽³¹⁾Accade soprattutto nei videogiochi della serie *Gran turismo, F1 GP Moto GP* che permettono ai giocatori di scegliere tipo di veicolo, assetto, accessori ...come in *Need for Speed Underground*.

uno *smart phone* ed al ristretto tempo di sostenimento del passaggio video in termini di attenzione dell'utilizzatore e di costi a carico, ma che costituiscono soprattutto per gli operatori telefonici, un nuovo mercato da esplorare e sfruttare, offrendo contenuti nell'ambito del cinema, della musica e della TV dietro pagamento di tariffe comunque sostenibili per l'utente così da incentivarne l'accesso e il ricorso, come accade in Giappone, con l'azienda *Voltage*, leader del settore.

Strategicamente parlando, l'uso del telefonino per raggiungere la singola persona che ne ha fatto un insostituibile quanto vitale compagno di vita, è già diffuso per la comunicazione commerciale tramite SMS o MMS e tale mezzo è guardato sempre con maggiore interesse per veicolare programmi o servizi da contenuti pubblicitari legati, nel caso di studio, alla promozione di un film o di un serial ove, nel passaggio destinato all'utente telefonico, sia inserito anche quel prodotto o marchio, che poi ritroverà all'interno dell'opera pubblicizzata. O, come più spesso accade, di associare alla pellicola di prossima uscita, un concorso a premi o l'elezione di un personaggio preferito.

In questo panorama di strumenti utilizzabili per veicolare le variegate forme di *product placement* non possono mancare di essere annoverati i *social network*.

Il pensiero è a *Facebook* e alla funzione di "tag"⁽³²⁾ o di poter "taggare" (infelice neologismo) persone, foto, frasi che sono ritenute meritevoli da quell'utente e farle circolare tra gli "amici". Di recente poi, Facebook ha lanciato la nuova frontiera che permette agli utenti di *taggare* i prodotti contenuti nella loro foto.

L'ipotesi è quella di creare, ad opera delle società produttrici dei beni o servizi o delle imprese cinematografiche, pagine *Facebook* caricando immagini del prodotto dell'opera e procedere alle operazioni di "taggatura".

Per gli effetti dilatatori dell'informazione che conosciamo essere insiti nel funzionamento del *social network*, l'oggetto "taggato" avrà un'enorme diffusione e circolazione e con essa la comunicazione commerciale che si intende conseguire⁽³³⁾.

⁽³²⁾ *Tag* (in inglese, etichetta) indica una sorta di contrassegno con il quale si assegna un nome ad una persona o ad un oggetto in una foto. Ora è possibile dare questa "etichetta" anche ai prodotti rinvenibili nella foto e pertanto si sono generate possibilità di applicare il *product placement* ai contenuti creati dagli utenti stessi.

⁽³³⁾ Pensiamo in proposito, allo spot realizzato in concomitanza con l'uscita del più volte menzionato 007 "Skyfall" dal titolo "Crack the case" (disponibile su *You Tube*) contenuto in una Facebook App in cui i protagonisti sono appunto Daniel Craig e Bèrénice Marlohe. Il gioco consiste nel ritrovare per ben due volte, la valigetta dell'agente segreto, evento questo che porterà l'utente all'interno della pagina FB della birra Heineken. L'accostamento con un personaggio che ha sempre il meglio

È stato da più parti osservato che tale pratica presenta costi di realizzazione assai bassi con l'ulteriore vantaggio di raggiungere un infinito numero di utenti a cui però, in senso critico, deve prevedersi la scarsa possibilità di controllare la circolazione di prodotti *fake* (cioè falsi, finti), film non originali che rappresentano, in punto di diritto, ipotesi di contraffazione, concorrenza sleale e denigratoria, sviamento della clientela.

Da qui la necessità di sviluppare sistemi di controllo e di monitoraggio affinché possano essere sfruttate in tutta sicurezza per utente e inserzionista, la diffusione e la conoscenza di contenuti pubblicitari leciti e veritieri.

6. Conclusioni.

Nella fantasia degli operatori impegnata nella creazione di nuovi sistemi per veicolare prodotti e servizi, si parla da qualche tempo di *product placement* "virtuale", reso possibile grazie all'impiego di nuove tecnologie digitali che consentono all'inserzionista, dopo che, ad esempio, è stata già realizzata una produzione televisiva a puntate e valutato il successo, di poter inserire le immagini tridimensionali del proprio marchio da pubblicizzare, perfettamente integrato con le riprese originarie, non distinguibile dal contesto e dagli oggetti originariamente presenti in scena⁽³⁴⁾.

Altro utilizzo è quello effettuato durante la diffusione di eventi sportivi con l'uso di nuovi mezzi di trasmissione e ripresa televisivi, che si realizza attraverso la sostituzione dei pannelli pubblicitari esistenti intorno al terreno di gioco con altri creati in maniera "virtuale" o con la sovrapposizione di nuove immagini a quelle reali ed esistenti. Ed ecco così apparire durante un incontro di calcio, all'interno del tondo di centro campo, il marchio di una nota bevanda o di un famoso brand di scarpe! Tutto lecito, afferma la Commissione Europea chiamata ad esprimersi sul fenomeno, purché l'inserimento non incida sulla godibilità della trasmissione, sia segnalato al momento dell'apparizione contenuta soltanto in certi ambiti a ciò destinati e venga preventivamente concordato con gli organizzatori.

del meglio, porta lo spettatore/utente a considerare come "la migliore" anche questa bevanda (cfr. critiche alla nota n.14). Per comprendere quanto un'azienda possa credere nel *product placement*, basti ricordare l'esborso profuso ma, come si afferma tra gli operatori, l'investimento in James Bond è per una pubblicità "eterna" (007 al cinema, TV, streaming, DVD perpetuata nel tempo) che sviluppa interesse e profitto anche prima che la pellicola esca.

⁽³⁴⁾Un Esempio del fenomeno, l'inserimento del portale immobiliare *Casa.it* nel programma "*Cerco Casa Disperatamente*" in onda su Real Time.

L'ulteriore vantaggio di questa nuova tecnica è quello di poter modificare e sostituire il marchio secondo i diversi mercati di riferimento e i diversi spettatori a cui è destinata la trasmissione, ma anche di poter così meglio sfruttare l'opera destinandola ad una distribuzione meno locale con l'inserimento di marchi presenti in quell'area geografica⁽³⁵⁾ o ancora, di poter inserire nuovi prodotti in vecchi film o programmi televisivi (se magari riproposti in DVD o in collezioni) così da poter sopperire alla vetustà di un prodotto, a tutto vantaggio dell'industria e dall'altra, di continuare ad ottenere il massimo rendimento da un programma o da una pellicola, o ancor meglio da un format, riproposto con rinnovato interesse e risorse.

Aderendo al convincimento propugnato da Henry Ford secondo il quale *"la pubblicità è l'anima del commercio"* e sicuri che i mezzi per veicarla non finiranno di stupirci, non ci resta che seguire gli sviluppi della tecnica e dell'inventiva a cui il diritto dovrà necessariamente uniformarsi⁽³⁶⁾.

PAOLO SPACCHETTI

⁽³⁵⁾ È accaduto per *Spider Man 2* dove la marca di soft drink *Dr. Pepper*, che non ha una diffusione internazionale, è stata sostituita con altri marchi del settore, scelte e selezionate dalla compagnia Mirinda, non appena uscito e distribuito al di fuori del mercato statunitense.

⁽³⁶⁾ Il 13 luglio 2012, presso l'Università di Camerino, Facoltà di Giurisprudenza, a cura del Prof. Francesco Casale si è tenuto il seminario *Il Product Placement, ieri, oggi e ...domani?* in cui sono intervenuti il Prof. Ignazio Buti, preside della Facoltà UNICAM, Francesco Castelnuovo esperto di cinematografia - SKY Cinema, Pompeo Polito, responsabile degli affari legali di TAODUE e Paolo Spacchetti, avvocato e docente presso l'ateneo camerte.

