RASSEGNA GIURIDICA UMBRA

2014

Fondazione Forense di Perugia
Giovanni Dean

INDICE-SOMMARIO

Pag.

DIRITTO CIVILE

Corte di Cassazione, Sez. I, 5 giugno 2013, n. 14197, con nota di Silvio Pietro Cerri, *Intestazione di bene a nome altrui e donazione indiretta*..... 339

Corte di Cassazione, Sez. VI, 28 gennaio 2014, n. 1740, con nota di Massimo Billi, *L'ammissione al passivo, in privilegio* ex *art. 2751 bis, n. 2 c.c., del credito dell'avvocato e condizioni per il privilegio*..... 364

Corte di Cassazione, Sez. VI, Ord. 20 giugno 2014, n. 14143, con nota di Angela Maria Spalazzi Caproni, *Revisione dell'assegno divorzile*..... 385

Corte di Appello di Perugia, 14 gennaio 2014, con nota di Federico Pani, *Risarcimento del danno da mancato recepimento di direttiva in favore dei medici specializzandi: punti fermi e questioni ancora aperte* 396

Tribunale di Perugia, Sez. II, 21 gennaio 2014, Tribunale di Perugia, Sez. II, 25 gennaio 2014 e Tribunale di Perugia, Sez. I, 3 marzo 2014, con nota di Flavia Russo, *La responsabilità della struttura sanitaria*..... 414

DIRITTO PENALE

G.I.P. Tribunale di Perugia, 10 settembre 2014, con nota di Erica Farinelli, *"L'irrilevanza dell'investigazione suppletiva" nel vaglio d'ammissibilità dell'opposizione dell'offeso dal reato*..... 439

G.I.P. Tribunale di Perugia, 12 dicembre 2014, con nota di Giulia Pini, *Le vicende della pena nell'orizzonte valutativo del giudice dell'esecuzione. I riverberi della legalità costituzionale sul valore del giudicato: una problematica multifocale*..... 457

DIRITTO PUBBLICO

T.A.R. UMBRIA, 14 gennaio 2014, n. 39, con nota redazionale di Simona Barbetti, *Brevi note in tema di trasferimento di militare e relative indennità*..... 497

T.A.R. UMBRIA, 17 gennaio 2014, n 59 e T.A.R. UMBRIA, 5 maggio 2014 n.238, con nota di Laura Berionni, *Gli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento amministrativo quali istituti partecipativi per la definizione consensuale dell'esercizio del potere autoritativo*..... 501

Pag.

T.A.R. UMBRIA, 2 agosto 2014, n. 427, con nota di MICHELE RIZZO, *La cauzione provvisoria mediante polizza fideiussoria nelle gare per l'affidamento di contratti pubblici*..... 534

DOTTRINA

STEFANIA TUCCANI, *Crisi familiare e affido condiviso nel contesto delle logiche comunicative tra genitori e figli*..... 575

VALENTINA BIGLIAZZI, *La tutela del software*..... 613

GIUSEPPE MAGLIOCCA, *Giudizio in assenza dell'imputato e nullità processuali*..... 625

LUIGI TROMBETTA, *Il carcere "duro": cultura, istruzione e affetti familiari, ovvero un pericolo per la sicurezza*..... 639

CESARE LAMBERTI, *INAUGURAZIONE ANNO GIUDIZIARIO 2015 - Relazione del Presidene sull'attività svolta nell'anno giudiziario 2014 presso il Tribunale Amministrativo Regionale dell'Umbria*..... 651

INDICE ANALITICO-ALFABETICO DELLA GIURISPRUDENZA

ACCORDI INTEGRATIVI O SOSTITUTIVI del provvedimento amministrativo – Tratti caratterizzanti e distintivi – Esercizio consensuale di potere autoritativo, 501.

ACCORDI INTEGRATIVI O SOSTITUTIVI del provvedimento amministrativo – Giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo - Ammissibilità dell'azione volta a conseguire una pronuncia costitutiva ai sensi dell'art. 2932 cod. civ., 501.

ARCHIVIAZIONE – Opposizione della persona offesa – Requisiti di ammissibilità – Investigazione suppletiva – Elementi di prova – Necessità – Irrilevanza investigazioni suppletive – Difetto incidenza concreta sul tema della decisione – Inammissibilità dell'opposizione – Deliberazione de plano – Ragioni (c.p.p., art. 410), 439.

CONTRATTI PUBBLICI – Gara – Cauzione provvisoria – Polizza fideiussoria rilasciata su modulistica società garante – Firma non autenticata del procuratore – Causa di esclusione anche in assenza di previsioni specifiche in *lex specialis,* 534.

CONTRATTI PUBBLICI – Gara – Cauzione provvisoria – Incompletezza – Causa di esclusione, 534.

CONTRATTI PUBBLICI – Gara – Violazione del termine di *stand still* procedimentale per la stipula del contratto – Causa di invalidità dell'aggiudicazione definitiva, 534.

CONTRATTI PUBBLICI – Gara –Componente commissione giudicatrice che ha svolto prima della nomina funzioni relative al contratto oggetto di aggiudicazione – Incompatibilità – Sussistenza - Effetti - Annullamento atto nomina e atti di gara, 534.

DANNI IN MATERIA CIVILE – Danno in genere – Sanità e sanitari – Enti ospedalieri, 414.

DONAZIONE – Donazione indiretta – Forma – Atto pubblico – Esclusione, 339.

FALLIMENTO – Formazione dello stato passivo – Cause di prelazione – Privilegio generale sui mobili – Crediti dei professionisti – Avvocato – Privilegio generale ex art. 2751 bis, n. 2 c.c. – Ultimi due anni di prestazione – Incarichi plurimi – Modalità di calcolo, 364.

FAMIGLIA – Matrimonio – Rapporti patrimoniali tra coniugi – Comunione legale – Oggetto – Donazione indiretta – Bene personale – Sussistenza, 339.

FAMIGLIA – Scioglimento del matrimonio – Obblighi verso l'altro coniuge – Assegno di divorzio – Revisione – Valutazione del giudice – Contenuto – Fattispecie «Revisione dell'assegno divorzile», 325.

FORZE ARMATE – Trasferimento –Diritto alle indennità connesse al trasferimento – Domanda di parte di trasferimento, 497.

OBBLIGAZIONI E CONTRATTI – Responsabilità – Mancato recepimento di direttiva comunitaria – Inadempimento di obbligazione *ex lege* – Prescrizione ordinaria – *Dies a quo,* 396.

OBBLIGAZIONI E CONTRATTI – Responsabilità – Risarcimento dei danni – Prescrizione – Nuova normativa – Effetti, 396.

RESPONSABILITÀ CIVILE – Sanità e sanitari – Responsabilità dell'ente ospedaliero – Natura contrattuale – Sussistenza, 414.

RESPONSABILITÀ CIVILE – Sanità e sanitari – Responsabilità professionale – Onere della prova – Ripartizione, 414.

STUPEFACENTI – Detenzione a fine di cessione a terzi – Sopravvenuta declaratoria di illegittimità costituzionale di norme penali non incriminatrici incidenti sul trattamento sanzionatorio – Competenza del giudice dell'esecuzione – Inapplicabilità dell'art. 188 disp. att. c.p.p. – Delimitazione dei poteri di valutazione in executivis – Ricorso ai criteri di cui all'art. 133 c.p. – Immutabilità dell'apprezzamento del giudice della cognizione sui profili non attinti da parametri illegittimi, 457.

STUPEFACENTI – Detenzione a fine cessione a terzi – Sopravvenuta declaratoria di illegittimità costituzionale di norme penali non incriminatrici incidenti sul trattamento sanzionatorio – Inidoneità di disposizioni invalide a determinare un effetto abrogativo – Applicabilità della normativa antecedente alle modifiche dichiarate incostituzionali – Competenza del giudice dell'esecuzione – Obbligo di dichiarare l'ineseguibilità della pena illegittima – Concedibilità della sospensione condizionale non espressamente esclusa per ragioni di merito, 457.

DIRITTO CIVILE

CORTE DI CASSAZIONE – Sez. I Civile – 5 giugno 2013, n. 14197 – *Pres.* Luccioli – *Rel.* De Chiara – *P.m.* Fucci (conf.) – B.S. c. M.L. Conferma App. Perugia, 10 dicembre 2007.

Donazione – Donazione indiretta – Forma – Atto pubblico – Esclusione.
Famiglia – Matrimonio – Rapporti patrimoniali tra coniugi – Comunione legale – Oggetto – Donazione indiretta – Bene personale – Sussistenza.

Per la validità delle donazioni indirette, cioè di quelle liberalità realizzate ponendo in essere un negozio tipico diverso da quello previsto dall'art. 782 c.c., non è richiesta la forma dell'atto pubblico, essendo sufficiente l'osservanza delle forme prescritte per il negozio tipico utilizzato per realizzare lo scopo di liberalità, dato che l'art. 809 c.c., nello stabilire le norme sulle donazioni applicabili agli altri atti di liberalità realizzati con negozi diversi da quelli previsti dall'art. 769 c.c., non richiama l'art. 782 c.c., che prescrive l'atto pubblico per la donazione (1).

In tema di comunione legale dei coniugi, la donazione indiretta rientra nell'esclusione di cui all'art. 179, 1° comma, lett. b) c.c., senza che sia necessaria l'espressa dichiarazione da parte del coniuge acquirente prevista dall'art. 179, 1° comma, lett. f) c.c., né la partecipazione del coniuge non acquirente all'atto di acquisto e la sua adesione alla dichiarazione dell'altro coniuge acquirente ai sensi dell'art. 179, 2° comma c.c., trattandosi di disposizioni non richiamate (2).

(*Omissis*). La Corte d'Appello di Perugia, rigettando il gravame della sig.ra B.S., ha confermato la sentenza con cui il Tribunale di Orvieto, in accoglimento della domanda del marito della predetta, sig. M.L., aveva dichiarato escluso dalla comunione legale dei coniugi l'appartamento acquistato dal marito con rogito del 2 luglio 1998, in quanto frutto di donazione indiretta da parte del padre di lui.

In particolare, per quanto qui rileva, la Corte:

- ha ritenuto, in diritto, che l'ipotesi di esclusione della comunione

prevista dall'art. 179 c.c., comma 1, lett. b), ricomprenda anche la donazione indiretta e che non sia in tal caso necessaria la partecipazione del coniuge non acquirente all'atto di acquisto ai sensi del secondo comma del medesimo articolo;

- ha ritenuto altresì, in fatto, che la circostanza che l'acquisto era avvenuto con danaro messo a disposizione dell'attore da suo padre era provata dalle testimonianze di quest'ultimo e della figlia, sorella dell'attore, nonché confermata dal prelievo in banca, sempre da parte del predetto genitore, il giorno stesso del rogito di acquisto, di L. 150.000.000 – somma di poco superiore al prezzo dell'immobile di L. 130.000.000 – nonché dalla successiva emissione, da parte del medesimo, di un assegno di L. 8.200.000, esattamente corrispondente alle spese notarili;

- ha negato la necessità della prova scritta della dazione del danaro da parte del donante e del collegamento funzionale di essa all'acquisto del bene donato, osservando che oggetto di prova non è un contratto, bensì un comportamento ed il suo fine, per cui è inconferente il richiamo all'art. 1350 c.c., che disciplina la forma dei contratti.

La sig.ra B. ha proposto ricorso per cassazione articolando quattro motivi di censura.

Il sig. M. si è difeso con controricorso e memoria. (*Omissis*).

1. Con il primo motivo di ricorso, denunciando violazione degli artt. 1350, 2725 e 2729 c.c., si censura la negazione della necessità della prova scritta dell'attribuzione patrimoniale del padre in favore del figlio mediante il pagamento del prezzo dell'immobile con lo scopo di donarlo al medesimo, che lo aveva accettato o quantomeno non rifiutato. Si osserva che tale atto ha natura negoziale costituendo il negozio-fine della donazione indiretta, dunque è soggetto alla disciplina codicistica dettata per i contratti e, in particolare, alle norme sopra richiamate sulla forma scritta (dei contratti con cui sia trasferita la proprietà di un immobile).

1.1. Il motivo è infondato. Il trasferimento della proprietà dell'immobile è stato operato dall'atto di compravendita stipulato tra venditore e compratore/donatario, e tale atto pacificamente presentava il requisito formale di cui all'art. 1350 c.c. Né per la donazione indiretta è richiesta la forma prevista dalla legge per la donazione, essendo sufficiente l'osservanza delle forme prescritte per il negozio tipico utilizzato per realizzare lo scopo di liberalità, dato che l'art. 809 c.c., nel prevedere le norme sulle donazioni applicabili agli altri atti di liberalità realizzati con negozi diversi da quelli previsti dall'art. 769 c.c., non richiama l'art. 782 c.c., che prescrive l'atto pubblico per la donazione (*ex multis*, Cass. 1446/1985, 4623/2001, 5333/2004, 1955/2007). Il fine di liberalità e la sua realizzazione da parte del donante mediante il pagamento del prezzo dell'acquisto fatto dal donatario ben potevano, dunque, essere provati per testimoni o presunzioni.

2. Con il secondo motivo, denunciando violazione di norme di diritto, si sostiene che, contrariamente a quanto ritenuto dalla Corte d'Appello, ai fini della sottrazione dell'acquisto per donazione indiretta alla comunione è necessaria l'espressa dichiarazione del coniuge acquirente ai sensi dell'art. 179, comma 1, lett. f) c.c., nonché la partecipazione del coniuge non acquirente all'atto di acquisto e la sua adesione alla predetta dichiarazione del coniuge acquirente, ai sensi del comma 2 del medesimo articolo. L'interpretazione estensiva delle richiamate disposizioni alla donazione indiretta si imporrebbe, secondo la ricorrente, agli stessi fini di certezza e di tutela dei terzi sottesi alle fattispecie ivi espressamente previste, in considerazione dell'analogo carattere "occulto" dell'acquisto in capo al solo coniuge contraente nella donazione indiretta, che esteriormente non si configura come atto di liberalità.

2.1. Il motivo è infondato. Il Collegio ritiene infatti di dare continuità all'indirizzo già espresso da questa Corte, secondo il quale la donazione indiretta rientra nella previsione di cui all'art. 179, comma 1, lett. b) c.c., onde non trova applicazione, per precisa scelta legislativa, la disposizione di cui alla lett. f) del medesimo comma, né quella di cui al comma 2, che alla lett. b) non fa riferimento (Cass. 11327/1997, 4680/1998, 15778/2000), considerato anche che non è detto che i criteri dettati dall'art. 179 c.c., per la qualificazione dei beni come personali, offrano sempre assoluta certezza (Cass. 4680/1998, cit.).

3. Con il terzo motivo, denunciando violazione degli artt. 345 e 356 c.p.c., e nullità della sentenza, si lamenta che la Corte d'Appello abbia deciso utilizzando una prova testimoniale già dichiarata inammissibile dal giudice di primo grado, con statuizione non impugnata in appello, e comunque senza che la Corte stessa ne avesse disposto l'ammissione. Si tratta della prova articolata dall'attore nella parte in cui si chiedeva al padre se, con il conferimento al figlio della somma necessaria al pagamento del prezzo, avesse voluto arricchire lo stesso dell'immobile per spirito di liberalità: prova dichiarata inammissibile dal Tribunale in quanto relativa a un fatto non provabile per testi, rappresentato – si legge nel ricorso – «dal trasferimento immobiliare in capo al figlio anziché alla comunione e che lo stesso Tribunale, con questo provvedimento, riconduce espressamente alla necessità di una prova scritta».

3.1. Il motivo è inammissibile. Il Tribunale aveva accolto la domanda dell'attore avendo accertato, grazie proprio alla testimonianza di suo padre (e ad altre prove), che era stato quest'ultimo a fornire il danaro occorrente per l'acquisto dell'immobile. Questo stesso fatto la Corte d'Appello ha correttamente posto a fondamento della propria decisione. Il fatto indicato dalla ricorrente – non meglio identificabile se non in base alle sue stesse parole, non essendo riportato in ricorso il relativo capitolo di prova – e cioè il «trasferimento immobiliare in capo al figlio anziché

alla comunione», non è un fatto, bensì un effetto giuridico scaturente dai fatti accertati; dunque è del tutto fuori luogo porre, con riferimento ad esso, questioni di prova (la prova dovendo riguardare, piuttosto, i fatti produttivi di quell'effetto).

4. Il quarto motivo di ricorso, con cui si deduce vizio di motivazione ai sensi dell'art. 360, n. 5 c.p.c., è inammissibile perché manca del momento di sintesi della censura necessario ai sensi dell'art. 366-*bis*, comma 2 c.p.c. (per tutte, Cass., Sez. un. 20603/2007), ancora vigente alla data della pubblicazione della sentenza impugnata, anteriore a quella dell'entrata in vigore della l. 18 giugno 2009, n. 69, che ha abrogato la predetta norma.

5. Il ricorso va in conclusione respinto, con condanna della ricorrente alle spese processuali, liquidate come in dispositivo.

(1-2) Intestazione di bene a nome altrui e donazione indiretta.

1. La Corte d'Appello, rigettando il gravame di Caia, conferma la sentenza con cui il Tribunale, in accoglimento della domanda del marito della predetta, Tizio, aveva dichiarato escluso dalla comunione legale dei coniugi l'appartamento acquistato dal marito nel 1998, in quanto frutto di donazione indiretta da parte del padre di lui. In particolare detta Corte: a) ritiene, in diritto, che l'ipotesi di esclusione della comunione prevista dall'art. 179, 1° comma, lett. b) c.c., ricomprenda anche la donazione indiretta e che non sia in tal caso necessaria la partecipazione del coniuge non acquirente all'atto di acquisto ai sensi del 2° comma del medesimo articolo; b) ritiene altresì, in fatto, che la circostanza che l'acquisto era avvenuto con danaro messo a disposizione dell'attore da suo padre era provata dalle testimonianze di quest'ultimo e della figlia, sorella dell'attore, e confermata dal prelievo in banca, sempre da parte del predetto genitore, il giorno stesso del rogito di acquisto, di Lire 150.000.000 (somma di poco superiore al prezzo dell'immobile), nonché dalla successiva emissione, da parte del medesimo, di un assegno di Lire 8.200.000, esattamente corrispondente alle spese notarili; c) nega la necessità della prova scritta della dazione del danaro da parte del donante e del collegamento funzionale di essa all'acquisto del bene donato, osservando che oggetto di prova non è un contratto, bensì un comportamento ed il suo fine, risultando quindi inconferente il richiamo all'art. 1350 c.c., riguardante la disciplina della forma contrattuale. Caia propone ricorso di legittimtà. La S.C. osserva in proposito che: a) il trasferimento della proprietà dell'immobile risulta operato dall'atto di compravendita stipulato tra venditore e compratore/donatario, tale atto pacificamente presentando il requisito formale di cui all'art. 1350 c.c., né per la donazione indiretta essendo richiesta la forma prevista dalla legge per la donazione, essendo sufficiente l'osservanza delle forme prescritte per il negozio tipico utilizzato per realizzare lo scopo di liberalità; b) la donazione indiretta rientra nella previsione di cui all'art. 179 c.c., 1° comma 1, lett. b) c.c., non trovando quindi applicazione la disposizione di cui alla lett. f) del medesimo

comma, né quella di cui al 2° comma, che alla lett. b) non fa riferimento, considerato anche che non necessariamente i criteri di cui all'art. 179 c.c., per la qualificazione dei beni come personali, offrano sempre assoluta certezza. La Corte rigetta il ricorso in quanto osserva in proposito come: 1) per la validità delle donazioni indirette non sia richiesta la forma dell'atto pubblico, essendo sufficiente l'osservanza delle forme prescritte per il negozio tipico utilizzato per realizzare lo scopo di liberalità, dato che l'art. 809 cod. civ., nello stabilire le norme sulle donazioni applicabili agli altri atti di liberalità realizzati con negozi diversi da quelli previsti dall'art. 769 c.c., non richiama l'art. 782 c.c., che prescrive l'atto pubblico per la donazione; 2) in tema di comunione legale dei coniugi, la donazione indiretta rientri nell'esclusione di cui all'art. 179, 1° comma, lett. b) c.c., senza che sia necessaria l'espressa dichiarazione da parte del coniuge acquirente prevista dall'art. 179, 1° comma, lett. f) c.c., né la partecipazione del coniuge non acquirente all'atto di acquisto e la sua adesione alla dichiarazione dell'altro coniuge acquirente ai sensi dell'art. 179, 2° comma c.c., trattandosi di disposizioni non richiamate.

2. Con l'art. 809 c.c. vengono stabilite alcune regole riguardanti le donazioni che, mentre da una parte tendono a porsi come norme "di chiusura" di una materia della quale il legislatore assume una realizzabilità funzionale che prescinde dalle tipiche configurazioni strutturali ordinate negli artt. 769 ss. c.c., dall'altra danno vita a una categoria illimitata di altri possibili "atti di liberalità", ben distinti dal contesto puramente donativo. Entrambi i profili, propri della formulazione dell'art. 809 c.c. danno vita, perlaltro, ad ulteriori risultati interpretativi e di implicazioni sistematiche non riguardanti solo l'ordine giuridico delle donazioni e degli altri atti di liberalità, ma che si proiettano anche sulle teorie generali dei negozi e dei contratti e, di queste, richiamano una valutazione adeguata dei limiti dell'autonomia privata.

L'arricchimento in vista di una successione futura di una sola delle parti non solo può realizzarsi attraverso la stipula di un contratto ad effetti obbligatori opportunamente finalizato ad uno sbilanciamento degli interessi economici della parte medesima, bensì può essere anche condizionato ad attuare un interesse del beneficiante in modo più adeguato rispetto a quanto reso possibile dai modelli di donazione pura, rimuneratoria e modale, tutte accompagnate dal medesimo rivestimento formale di cui all'art. 782 c.c. Anche la formula del «negozio misto a donazione», per quanto possa apparire superata per un verso, per un altro si mostra suscettibile a possibili e utili ammodernamenti in quanto espressione molto concreta di fenomenologie proprie dei negozi collegati ovvero dei negozi-mezzo con simulazione parziale o totale di prezzo o di altra prestazione preordinata all'arricchimento di una parte[1].

---

[1] Cataudella, *La donazione mista*, Milano, 1970, 27 ss.; Id., *Successioni e donazioni. La donazione*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da Bessone, V, Torino, 2005, 59 ss.; Sicchiero, *Il contratto con causa mista*, Padova, 1995, spec. 79, nt. 214 e 118 ss.; Pe-

In base alla disciplina dell'art. 809 c.c., quindi, le liberalità alternative agli atti previsti *ex* art. 769 c.c. non si sottraggono alle cautele generali poste a favore del donante, in quanto le liberalità non donative debbono ritenersi assoggettate, oltre che alle regole sulla riduzione per la reintegra della legittima, anche alle stesse norme che regolano la revocazione delle donazioni a causa di ingratitudine e di sopravvenienza di figli[2].

Ad oggi non si può dire, comunque, di trovarsi in presenza di un concetto unitario di donazione indiretta, cioè a dire tale da ritenersi talmente collaudato da ricomprendere, con la necessaria coerenza ricostruttiva, l'intera gamma delle cause di attribuzione, a titolo liberale, di diritti; il fatto che, solitamente, sia un vero e proprio «atto» a realizzare, in capo ad altri, un arricchimento voluto dal disponente con animo liberale, non esclude dalla fenomenologia delle c.dd. liberalità indirette o atipiche la ricorrenza di altre cause di trasmissione dei diritti che recano una giustificazione loro propria, estrana a quella dell'art. 769 c.c.: in prima istanza potrà dirsi, quindi, «indiretta» la liberalità attuata non con il contratto tipico di donazione quanto, piuttosto, a mezzo di altro strumento (negoziale o meno[3]) caratterizzato da finalità tipica diversa dalla c.d. *causa donandi* e, tuttavia, suscettibile di produrre, unitamente alle finalità e all'effetto diretto che gli è proprio, le finalità e l'effetto indiretto di un arricchimento senza corrispettivo, voluto per spirito liberale da una parte a favore di un'altra[4].

Altra questione da trattare in proposito riguarda l'emersione della causa di attribuzione liberale e, in particolare, se la finalità liberale possa essere esplicitata anche in epoca successiva, ed eventualmente con quali mezzi: ciò,

---

LICANÒ, *Il problema della simulazione nei contratti*, Padova, 1988, 65 ss.; FURGIUELE, *Della simulazione di effetti negoziali*, Padova, 1992, 116 ss.; GALGANO, *Della simulazione. Artt. 1414-1417*, in *Comm. cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1997, 8 s. In giurisprudenza, cfr. Cass., 30 gennaio 2007, n. 1955, in *Contratti*, 2007, p. 753, secondo la quale nel "negozio misto con donazione" la causa contrattuale «ha natura onerosa ma il negozio commutativo stipulato dai contraenti ha la finalità di raggiungere, per via indiretta, attraverso la voluta sproporzione tra le prestazioni corrispettive, una finalità diversa e ulteriore rispetto a quella dello scambio, consistente nell'arricchimento, per puro spirito di liberalità, di quello dei contraenti che riceve la prestazione di maggior valore; pertanto, realizza una donazione indiretta, per la quale è sufficiente la forma prescritta per il tipo di negozio adottato dalle parti e non è necessaria quella prevista per la donazione diretta, il contratto preliminare con cui, allo scopo di arricchire il promissario acquirente, il promittente venditore consapevolmente si obblighi a vendere l'immobile per un prezzo pari al valore catastale».

[2] V. Cass., 7 dicembre 1989, n. 5410, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, 1590, con nota di richiami di PERFETTI, e in *Dir. fam.*, 1990, 428. In dottrina, cfr. AMADIO, *La nozione di liberalità non donativa nel codice civile*, in AA.VV., *Liberalità non donative e attività notarile. Quaderni della Fondazione italiana per il Notariato*, Milano, 2008, 10 ss.

[3] Si pensi, in proposito, alla seminagione o alla costruzione su suolo altrui accompagnate da intento di liberalità o anche, pur sempre con altrettanto spirito di liberalità, alla volontaria, mancata interruzione ad opera del proprietario dell'altrui usucapione.

[4] Cfr. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, Torino, 1996, 71 ss.

in quanto l'utilizzo di un negozio diverso dalla donazione, volto a raggiungere una finalità diversa da quella liberale, comporta l'inespressione, in atto, di tale finalità[5]. Ove l'esplicitazione avvenga mediante atto proveniente dalle stesse parti, la stessa avrà i caratteri propri del negozio di accertamento, producendo gli effetti preclusivi riconducibili a quest'ultimo; al contrario, nel caso in cui l'esplicitazione avvenga – come di solito accade – a mezzo di dichiarazione unilaterale del disponente (contenuta, ad esempio, in un testamento, anche a fini perequativi delle attribuzioni effettuate in favore degli eredi), non pare corretto fare riferimento alla confessione.

In tale seconda ipotesi, infatti, la qualificazione giuridica dell'attribuzione unilaterale effettuata non si configura in termini di fatto sfavorevole al donante, in quanto da essa automaticamente promanano effetti che potrebbero incidere nella sfera giuridica del destinatario, vista la possibile applicazione delle norme in materia di collazione e riduzione applicabili alle liberalità: tale attribuzione ha pertanto natura di dichiarazione di scienza, che costituisce un principio di prova da valutarsi unitamente ad altre circostanze[6].

A questo punto, risulta essenziale evidenziare alcune caratteristiche essenziali della figura in esame: 1) sotto il profilo funzionale, si tratta di una liberalità sostanziale il cui contenuto negoziale sfugge alla sacralità della forma pubblica; 2) peraltro, dal punto di vista strutturale le singole fattispecie danno vita non solo alla questione della riconducibilità allo schema loro tipico, bensì anche quello della distinguibilità della liberalità indiretta dal contratto simulato e dal *negotium mixtum cum donatione*; 3) sotto il profilo effettuale, infine, la qualificazione giuridica di donazione indiretta comporta l'applicazione, al caso di specie, solo di alcune delle disposizioni in materia di donazione, e di queste ne rimangono escluse soprattutto quelle sulla forma, di talché andranno adeguate, alla donazione indiretta, le regole riguardanti: a) revocazione per ingratitudine e per sopravvenienza di figli (art. 800 ss. c.c.); b) collazione (art. 737 ss. c.c.); c) riduzione per reintegra della legittima (artt. 555 ss. c.c.). In ogni caso, riguardo alla forma, la donazione indiretta potrà considerarsi valida solo ove risulti rispettata la forma prescritta per lo specifico atto da cui essa risulta, con esclusione, quindi, della precettività derivante dall'art. 782 c.c. per le donazioni dirette[7].

---

[5] Cfr. Trimarchi, *Atti ricognitivi di liberalità non donative nella prassi notarile*, in Aa.Vv., *Liberalità non donative e attività notarile. Quaderni della Fondazione italiana per il Notariato*, Milano, 2008, 163 ss.; Torroni, *L'accertamento negoziale di precedenti liberalità*, in *Riv. not.*, 2011, 442 ss.

[6] In proposito va precisato come, in ogni caso, il problema di individuare la natura giuridica della dichiarazione del disponente non abbia conseguenze pratiche rilevanti: anche se gli si volesse attribuire natura confessoria, essa sarebbe comunque liberamente valutabile *ex* art. 2735 c.c. dal giudice; sarà fondamentale, d'altra parte, evidenziare il collegamento tra la liberalità e il meccanismo attributivo negoziale o non negoziale (ad es., adempimento del terzo) in precedenza posto in essere.

[7] V. Cass., 7 giugno 2006, n. 13337, in *Notariato*, 2006, 667, e in *Obbl. e contr.*, 2006, 1033, con nota di richiami di Gennari; conf. Cass., 2 settembre 2009, n. 19099,

È utile, a questo punto, una breve disamina concernente le principali configurazioni di liberalità indirette, anche a fronte delle interrelazioni tra liberalità *inter vivos*, disposizioni *mortis causa* e negozi transmorte.

3. Con riferimento agli atti rinunziativi, una manifestazione di volontà abdicativa volta a dismettere il diritto del quale l'autore sia titolare può configurare un negozio giuridico unilaterale, il cui effetto diretto e immediato è solo quello di estinzione del diritto del rinunziante: solo in modo indiretto e mediato (nonché, eventuale) tale negozio potrà determinare un effetto acquisitivo ovvero un vantaggio economico in capo al terzo.

La giurisprudenza infatti, in ordine alla ricorrenza o meno del profilo negoziale fa riferimento a un c.d. «negozio tacito di rinunzia» per dichiarare l'estinzione di un diritto soggettivo: in realtà palesa, in alcune decisioni, il ricorso alla *fictio* di un tacito atto di volontà del titolare del diritto e ciò, solitamente, allo scopo di tutelare l'affidamento che il suo comportamento (non necessariamente "negoziale") aveva ingenerato in capo a determinati soggetti terzi.

In proposito deve precisarsi come un negozio di rinunzia richieda, a differenza di altri atti non negoziali (come, ad esempio, quelli di mera tolleranza), che il rinunziante ponga in essere, sia pure *per facta concludentia*, un atto di autonomia privata a cui l'ordinamento ricolleghi gli effetti perseguiti: pertanto, ove tali effetti siano sostenuti da spirito di liberalità del rinunziante, volto a determinare il proprio impoverimento a fronte dell'arricchimento di un terzo qualificato, allora potrà qualificarsi la rinunzia in termini di donazione indiretta e, negozialmente, unilaterale. Anche in questo caso tuttavia sarà necessario, al fine della realizzazione dell'intento liberale, che la mera dismissione del diritto da parte del titolare sia qualificata dalla considerazione principale, del donante, di realizzare un'attribuzione spontanea[8].

In ogni caso difficilmente sarà ravvisabile, nelle fattispecie concrete, una rinunzia con conseguente acquisto ed arricchimento di un altro soggetto, in forza della *vis expansiva* del suo diritto, che non abbia efficacia donativa. In proposito, il riferimento al soggetto beneficiario è spiccato, e la medesima considerazione dei motivi che spingono il rinunziante al negozio deve risultare al fine di qualificare, ovvero escludere, l'intento liberale, e tale fenomeno darà adito a profili problematici sia nel caso di rinunzia a un diritto reale (ove è esclusa la partecipazione del beneficiario), sia nell'ipotesi di remissione del debito (ove l'eventuale partecipazione all'atto del debitore

---

in *Mass. Giur. it.*, 2009; Cass., 3 novembre 2009, n. 23297, in *Contratti*, 2010, 276, con nota di richiami di Romeo; ma v. anche Cass., 16 marzo 2004, n. 5333, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce «Donazione», n. 12.

[8] Cfr. Cass., 29 maggio 1974, n. 1545, in *Mass. Giur. it.*, 1974, secondo cui «La donazione indiretta può essere realizzata anche mediante una rinunzia abdicativa, a condizione che sussista tra la rinunzia e l'arricchimento un nesso di causalità diretta».

rimesso determina la necessità di un'indagine volta ad individuare l'effettiva consistenza dell'interesse non solo del donante, bensì anche del donatario)[9]: nel primo caso, infatti, è assente la partecipazione volitiva volta all'acquisto del beneficiario (in caso contrario, vi sarebbe donazione vera e propria) ma può essere, paradossalmente, anche contraria e tuttavia ininfluente, dal momento che l'arricchimento del suo patrimonio dipende, esclusivamente, da altrui volontà[10]; nella remissione del debito, al contrario, il riferimento al soggetto beneficiario risulta maggiormente rilevante: i motivi che hanno spinto alla remissione debbono quindi compenetrarsi nell'atto, e ciò al fine sia di consentire una valutazione da parte del debitore rimesso circa l'adesione all'intento liberale del remittente che di escludere, per converso, le altre motivazioni che abbiano spinto il remittente medesimo al negozio.

Giova tenere in considerazione, sul punto, il parallelismo che la rinunzia insita alla remissione determina sia con la donazione formale del diritto di credito, sia con la figura della donazione c.d. «liberatoria»[11]: ciò, in quanto in tutte e tre le figure risultano presenti gli stessi elementi, di talché tutto sembrerebbe risolversi in mera questione di natura formalistica, costituendo, la forma, esteriorizzazione della causa attributiva.

Al contrario, non costituisce donazione indiretta il caso di rinunzia in favore solo di alcuni chiamati, e che importa accettazione dell'eredità *ex* art. 478 c.c.[12]: in tale ipotesi il primo chiamato compie, con la propria manife-

---

[9] V., sul punto, Tilocca, *La remissione di debito*, Padova, 1955, 35 ss., che qualifica la remissione del debito in termini di «atto neutro».

[10] Come acutamente osservato da Palazzo e Sassi, *Trattato della successione e dei negozi* successori, 2, *Negozi successori anticipatori*, Torino, 2012, 347, deve ritenersi singolare, in proposito, «che quanto sia inammissibile *recta via* (una donazione) sia poi possibile attraverso una attività negoziale diversa (la rinunzia al diritto): si pensi ad esempio alla rinunzia all'usufrutto», e viene riportata dai medesimi Autori, a titolo di esempio, Cass., 30 dicembre 1997, n. 13117, rinvenibile in *Arch. civ.*, 1998, 1123, e in *Notariato*, 1998, 407, con nota di Tordiglione, *Rinunzia all'usufrutto e donazione indiretta*.

[11] Si tratta, in quest'ultimo caso, di figura che ha suscitato dubbi sulla sua ammissibilità nel nostro sistema: *nulla quaestio* sulla donazione del diritto di credito, che determina l'estinzione del debito per confusione. Figura che peraltro deve tenersi distinta – come, del resto, la remissione del debito – dalla promessa bilaterale di remissione, contratto in cui la parte assume un'obbligazione di *facere*, cioè a dire di emettere la dichiarazione remissoria e che, proprio per questo, non può costituire donazione: v. Torrente, *La donazione*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* diretto da Cicu, Messineo, Mengoni e Schlesinger, XXII, 2ª ed. agg. a cura di Carnevali e Mora, Milano, 2006, 255 s. Qualche problema in ordine al relativo riconoscimento è stato sollevato, invece, in ordine alla donazione liberatoria: cfr., in proposito, Cataudella, *Considerazioni in tema di donazione liberatoria*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1970, 757; Carnevali, *Le donazioni*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da Rescigno, VI, 2, 2ª ed., Torino, 1997, 471; Capozzi, *Successioni e donazioni*, 3ª ed. agg. a cura di Ferrucci e Ferrentino, Milano, 2009, 1599 ss.

[12] Cfr., sul punto, Torrente, *La donazione*, cit., 253; Ferri; *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 456-511*, in *Comm. cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, 3ª ed., Bologna-Roma, 1997, 286 s.

stazione di volontà, un atto dispositivo a vantaggio di alcuni soltanto dei chiamati in subordine per legge, in tal modo alterando il meccanismo legale previsto in materia di delazione. Deriva da ciò l'acquisto, in capo al primo chiamato, della massa ereditaria, e la fonte dell'acquisto dei beneficiari sarà rinvenibile in un negozio attributivo il quale, ove spontaneamente effettuato, potrà considerarsi come donazione vera e propria, con conseguente applicazione delle relative norme in materia di forma, e necessaria accettazione da parte dei chiamati[13].

Analogie con la donazione dei diritti ereditari presenta la rinunzia ai diritti ereditari fatta, gratuitamente, a favore di tutti coloro ai quali si sarebbe devoluta la quota del rinunziante *ex* art. 519, 2° comma c.c.: la distinzione tra le due figure è tuttavia rilevante, non solo sotto il profilo formale, ma anche riguardo alle conseguenze cui le stesse danno luogo; rimane, peraltro, nella piena discrezionalità dell'istituito in che modo realizzare l'arricchimento. Detta rinunzia, infatti, più esattamente si configura quale semplice atto di rifiuto con cui il chiamato, abdicando alla qualità di chiamato, respinge la possibilità di acquisto dell'eredità[14]. Anche a fronte del fattivo arricchimento di coloro ai quali si sarebbe devoluta la quota del rinunciante, tale ipotesi non può ritenersi integrare donazione diretta né indiretta in quanto, non avvenendo tecnicamente il depauperamento di una parte con contestuale arricchimento dell'altra, nulla si sposta dalla sfera del beneficiante a quella dei beneficiari, a meno che non si prospetti come donazione indiretta del diritto potestativo di accettazione dell'eredità[15].

Infine, non può ritenersi integrare una rinunzia alla rivalsa l'adempimento di un obbligo altrui *ex* art. 1180 c.c. eseguito *cum animo donandi*[16], in quanto nel *solvens* si accompagnerebbe, all'*animus solvendi debiti alieni*, l'interesse a donare alla parte debitrice.

4. Veniamo ora ai possibili casi di modificazione soggettiva del debito. Donazioni indirette possono realizzarsi, infatti, anche a mezzo di negozi finalizzati a determinare, solitamente, un mutamento riguardante il soggetto passivo dell'obbligazione (si pensi a delegazione, espromissione ed accollo) ovvero il coinvolgimento di ulteriori soggetti nell'ambito della responsabilità

---

[13] V. Grosso, Burdese, *Le successioni*, in *Tratt. dir. civ*. diretto da Vassalli, Torino, 1977, 289.

[14] Il compimento in favore degli aventi diritto, comunque, non consente di riconoscere alla fattispecie in esame natura traslativa contrattuale: sul punto, Prestipino, *Delle successioni in generale. Artt. 456-534*, in *Comm. Pem*, Novara, 1981, 433; Cariota Ferrara, *Le successioni per causa di morte*, Napoli, 1977, 127.

[15] V. in proposito Ferri; *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 456-511*, cit., 90 s., il quale ritiene come la rinunzia di cui all'art. 519, 2° comma c.c. possa integrare, ove effettuata per spirito di liberalità, una donazione indiretta.

[16] In questi termini, Biondi, *Le donazioni*, in *Tratt. dir. civ. it*. diretto da Vassalli, Torino, 1961, 963. *Contra*, A. Torrente, *La donazione*, cit., 72, e Carnevali, *Le donazioni*, cit., 448, i quali ravvisano invece, in questo caso di donazione indiretta, una rinuncia.

patrimoniale del debitore (fideiussione e avallo): anche in questi casi sarà necessario, tuttavia, valutare le singole fattispecie concrete.

Nel caso della delegazione, il delegante può fare assumere al delegato, suo debitore, un'obbligazione verso il delegatario che si voglia avvantaggiare a mezzo di una liberalità. In questo caso: a) non vi è scambio di una cessione di credito con un'apparente delegazione, bensì una delegazione titolata; b) neppure vi è donazione tipica obbligatoria[17] quanto, piuttosto, donazione indiretta, ove all'arricchimento del donatario-delegatario conseguente all'acquisto del credito nei confronti del delegato, corrisponda un depauperamento del donante-delegante che promani dal rapporto di provvista. Al contrario, ove il delegato voglia realizzare una liberalità a vantaggio del delegante, e intervenga la liberazione di quest'ultimo da parte del delegatario, potrà configurarsi un rapporto bipartito entro cui il delegato voglia attuare una liberalità a favore del delegante, e questi a vantaggio del delegatario, con conseguente possibile ingeneramento di due liberalità a mezzo dell'assunzione di una sola obbligazione.

Non integra una donazione indiretta l'espromissione, nemmeno quando l'espromittente adempia, dal momento che dovrebbe ravvisarsi donazione indiretta, eventualmente, nella sola rinunzia all'azione di regresso: ove il creditore non abbia liberato il debitore dovrà escludersi una liberalità sia verso il debitore espromesso che verso il creditore, difettando in entrambi i casi il requisito dell'arricchimento: ciò, anche ove in presenza di spirito liberale in capo all'espromittente. Si esclude la liberalità anche al momento del pagamento, dal momento che ricorre l'obbligo giuridico di effettuarlo: l'effetto liberale verso l'espromesso, che tuttavia sussiste, deriverà dall'assunzione dell'obbligo e dal pagamento[18]; nel caso in cui vi sia liberazione del debitore, la liberalità in suo favore sarà evidente, con estinzione del debito a fronte dell'assunzione dell'obbligazione da parte dell'espromittente, con rinunzia alla rivalsa.

Discorso analogo può farsi con riguardo ad ipotesi di accollo effettuato per spirito di liberalità, nonché con riferimento a simili ipotesi di rilascio di fideiussione: nell'accollo privativo è rinvenibile, infatti, un arricchimento in favore del debitore, venendo quest'ultimo liberato della sua obbligazione. Arricchimento inesistente, al contrario, nell'accollo cumulativo ovvero nella fideiussione[19]. Si tratta d'impostazione la quale, tuttavia, non ha trovato piena condivisione in giurisprudenza[20].

---

[17] Cfr. BIONDI, *Le donazioni*, cit., 976.

[18] BIONDI, *Le donazioni*, cit., 966.

[19] BIONDI, *Le donazioni*, cit., 965.

[20] Cfr., sul punto, Cass., 11 ottobre 1978, n. 4550, in *Riv. not.*, 1978, 1341, la quale in una ipotesi di accollo interno ha ravvisato l'esistenza di una donazione indiretta nel semplice fatto della sussunzione della obbligazione di pagare; v. inoltre Cass., 8 luglio 1983, n. 4618, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, 1792, la quale ha richiesto, per questa forma di donazione (in realtà) indiretta, con effetti solo obbligatori a carico del donante, la forma (in realtà) propria della donazione diretta.

5. Anche lo schema del contratto a favore di terzo (cfr. artt. 1411, 1273, 1° comma, 1599, 4° comma, 1689, 1875 e 1920 c.c.) può ritenersi idoneo a soddisfare l'interesse a donare: attraverso di esso, alla causa tipica voluta dalle parti può affiancarsi, infatti, l'ulteriore interesse, dello stipulante, all'attuazione di una liberalità a vantaggio di un terzo soggetto[21].

Tale strumento negoziale consente al donante: a) di arricchire il beneficiario di un bene diverso da quello di cui il donante medesimo si spoglia; b) di revocare la liberalità sino al momento in cui il beneficiario non dichiari di volerne profittare[22].

L'effetto liberale deriva dalla esecuzione dello stipulante di una prestazione a favore di un soggetto diverso dalle parti costituenti il negozio, dietro corrispettivo proveniente dal promittente[23], il quale mira a soddisfare un interesse che prescinde da qualsiasi rapporto obbligatorio che lo leghi con il beneficiario della liberalità.

Seppure non sempre contestualmente al verificarsi dell'effetto liberale, in via di principio l'interesse ad adempiere è condiviso dal terzo, dal momento che gli è riservata la facoltà di dichiarare di non voler profittare della liberalità: quest'ultima è da considerarsi, quindi, l'effetto riflesso e mediato del contratto a favore del terzo, effetto di cui il promittente può ignorare l'esistenza, in quanto egli confida, al più, in un interesse dello stipulante al negozio senza, tuttavia, approfondirne gli aspetti essenziali[24]. I possibili casi infatti sono, in questa direzione, tre: anzitutto, che lo stipulante voglia effettuare una liberalità a vantaggio sia di promittente che di terzo, e il promittente condivida l'interesse non patrimoniale dello stipulante (donazione modale)[25]; in secondo luogo, che il promittente intenda effettuare una liberalità a vantaggio del solo stipulante e quest'ultimo, a sua volta, condivida l'interesse non patrimoniale del promittente e intenda volgerla

---

[21] V., in proposito, Gorla, *Contratto a favore di terzo e nudo patto*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, 585; Palazzo, *Contratto a favore di terzo e per persona da nominare (Sintesi d'informazione)*, *ivi*, 1984, II, 390; Ferranti, *Causa e tipo nel contratto a favore di terzo*, Milano, 2005, 163.

[22] Nel caso, inoltre, in cui la prestazione debba essere fatta al terzo *post stipulantis mortem*, detta possibilità di revoca sarà consentita anche agli eredi del donante.

[23] È consolidato l'orientamento che riconosce la possibilità che detta figura possa essere produttiva di un effetto reale a favore del terzo: cfr. Mirabelli, *Dei contratti in generale. Artt. 1321-1469*, in *Comm. cod. civ. Utet*, IV, 2, 3ª ed., Torino, 1980, 437.

[24] V. Cass., 7 luglio 1971, n. 2127, in *Rep. Foro it.*, 1971, voce «Contratto in genere», n. 306.

[25] Cfr. Carnevali, *La donazione modale*, Milano, 1969, 15 ss.; Id., *La donazione modale*, in Aa.Vv., *Le donazioni*, in *Tratt. dir. successioni e donazioni* diretto da Bonilini, VI, Milano, 2009, 853 ss. Al contrario, nel patto di famiglia il *modus* viene eseguito in favore dei legittimari partecipanti non assegnatari, e non rinunzianti: sulla tutela dei legittimari non assegnatari nella stipula del patto di famiglia v., di recente, Cerri, *Negozi successori e trasmissione dell'impresa*, Padova, 2014, 161 ss.

al terzo; infine, può accadere che l'interesse liberale dello stipulante non sia condiviso dal promittente, il quale, tuttavia, dovrà eseguire la prestazione in favore del terzo. L'interesse liberale dello stipulante, se giustifica l'attribuzione patrimoniale nei confronti del terzo[26], rimane tuttavia estraneo al rapporto contrattuale con il promittente: l'obbligo del promittente non è destinato, infatti, a soddisfare l'interesse liberale dello stipulante[27].

L'esistenza di un rapporto trilatero solo in senso economico – non anche giuridico – necessita il contemperamento degli interessi di tutti i soggetti coinvolti. Nello stabilire, quindi, se il bene donato debba intendersi quello uscito dal patrimonio dello stipulante, ovvero quello di cui il terzo si sia arricchito, viene risolto a mezzo del riferimento all'interesse a donare dello stipulante, cioè a dire l'interesse prevalente che si estrinseca proprio nel porre in essere questo schema contrattuale al fine di far pervenire quel determinato bene, e non quello di cui lo stipulante si priva.

Vi sono, in ogni caso, delle eccezioni: a) nel caso di assicurazione sulla vita a favore del terzo, ove il legislatore fa salve le norme in materia di collazione, imputazione e riduzione rispetto ai premi pagati (cfr. art. 1923, 2° comma c.c.); b) nella costituzione di rendita. In entrambi i casi, le disposizioni possono trovare giustificazione nel carattere aleatorio dei contratti; con particolare riferimento alla costituzione di rendita, inoltre, non può non tenersi in considerazione il carattere quasi sempre liberale del vitalizio a favore del terzo.

6. Per l'utilizzabilità del mandato irrevocabile al fine di effettuare una liberalità indiretta, è quantomeno opportuna una indagine riguardante l'interesse del mandatario, o del terzo, allo svolgimento dell'attività gestoria[28].

Mentre la giurisprudenza esclude che la realizzazione dell'interesse coinvolto nel mandato possa realizzare il fatto di agire anche per conto di mandatario o terzo, e ritiene impossibile la coincidenza di siffatto interesse con quello del mandatario al compenso o con quello a che il rapporto perduri[29], la dottrina risulta da tempo molto divisa sul punto: da una parte, si sosteneva l'insuscettibilità, in capo all'ipotesi legislativa del mandato

---

[26] V. in proposito La Porta, *Il problema della causa del contratto*, I, *La causa ed il trasferimento dei diritti*, Torino, 2000, 143.

[27] Cfr. Giorgianni, *L'obbligazione*, I, Milano, 1968, 64; ma v. anche Cataudella, *Successioni e donazioni. La donazione*, cit., 57, il quale parla di rilevanza normativa del motivo nelle liberalità contrattuali non donative; Torrente, *La donazione*, cit., 65, il quale sottolinea come «lo scopo per il quale l'attribuzione a favore del terzo viene voluta dallo stipulante» tecnicamente rappresenti solo «un motivo».

[28] Cfr. in proposito Luminoso, *Mandato, commissione, spedizione*, Milano, 1984, spec. 95 ss.

[29] V. Cass., 20 novembre 1975, n. 588, in *Mass. Giur. it.*, 1975; Cass., 15 novembre 1968, n. 3740, in *Foro it.*, 1969, I, 1247; Cass., 27 aprile 1961, n. 939, in *Mass. Giur. it.*, 1961.

irrevocabile, di configurarsi in modo diverso anche nelle ipotesi in cui fosse previsto un qualsiasi vantaggio patrimoniale per mandatario o terzo[30]; dall'altra, si affermava la necessità di registrarsi di volta in volta, oltre l'interesse di mandatario o terzo, un patto espresso d'irrevocabilità tra mandante e mandatario o terzo[31]; ancora, si proponeva la necessità di prevedere una specifica obbligazione di conferire il mandato come atto di adempimento[32]; si è, infine, avanzata la tesi della ricorrenza dell'irrevocabilità ad ogni riscontro di rapporto obbligatorio tra mandante e mandatario, o terzo, preesistente o coevo alla stipula del mandato[33].

In realtà, i casi di mandato irrevocabile sono ascrivibili a due fondamentali categorie di ipotesi[34].

Da una parte, vi è: a) il mandato a vendere conferito dal debitore al proprio creditore in modo che il mandatario possa soddisfare, col prezzo che incasserà, il proprio credito o quello di un terzo verso il mandante; b) la cessione dei beni ai creditori; c) il mandato a incassare un proprio credito verso un terzo debitore, conferito da un debitore al proprio creditore al fine di consentire a quest'ultimo di trattenere l'incasso per soddisfare il proprio credito; d) il mandato del venditore al compratore a ritirare da un terzo i titoli della proprietà del bene venduto; e) il mandato del marito alla moglie separata ad amministrare i propri beni per assicurarle il pagamento dell'assegno di mantenimento; f) il mandato a riscuotere somme già promesse a mutuo dal mandante al mandatario; g) il mandato a comprare l'immobile che il mandante ha già locato al mandatario; h) il mandato a incassare un credito da un terzo debitore, e ad accreditare la somma a un creditore del mandante.

Dall'altra, vi è: a) il mandato a concedere ipoteca in nome e per conto del mandante sui beni di questo, a garanzia di un debito del mandatario verso un terzo; b) il mandato a vendere, a prezzo modico, alla moglie del mandatario in regime di comunione legale dei beni; c) il mandato a donare alla moglie del mandatario in regime di comunione legale dei beni; d) il mandato a donare ad un terzo; e) il mandato a costituire servitù a carico del fondo del mandante, e a vantaggio di un fondo di cui il mandatario sia comproprietario; f) il mandato con rappresentanza a prestare fideiussione a garanzia di un debito del mandatario verso un terzo; g) il mandato ad

---

[30] Burdese, *Irrevocabilità del mandato con rappresentanza*, in *Dir. e giur.*, 1950, 436 ss.; Cottino, *Note sull'irrevocabilità del mandato*, in *Riv. dir. comm.*, 1952, II, 22.

[31] Cfr. Minervini, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, Torino, 1954, 185 ss.

[32] Santagata, *Mandato. Disposizioni generali*, in *Comm. cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1985, 560; Id., *Mandato* in rem propriam *e fallimento del mandante*, in *Dir. e giur.*, 1969, 782.

[33] In tal senso, Graziadei, *Considerazioni sul mandato* in rem propriam *nell'ipotesi di fallimento del mandante*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, II, 227 ss.; Natoli, *La rappresentanza*, Milano, 1977, 40. In giurisprudenza, cfr. Cass., 15 novembre 1968, n. 3740, in *Foro it.*, 1969, I, 1372; Cass., 13 maggio 1964, n. 1160, *ivi*, 1964, I, 1624.

[34] Cfr. Luminoso, *Mandato, commissione, spedizione*, 104, nt. 151.

amministrare conferito da un comproprietario del bene ad altro comproprietario; h) il mandato ad acquistare merci che dovranno essere trasferite solo per metà al mandante.

Ove prevista, nel titolo, l'irrevocabilità del mandato, non è necessaria una giusta causa attributiva di ordine patrimoniale, dal momento che è sufficiente che l'interesse sia rilevante sul piano del contratto di mandato: da ciò promana che, specie nella seconda categoria d'ipotesi di mandato c.d. irrevocabile, la causa attributiva può essere anche non onerosa e a corrispettività strumentale alla gratuità indiretta, essendo affidati, gli effetti dell'attività del mandatario, a due ordini d'interessi contrattuali delle parti, cioè a dire, da una parte, quello del mandante ad attuare un trasferimento gratuito di beni al mandatario o ad un terzo e, dall'altra, quello del mandatario ad assumere l'impegno di attività di gestione che si risolva a vantaggio proprio e/o di un terzo[35].

7. Sia dottrina che giurisprudenza sono sostanzialmente concordi nel ritenere come la costituzione di fondo patrimoniale comporti una liberalità[36]; è in discussione, tuttavia, se configuri donazione pura, donazione obnuziale, modale ovvero, ancora, una liberalità non donativa[37].

---

[35] Ancora Luminoso, *Mandato, commissione, spedizione*, cit., 101-102, secondo cui proprio tale categoria d'ipotesi in cui si realizza la gratuità indiretta prova l'eccezionale ammissibilità, della revocabilità del rapporto, nell'ambito della disciplina del 2° comma dell'art. 1723 c.c., in ogni caso in cui sia riscontrabile «la presenza di un elemento di raccordo tra l'interesse del mandatario, in vista della cui attuazione il mandato viene conferito, e il mandato stesso, il quale consente la penetrazione dell'interesse considerato nel contenuto del mandato».

[36] V. Cass., 2 dicembre 1996, n. 10725, in *Fallimento*, 1997, 799, e in *Fam. e dir.*, 1997, 169; conf. Cass., 4 settembre 2000, n. 11545, in *Dir. e prat. soc.*, 2000, 22, 86, la quale evidenzia come l'atto costitutivo di un fondo patrimoniale per fronteggiare i bisogni della famiglia debba ritenersi configurare un atto tipico di liberalità, ed attesa tale sua natura, ove risulti compiuto nei due anni dalla dichiarazione di fallimento, deve dichiararsi inefficace rispetto alla massa dei creditori *ex* art. 64 l.fall. Cfr., in dottrina, Moscarini, *Struttura e funzioni nelle convenzioni matrimoniali* (Prolusione al XXVIII corso della Scuola di Notariato «Anselmo Anselmi», Roma, 31 gennaio 1976), in *Riv. not.*, 1976, 171; Carresi, *Del fondo patrimoniale*, in *Comm. riforma del diritto di famiglia* a cura di Carraro, Oppo e Trabucchi, I, Padova, 1977, 343 s.; Id., *Fondo patrimoniale*, *ivi*, III, Padova, 1992, 43 s.; De Paola, Macrì, *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 1978, 236; Del Vecchio, *Contributo all'analisi del fondo patrimoniale costituito dal terzo*, in *Riv. not.*, 1980, 325; Cian, Casarotto, *Fondo patrimoniale della famiglia*, in *Noviss. dig. it.*, *App.*, III, Torino, 1980, 831; Grasso, *Il regime in generale e il fondo patrimoniale*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, III, 2ª ed., Torino, 1996, 422-425.

[37] V., nel primo senso, Santosuosso, *Delle persone e della famiglia*, in *Comm. cod. civ. Utet*, Torino, 1982, 126; nel secondo, Pacia Depinguente, *Autonomia dei coniugi e mantenimento del regime patrimoniale legale*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, II, 566; per la liberalità non donativa, v. Carresi, *Del fondo patrimoniale*, cit., 346; Grasso, *Il regime in generale e il fondo patrimoniale*, cit., 423. *Contra* Bianca, *Diritto civile*, II, *La famiglia. Le successioni*, 4ª ed., Milano, 2005, 147, secondo il quale l'atto costitutivo di fondo non costituisce necessariamente atto di liberalità.

Tra le fattispecie costitutive del fondo vi sono, in particolare, le seguenti: 1) il terzo costituisce in fondo patrimoniale determinati beni attribuendone proprietà, o altro diritto reale, a entrambi i coniugi, di talché vi sarà il trasferimento o la costituzione del diritto reale per quote in capo ai coniugi, e a tale diritto sarà connessa la costituzione del vincolo, con le limitazioni sia ai poteri dei coniugi che all'aggredibilità da parte dei creditori; 2) il terzo costituisce in fondo patrimoniale alcuni beni, riservandosi la nuda proprietà dei medesimi, di talché ad entrambi i coniugi ne viene attribuito il diritto di godimento *ex* art. 168 c.c., in relazione al quale si sostanzia il vincolo di destinazione; 3) il terzo attribuisce ad uno solo dei coniugi proprietà o altro diritto reale costituendo, contemporaneamente, il vincolo sui beni, di modo che all'effetto traslativo del diritto reale da terzo a coniuge si accompagna la costituzione, in favore dell'altro coniuge, del diritto reale di godimento cui si limiteranno le facoltà concesse sui beni costituiti in fondo patrimoniale, con la realizzazione di una comunione di godimento; 4) i coniugi costituiscono il fondo patrimoniale vincolando proprietà o altro diritto reale di godimento su beni di cui essi siano già contitolari, con la produzione del mero vincolo di destinazione, ma non di trasferimento di proprietà o altro diritto; 5) un coniuge costituisce in fondo patrimoniale beni di sua esclusiva proprietà, vincolando intera proprietà o altro diritto reale, con contestuale trasferimento, in capo all'altro coniuge, di una quota del diritto trasferito; 6) il coniuge costituisce in fondo patrimoniale beni di sua proprietà, e dei quali intenda riservarsi la proprietà con contestuale costituzione, in capo all'altro coniuge, di diritto reale di godimento, instaurandosi inoltre una comunione di godimento tra coniugi relativamente ai poteri di amministrazione dei beni[38].

Ad eccezione del caso in cui siano entrambi i coniugi a costituire il fondo patrimoniale sui beni comuni (funzionalizzato alla mera nascita del vincolo di destinazione), la fonte del fondo patrimoniale è rinvenibile in un collegamento negoziale tra due fattispecie in realtà autonome di cui la prima è presupposto logico-giuridico della seconda, mentre la seconda tipizza gli interessi alla base dell'intero patto.

Nel caso di costituzione di uno solo dei coniugi (o di entrambi, su beni comuni, per quote differenti) ovvero da parte del terzo, si ha una vicenda traslativa o costitutivo-traslativa, rispettivamente, di proprietà o diritto reale minore in capo ad entrambi i coniugi, o in capo al coniuge non disponente, connessa al sorgere del vincolo di destinazione sui diritti trasferiti[39]: l'effetto

---

[38] Cfr. SANFILIPPO, *Osservazioni sulla costituzione del fondo patrimoniale*, in *Giur. it.*, 1987, 401.

[39] Al di là di quanto espressamente dichiarato dalle parti, l'effetto finale del negozio di trasferimento necessariamente consiste nella nascita di una contitolarità dei coniugi, in ordine al bene vincolato, per medesime quote; in caso contrario, non avrebbe ragione di esistere né il regime previsto in materia di amministrazione del fondo, né il regime della responsabilità: cfr. SANFILIPPO, *Osservazioni sulla costituzione del fondo patrimoniale*, cit., 402; AULETTA, *Il fondo patrimoniale*, Milano, 1990, 91.

finale del negozio infatti deve necessariamente portare alla contitolarità, per quote uguali, del diritto in capo ai coniugi, nonché al sorgere del vincolo di destinazione sul medesimo, e nell'ambito di tale generale funzione deve ridimensionarsi, principalmente, l'asserito carattere liberale della costituzione del fondo patrimoniale, dal momento che l'interesse che muove il terzo all'attribuzione può consistere nell'adempimento di un dovere di solidarietà caratterizzante i rapporti della famiglia[40], dell'obbligo alimentare verso i coniugi, dell'obbligo di mantenimento verso i discendenti ove i genitori siano carenti di mezzi[41], ovvero di un onere inserito in una donazione o in un lascito testamentario compiuto in favore del costituente[42].

Può rinvenirsi, d'altra parte, attività negoziale a carattere corrispettivo[43] quando, in particolare, il terzo sia spinto all'attribuzione dal duplice movente di costituzione del fondo e controprestazione in proprio favore, di talché la liberalità è esclusa anche ove la costituzione del fondo scaturisca dall'attribuzione di uno dei coniugi a vantaggio dell'altro: in tale ultimo caso, il movente del coniuge potrebbe collegarsi ad altri elementi, estranei alla costituzione del vincolo tra cui, ad esempio, l'adempimento di un dovere morale ovvero l'opportunità di modificare l'assetto patrimoniale della coppia a mezzo di trasferimenti in via reciproca, collegati da un nesso di sinallagmaticità di quote di beni diversi e di proprietà esclusiva di ciascuno dei coniugi, per destinarli a fondo patrimoniale. La destinazione ai bisogni della famiglia assorbe l'eventuale ragione rimuneratoria e, tuttavia, coincidono gli effetti pratici dell'una e dell'altra.

L'attività negoziale volta a trasferire il diritto perché ne sorga un vincolo di destinazione, quindi, può essere la più varia, e trova qualificazione giuridica nel concreto assetto patrimoniale voluto dalle parti, al di là della creazione del fondo.

8. Liberalità o corrispettività indiretta possono rinvenirsi anche nelle fattispecie di garanzia, in quanto strumenti idonei ad accrescere, con riguardo ai rimedi generalmente previsti a tutela del creditore (responsabilità patrimoniale generica ed espropriazione forzata), l'aspettativa di soddisfacimento del credito[44].

---

[40] Cfr. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, II, Napoli, 2006, 977-978.

[41] V. Criscuoli, Argiroffi, Responsum, in *Questioni di diritto patrimoniale della famiglia discusse da vari giuristi e dedicate ad Alberto Trabucchi,* Padova, 1989, 141 ss.

[42] Auletta, *Il fondo patrimoniale*, cit., 111.

[43] In ordine alla possibilità che sia una compravendita, o una permuta, a costituire l'atto di conferimento dei beni al fondo, v. Sanfilippo, *Osservazioni sulla costituzione del fondo patrimoniale*, cit., 405.

[44] Con riferimento alla funzione delle garanzie del credito anche in relazione alla garanzia patrimoniale generica, v. Sassi, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, Napoli, 1999, spec. 89 ss.

Non si rinviene, in tali casi, una struttura bilaterale del relativo negozio costitutivo: sia dichiarante che garante infatti pongono in essere l'attività negoziale, alternativamente, dietro corrispettivo versato da soggetto estraneo al rapporto di garanzia, ma di esso beneficiario (debitore principale), ovvero in assenza di corrispettivo in loro favore, pur avendo entrambi un interesse al compimento di detta attività[45].

Vi sono, in proposito, almeno tre distinte ipotesi con struttura e causa ben distinte: 1) contratti autonomi di garanzia e, in questo ambito, le polizze fideiussorie offerte da imprese assicuratrici, bancarie e società commerciali[46]; 2) dilazione di pagamento, remissione parziale del debito, o accordamento di transazione[47]; 3) lettera di *patronage* inviata all'istituto

---

[45] V., in proposito, le osservazioni di Caroppo, *Gratuità ed onerosità nei negozi di garanzia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1961, 421 ss.

[46] In tal caso, dichiarante o garante ricevono un corrispettivo a fronte dell'attività svolta e della eventuale assunzione di obblighi verso il beneficiario: il corrispettivo viene versato dal debitore principale, che, direttamente, si rivolge al dichiarante o al garante per ottenere la dichiarazione o la garanzia richiesta dal beneficiario ai fini erogatori del finanziamento o, in ogni caso, delle somme di danaro previste nel patto relativo al rapporto principale: l'attribuzione è sorretta, quindi, da una causa onerosa. Tale fattispecie si presenta formata da due negozi funzionalmente collegati, dal momento che l'attività del dichiarante o del garante trova il proprio impianto causale nella sola erogazione del finanziamento: il requisito dell'accessorietà tipico della garanzia sussidiaria indica, peraltro, il particolare collegamento funzionale che viene ad instaurarsi tra rapporto di garanzia e rapporto garantito e che determina quella situazione di temporaneità del primo, il quale permane solo fino al momento in cui l'aspettativa di soddisfacimento del creditore non viene realizzata: sul punto, V. almeno Sassi, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, cit., 50 ss.

[47] In questo caso, il destinatario della dichiarazione o della garanzia tollera un determinato sacrificio economico di cui, tuttavia, beneficia il debitore principale (terzo, in relazione al rapporto accessorio), e non l'altro contraente (dichiarante o garante): anche in questo caso, l'attribuzione è trova sostagno in una causa onerosa. Una posizione preminente assumono le garanzie prestate successivamente al sorgere del credito ove non può rinvenirsi, almeno in capo al creditore-beneficiario, spontaneità o inesistenza di obblighi giuridici, poiché questi accorda al debitore un determinato vantaggio patrimoniale (come una dilazione di pagamento o una remissione parziale del debito) in cambio dell'ottenimento della garanzia o della dichiarazione d'intenti, e del conseguente accrescimento delle possibilità di ricevere quanto spettante; la garanzia rimane in essere solo fino al momento in cui l'aspettativa del creditore non sia concretamente realizzata, di talché il vantaggio per il debitore, dipendente dalla dichiarazione o dalla garanzia, non può in nessun caso portare alla contestuale estinzione del debito. Nella fattispecie, quindi, il creditore non vuole semplicemente beneficiare il debitore, ma la concessione è accordata esclusivamente in vista di un concreto soddisfacimento delle proprie ragioni, anche se in seguito, o solo parzialmente: il creditore accetta di ricevere quanto spettantegli successivamente alla scadenza dell'obbligazione o in maniera parziale, a fronte di una maggiore sicurezza nella realizzazione del credito; ma dichiarante o garante, contrariamente al debitore principale non ricevono, almeno all'apparenza, alcun vantaggio per l'attività svolta: cfr. Caroppo, *Gratuità ed onerosità nei negozi di garanzia*, cit., 444 ss.; Sassi, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, cit., 90.

di credito dalla società controllante a beneficio della controllata, nonché fideiussione, o avallo, prestati da un parente in favore di un altro, ovvero dal socio in favore della società[48].

9. Nella intestazione di beni a nome di altri si rinvengono alcune questioni relative all'arricchimento, a titolo liberale, di una persona.

La qualificazione dell'ipotesi in cui taluno acquisti, con denaro proprio, un bene, e lo intesti a nome di colui verso il quale intenda attuare una liberalità, "oscilla" tra il caso di donazione indiretta (ove manchi la struttura essenziale di un atto di liberalità) e quello di una vera e propria donazione diretta del denaro occorrente per l'acquisto di bene immobile: detta qualificazione rileva quindi a diversi livelli, tra cui le diverse conseguenze derivanti dall'uno o dall'altro caso, specialmente nel caso in cui lo sviluppo successivo del rapporto costituito porti ad una necessaria restituzione di quanto effettivamente donato.

Giova ricordare come in una decisione non molto recente[49] la S.C. abbia

---

[48] Dichiarante o garante non ricevono alcuna diretta contropartita, in tali ipotesi, per l'attività svolta e l'eventuale assunzione dell'obbligo, pur avendo interesse a compiere la medesima. Tra i casi in cui il compimento della dichiarazione o la prestazione della garanzia avvengono senza versamento di corrispettivo o presenza di alcuna, almeno apparente, contropartita, è la garanzia fideiussoria ad offrire importanti spunti di riflessione: il fideiussore, sebbene considerato dal sistema come un obbligato solidale (ad eccezione della previsione del beneficio di escussione), fruisce di una serie di regole che lo pongono in situazione poziore rispetto a quella dei puri condebitori solidali, tra le quali è preminente la disciplina del regresso (artt. 1950-1951 c.c.). Con l'esercizio del regresso il fideiussore tecnicamente ristabilizza, recuperando quanto corrisposto al creditore, la situazione preesistente alla prestazione della garanzia, senza alcuna attribuzione in favore del debitore principale: diversamente nel caso in cui il fideiussore rinunci al proprio diritto, caso in cui si verificherà, nuovamente, un'attribuzione unilaterale al debitore principale, il cui impianto causale può essere – parimenti a quanto verificabile nella remissione – il più vario: il fideiussore può rinunciare al regresso per evitare le spese di giudizio, per la rinunzia del debitore principale a far valere propri diritti verso il fideiussore, per la dubbia possibilità di riuscire ad escutere il patrimonio del debitore principale che magari è incapiente ovvero, ancora, perché il fideiussore ha un interesse economico a non aggravare la situazione del debitore principale (interesse che potrebbe essere legato, ad esempio, ad una particolare posizione di questo, come nel caso di lettera di *patronage*). Anche nelle ipotesi prospettate deve quindi escludersi lo spirito di liberalità, a meno che il garante non possieda alcun interesse economico, nemmeno indiretto, alla prestazione della garanzia o alla rinuncia al regresso (ad esempio, un genitore o un parente che non abbia alcuna cointeressenza nell'ambito dell'attività economica del destinatario del finanziamento), ipotesi attributiva avente i tratti propri del negozio donativo e, come tale, sottoposto alla relativa disciplina.

[49] Cfr. Cass., 15 novembre 1997 n. 11327, in *Riv. not.*, 1998, 182, e in *Contratti*, 1998, 242, con nota di Basini, *Donazione indiretta e applicabilità dell'art. 179 lett.* b) *c.c.*; conf. Cass., 29 maggio 1998, n. 5310, in *Rep. Giust. civ.*, 1998, voce «Donazione», n. 3; Cass., 14 maggio 1997, n. 4231, *ivi*, 1997, voce cit., n. 6; Cass., 8 febbraio 1994, n. 1257, in *Riv. not.*, 1994, 643, e in *Foro it.*, 1995, I, 614, con nota di De Lorenzo,

avuto modo di chiarire l'impianto normativo applicabile ad una fattispecie analoga ai fatti oggetto della sentenza del 2013, qui in commento: nel 1985 Caia conviene in giudizio Sempronio, con cui aveva contratto matrimonio nel 1978 e da cui viveva separata consensualmente dal 1981, chiedendone la condanna, tra l'altro, all'attribuzione, previo scioglimento della comunione legale, della quota di sua pertinenza di un appartamento acquistato nel 1980. Il convenuto chiede il rigetto della domanda, affermando che in sede di divisione avrebbe dovuto tenersi conto, quanto all'immobile, degli apporti patrimoniali dei propri congiunti. Con sentenza del 1990 il Tribunale, avendogli assegnato l'appartamento, lo condanna al pagamento di Lire 15.000.000 a titolo di corrispettivo della metà dell'immobile di proprietà della moglie. Con sentenza del 1992 la Corte d'Appello dichiara l'appartamento di proprietà esclusiva di Sempronio, osservando in proposito come risulti provato che: 1) i genitori avevano fornito a Sempronio la somma necessaria per l'acquisto, in quanto la prova della donazione del danaro è anche prova della donazione indiretta dell'immobile, per la quale non è richiesto atto pubblico; 2) i genitori di Sempronio avevano chiesto e ottenuto un prestito per comprare l'appartamento per il figlio. Non vengono ritenuti, al contrario, rilevanti: 1) il fatto che la somma ottenuta in prestito fosse superiore al prezzo dell'immobile, essendo notorio che il prezzo dichiarato negli atti di acquisto è inferiore a quello effettivo; 2) il fatto che i genitori di Sempronio fossero in situazione di difficoltà economica, essendo plausibile che avessero comunque voluto costituire un patrimonio per le future esigenze del figlio. La Corte d'Appello ritiene quindi raggiunta la prova della donazione indiretta dell'immobile a Sempronio considerando, pertanto, l'immobile di proprietà esclusiva di questi. La S.C., confermando la sentenza impugnata, osserva come, nel caso di soggetto che abbia erogato il danaro per l'acquisto di un immobile in capo a un discendente (ancorché coniugato in regime di comunione legale), debba distinguersi l'ipotesi della donazione diretta del danaro, impiegato successivamente dal discendente in un acquisto immobiliare – in cui oggetto della donazione rimane il danaro medesimo – da quella in cui il donante fornisca il danaro quale mezzo per l'acquisto dell'immobile, che costituisce il fine della donazione. In questo caso, il collegamento tra attribuzione del denaro paterno ed acquisto del bene immobile da parte del figlio, porta a concludere di trovarsi in presenza non di donazione del denaro impiegato per l'acquisto dell'immobile, bensì di donazione indiretta dell'immobile medesimo.

Intestazione del bene in nome altrui: appunti in margine a una giurisprudenza recente. Cfr. inoltre, più di recente, Cass., 31 gennaio 2014, n. 2149, in *Ced Cassazione*, 2014, la quale evidenzia come in presenza di pagamento, da parte del donante, solo di «una parte del prezzo del bene, giacché la corresponsione del denaro costituisce una diversa modalità per attuare l'identico risultato giuridico-economico dell'attribuzione liberale dell'immobile esclusivamente nell'ipotesi in cui ne sostenga l'intero costo», non possa parlarsi di «donazione indiretta dell'immobile».

Quello descritto è un risultato che può, tuttavia, raggiungersi mediante diversi meccanismi negoziali: si pensi, ad esempio, alla donazione di somma di denaro gravata da onere di acquisto di un determinato bene, o anche al caso in cui il pagamento del prezzo sia effettuato dal terzo nella veste di mandatario, di gestore o, in genere, di rappresentante, che solo posteriormente, a titolo di liberalità (indiretta), rinunci alla ripetizione di quanto pagato. Nel caso di contratto a favore di terzo potrebbe rinvenirsi uno strumento agevole: parti del negozio sarebbero, tuttavia, venditore ed autore della liberalità in veste di stipulante, non più il beneficiario che rimarrebbe, in tal modo, terzo.

D'altra parte, quando un soggetto consegni *brevi manu*, in maniera contestuale e senza che risulti dall'atto di vendita, il denaro necessario al pagamento del prezzo, si può alternativamente: a) riconoscere l'esistenza di una donazione diretta di danaro e quindi, se non di modico valore, dedurne la nullità per difetto di forma, lasciando scoperto l'assetto d'interessi disposto dai soggetti; b) fare salva la validità dell'accordo, configurando la vendita in termini di donazione indiretta.

Si pensi, a titolo esemplificativo, ad un caso deciso dalla S.C. nel 2004[(50)]: nel 1993 Tizio adisce il Tribunale assumendo che: 1) nel 1990 decede la propria madre Pompea, nel cui patrimonio succedono *ab intestato* e in parti eguali, come unici eredi legittimi, Tizio e il proprio fratello Caio; 2) nel 1987 Pompea emette assegni bancari dell'importo di Lire 50.000.000 in favore di Tertullia, regolarmente incassati; 3) quest'ultima, a fronte del pagamento di Lire 200.000.000 trasferisce alla cognata Sempronia, moglie del proprio fratello Caio, la propria quota, pari al 50% del capitale sociale di Alfa s.n.c., proprietaria di un immobile; 3) contestualmente Filano, altro socio di detta società trasferisce, per medesimo importo, la propria quota pari al restante 50% del capitale sociale, al fratello Caio; 4) essendo evidente come il corrispettivo dell'acquisto di detta quota da parte di Sempronia sia stato versato in realtà da Pompea, il relativo importo doveva recuperarsi all'asse ereditario e, in particolare, in proprio favore nella misura di Lire 100.000.000. Tizio cita in giudizio, pertanto, Sempronia e Caio, al fine di sentir condannare la prima al pagamento di Lire 200.000.000, dei quali Lire 100.000.000 di sua spettanza. Il giudice di prime cure nel 1998 accoglie la domanda attorea, con-

---

(50) V. Cass., 24 marzo 2004, n. 3642, in *Notariato*, 2004, 237, la quale segue l'orientamento dettato da Cass., Sez. un., 5 agosto 1992, n. 9282, in *Giust. civ.*, 1992, I, 2991, con nota di Azzariti, *Somma erogata per l'acquisto di un immobile a soggetto diverso dall'acquirente e collazione*. Nel medesimo senso, Cass., 6 maggio 1991, n. 4986, in *Giust. civ.*, 1991, I, 2285; Cass., 31 gennaio 1989, n. 596, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, 1726; Cass., 15 novembre 1997, n. 11327, cit.; Cass., 14 dicembre 2000, n. 15778, in *Contratti*, 2001, 113, con nota di Carnevali, *Esclusione delle liberalità indirette dalla comunione legale tra coniugi*; Cass., 29 maggio 1998, n. 5310, in *Rep. Giust. civ.*, 1998, voce «Donazione», n. 3; Cass., 14 maggio 1997, n. 4231, *ivi*, 1998, voce cit., n. 6; Cass., 8 febbraio 1994, n. 1257, cit.; Cass., 8 maggio 1998, n. 4680, in *Vita not.*, 1998, 1600.

dannando Sempronia al pagamento della somma di Lire 100.000.00 in favore di Tizio, risultando ai fini della decisione irrilevante stabilire se si tratti di mutuo ovvero di donazione, dal momento che la restituzione della somma in favore degli eredi sarebbe stata dovuta, rispettivamente, *ex contracto* ovvero *ex nullitate* conseguente a difetto formale. Avverso tale decisione Sempronia propone gravame, che la Corte d'Appello accoglie nel 2000 assumendo doversi ritenere comunque esclusa l'ipotesi del mutuo, non essendovi stata alcuna consegna diretta del danaro da Pompea a Sempronia, e non avendo l'originario attore, comunque, fornito prova alcuna del preteso contratto. Si profila quindi, in termini di unica ipotesi plausibile, quella della donazione, da considerarsi peraltro valida, trattandosi nella fattispecie di donazione indiretta, per la quale è sufficiente la forma prescritta per il negozio tipico utilizzato. Tizio ricorre in Cassazione, ma la corte di legittimità conferma la sentenza impugnata, osservando come: 1) la donazione diretta di denaro successivamente impiegato dal beneficiario in un acquisto immobiliare con propria, autonoma determinazione, debba tenersi distinta dalla dazione del denaro quale mezzo per l'unico e specifico fine dell'acquisto dell'immobile: nel primo caso, infatti, oggetto della donazione rimane comunque il denaro, mentre nel secondo si ha donazione indiretta del bene, realizzabile a prescindere dalla necessaria articolazione, in attività tipiche, da parte del donante (si pensi, ad esempio, al pagamento diretto del prezzo all'alienante, alla presenza alla stipulazione ovvero, infine, alla sottoscrizione di contratto preliminare in nome proprio), essendo in proposito necessaria e sufficiente la prova del collegamento tra elargizione del denaro e acquisto, cioè a dire la finalizzazione della dazione del denaro all'acquisto. Integra fattispecie donativa diretta del denaro impiegato per il suo acquisto, pertanto, l'ipotesi di dazione del denaro con il precipuo scopo dell'acquisto immobiliare, e ciò proprio in ragione del ravvisato collegamento tra elargizione del denaro da parte del disponente e acquisto del bene immobile da parte del beneficiario, essendo indifferente, in proposito, che la prestazione in favore dell'alienante venga effettuata direttamente dal disponente (presente alla stipulazione intercorsa tra acquirente e venditore dell'immobile) ovvero dal medesimo beneficiario (dopo avere ricevuto il denaro dal disponente, e in esecuzione del complesso procedimento da quest'ultimo inteso adottare per ottenere il risultato della liberalità), con o senza stipulazione, in nome proprio, di un contratto preliminare con il proprietario dell'immobile; 2) risulti inoltre desumibile dall'emissione di assegni non trasferibili tratti direttamente all'ordine del venditore, la dimostrazione che oggetto dell'*animus donandi* manifestato dal disponente siano le quote societarie, e non il danaro, e ciò unitamente all'osservazione della concomitanza della relativa dazione sia con l'acquisto di dette quote che con il separato acquisto di rimanenti quote da parte del coniuge del beneficiario e figlio del disponente, in modo tale da consentire agli acquirenti la disponibilità, in parti eguali, dell'intero capitale sociale e, a tale stregua, dell'immobile quale unico cespite societario.

Nel caso d'intestazione di beni a nome altrui l'acquirente acquista a

titolo oneroso, ma il corrispettivo è dato all'alienante, non all'acquirente: non può quindi parlarsi di donazione diretta (di denaro o beni), tuttavia si è certamente in presenza di liberalità, ed a tale risultato è possibile addivenire anche ove il rapporto sia ricostruito in termini di "somma" di due distinti negozi, dei quali uno a titolo oneroso (vendita), mentre l'altro si configura quale liberalità (pagamento di debito altrui), nel senso che il donante paghi il prezzo dovuto al donatario ovvero, come nel caso di espromissione, s'impegni a pagarlo.

Ove risulti certa l'intenzione di donare la somma di danaro, oggetto della liberalità sarà tale somma, cui bisognerà far riferimento nei casi di revocazione, collazione o riduzione, come recentemente ribadito dalla S.C. in altro caso[(51)] di cui è utile ricordare, ai fini del presente commento, i punti fondamentali. Nel 2000 Tizio conviene in giudizio il fallimento di Sempronio per ottenere la riduzione della donazione indiretta stipulata da Caia, di cui egli è erede, in favore del fallito Sempronio, avente ad oggetto due lotti di terreno su cui insistono impianti per la vendita di carburante. A tal fine espone che: 1) il prezzo di detti beni, venduti da Alfa s.p.a. a Sempronio, è stato integralmente pagato da Caia; 2) la liberalità lede la propria quota legittima, con la conseguenza che egli ha diritto alla restituzione dei beni entro i limiti di reintegra della quota, ammontante a Lire 650.000.000. Il Tribunale dichiara nel 2002 improponibile la domanda, ed il successivo gravame viene respinto dalla Corte d'Appello. Tizio propone nel 2005 ricorso per cassazione, deducendo l'erronea applicazione dell'art. 24 l.fall., non rientrando l'azione di riduzione per lesione di legittima nel novero delle domande da esperire nelle forme dell'accertamento del passivo *ex* artt. 52, 93, 103 l.fall., norme riferite rispettivamente ai diritti di credito e alla rivendicazione e restituzione di beni. La corte di legittimità rigetta il ricorso, osservando in proposito come l'acquisto di un immobile con denaro del disponente e intestazione ad altro soggetto (che il primo intende, in tal modo, beneficiare) integri donazione indiretta dell'immobile, e non del denaro. Alla riduzione di siffatta liberalità indiretta, tuttavia, non si applica il principio della quota legittima in natura (connaturata all'azione nell'ipotesi di donazione ordinaria di immobile *ex* art. 560 c.c.), non mettendo in discussione, l'azione, la titolarità dei beni donati, e l'acquisizione riguardando il loro controvalore (mediante imputazione): mancando, pertanto, il meccanismo di recupero reale della titolarità del bene, il valore dell'investimento finanziato con la donazione indiretta deve ottenersi, da parte del legittimario leso, attraverso modalità tipiche del diritto di credito

---

[(51)] Cass., 12 maggio 2010, n. 11496, in *Fam. e dir.*, 2011, 348, con nota di Mari e Ridella, *Gli effetti delle azioni di riduzione e restituzione nei confronti delle liberalità non donative secondo la Corte di Cassazione*, in Trust, 2011, 128, con nota di Di Paolo, *La riduzione delle liberalità indirette*, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 1240, con nota di Todeschini Premuda, *Liberalità atipiche ed azione di riduzione: dalla legittima in natura alla legittima come diritto di credito*.

con la conseguenza che, in caso di fallimento del beneficiario, la domanda è sottoposta a rito concorsuale di accertamento del passivo di cui agli artt. 52 e 93 l.fall.

Ove il fenomeno sia qualificato in termini di donazione deve pertanto ritenersi: a) nel caso in cui si acceda alla costruzione unitaria del fenomeno, che l'effetto finale dell'intenzione del donante sia la liberalità del bene; b) nel caso in cui venga ricostruito come doppio negozio, il conseguimento del bene quale effetto di acquisto oneroso, mentre quello liberale è ravvisabile nel mancato esborso del prezzo da parte dell'acquirente-donatario[52]. Si avrà situazione analoga, poi, nell'ipotesi in cui il promissario di un contratto preliminare di compravendita sostituisca altri a sé nella stipula del definitivo, fornendo il denaro necessario per l'acquisto[53]: anche in tal caso, infatti, l'effetto liberale si determina attraverso il pagamento delle somme.

10. Nella fattispecie oggetto del presente commento può dirsi con certezza di essere in presenza di donazione indiretta d'immobile. Correttamente, infatti, la S.C. rileva come il trasferimento della proprietà dell'immobile risulti effettuato dall'atto di compravendita stipulato tra venditore e compratore-donatario, e tale atto rispetti i requisiti di forma di cui all'art. 1350 c.c.,

---

[52] Cfr. Cass., 15 dicembre 1984, n. 6581, in *Riv. not.*, 1985, II, 724, secondo cui «Allorquando il promissario acquirente in un preliminare di compravendita di un immobile abbia sostituito a sé altro soggetto (nella specie: il proprio figlio) nel contratto definitivo e fornito allo stesso il denaro per il pagamento del prezzo, si realizza una fattispecie nella quale va ravvisata la donazione indiretta dell'immobile e non quella diretta del denaro; infatti, nel rapporto costituito con il preliminare, l'oggetto economico del futuro contratto definitivo costituisce una posizione giuridica attiva acquisita al patrimonio del promissario acquirente, con la conseguenza che l'atto con cui quest'ultimo dispone del proprio diritto potestativo alla conclusione della compravendita, unitamente alla corresponsione del denaro per il pagamento del prezzo, determina il trasferimento della disponibilità giuridica del bene». Ma v. anche, in proposito, Cass., 19 marzo 1980, n. 1851, in *Foro it.*, 1981, I, 1395; Cass., 13 agosto 1965, n. 1960, *ivi*, 1965, 1838.

[53] Un caso riconducibile a tale fenomeno è quello deciso da Cass., 15 gennaio 1986, n. 171, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, 730, con nota di Ferraro, *Donazione obnuziale indiretta, simulazione e negozio fiduciario*, e in *Rep. Giust. civ.*, 1986, voce «Donazione», n. 4, secondo cui «Qualora un preliminare di vendita immobiliare, nel quale la qualità di promissario acquirente e di possessore in via anticipata del bene da trasferire venga assunta da persona diversa da quella che provvede al versamento del corrispettivo, sia ricollegabile ad un accordo trilaterale, rivolto a conseguire, con la partecipazione del promittente venditore, una donazione indiretta in favore di detto promissario da parte di chi esegue il pagamento, il sopravvenuto venir meno della *causa donandi* (nella specie: trattandosi di donazione in previsione di un futuro matrimonio poi non celebrato) determina la caducazione della suddetta attribuzione patrimoniale, e quindi anche del diritto di godere il bene in vista della stipulanda compravendita definitiva, ma non incide sull'efficacia del rapporto fra il promittente venditore ed il donante, il quale viene a porsi nella qualità di effettivo promissario». Si v. anche, sul punto, Cass., 15 dicembre 1984 n. 6581, cit.

non essendo richiesta, per la donazione indiretta, la forma normativamente prevista per la donazione in base al combinato disposto degli artt. 769 e 782 c.c., ed essendo quindi sufficiente l'osservanza delle forme prescritte per il negozio tipico utilizzato quale mezzo di realizzazione dello scopo liberale.

Come noto infatti l'art. 809 c.c., nella previsione delle norme sulle donazioni applicabili agli altri atti di liberalità realizzati con negozi diversi da quelli previsti *ex* art. 769 c.c., non richiama l'art. 782 c.c.[54], potendo in tal modo provarsi per testimoni o presunzioni sia lo scopo liberale che la sua realizzazione, da parte del donante, attraverso il pagamento della somma necessaria all'acquisto formalmente effettuato dal donatario.

Sempre in linea con quanto previsto dall'ordinamemnto, inoltre, la corte di legittimità ha ritenuto dare seguito al proprio orientamento, più volte ribadito[55], in base al quale deve ritenersi rientrare, la donazione indiretta, in quanto previsto dalla lett. b) del 1° comma dell'art. 179 c.c., non trovando quindi applicazione né la lett. f) del citato 1° comma, né il 2° comma il quale, alla lett. b), non fa riferimento. In tal modo si è correttamente dichiarata la mancata necessità, ai fini della sottrazione dell'acquisto per donazione indiretta alla comunione: 1) sia della dichiarazione espressa da parte del coniuge acquirente *ex* art. 179, 1° comma 1, lett. f) c.c.; 2) sia della partecipazione del coniuge non acquirente alla stipula della compravendita immobilare e della sua adesione, a detta dichiarazione del coniuge acquirente, *ex* art. 179, 2° comma c.c.

Silvio Pietro Cerri

---

[54] Cfr., in proposito, Cass., 29 marzo 2001, n. 4623, in *Mass. Giur. it.*, 2001. Ma v. anche Cass., 16 marzo 2004, n. 5333, cit., e Cass., 30 gennaio 2007, n. 1955, cit.

[55] Cfr. Cass., 15 novembre 1997, n. 11327, cit., la quale evidenzia che «nel caso di soggetto che abbia erogato il danaro per l'acquisto di un immobile in capo ad un figlio (ancorché coniugato in regime di comunione legale) si deve distinguere l'ipotesi della donazione diretta del denaro, impiegato successivamente dal figlio in un acquisto immobiliare, in cui, ovviamente, oggetto della donazione rimane il denaro stesso, da quella in cui il donante fornisce il denaro quale mezzo per l'acquisto dell'immobile, che costituisce il fine della donazione. In tale caso, il collegamento tra l'elargizione del denaro paterno e l'acquisto del bene immobile da parte del figlio, porta a concludere che si è in presenza di una donazione (indiretta) dello stesso immobile e non del denaro impiegato per il suo acquisto»; ma v. anche Cass., 8 maggio 1998, n. 4680, cit., e Cass., 14 dicembre 2000, n. 15778, cit., secondo la quale «La donazione indiretta del bene immobile non deve necessariamente articolarsi in attività tipiche da parte del donante (pagamento diretto del prezzo all'alienante, presenza alla stipula ed accollo del mutuo, assunzione dell'obbligo di rivalere il figlio di quanto avrebbe pagato), essendo necessario (ma al tempo stesso sufficiente) che venga provato il collegamento tra elargizione del denaro e acquisto, e cioè la finalizzazione della dazione del denaro all'acquisto stesso. Il bene acquistato da uno solo dei coniugi in regime di comunione legale con denaro di un terzo è oggetto di donazione indiretta e rientra tra i beni personali».

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. VI Civile – 28 gennaio 2014, n. 1740 – *Pres.* Di Palma – *Rel.* De Chiara – P.P. c. Fallimento I.C. s.p.a. Conferma Trib. Perugia (decr.), 1° settembre 2011

Fallimento – Formazione dello stato passivo – in genere – Cause di prelazione – Privilegi – Generale sui mobili – Crediti dei professionisti – Avvocato – Privilegio generale *ex* art. 2751 *bis*, n. 2 c.c. – Ultimi due anni di prestazione – Incarichi plurimi – Modalità di calcolo.

In tema di privilegio generale sui beni mobili dovuto sui compensi per le prestazioni professionali rese dall'avvocato, in caso di plurimi incarichi svolti dal professionista il termine temporale degli «ultimi due anni di prestazione» previsto dall'art. 2751 bis, n. 2 c.c., va riferito al complessivo rapporto professionale, sicché restano fuori dal privilegio i corrispettivi degli incarichi conclusi in data anteriore al biennio precedente la cessazione del complessivo rapporto (1).

(*Omissis*). L'avv. P.P. propose opposizione allo stato passivo del fallimento della I.C. s.p.a. (già I. s.p.a.) per il riconoscimento della natura privilegiata, ai sensi dell'art. 2751 *bis*, n. 2 c.c., del suo credito professionale di € 291.654,13, ammesso dal giudice delegato solo in via chirografaria.

Il Tribunale di Perugia ha parzialmente accolto l'opposizione, riconoscendo la natura privilegiata del credito per soli € 84.144,88, riguardanti l'attività espletata dal professionista nel biennio precedente la dichiarazione di fallimento - alla data della quale l'attività professionale doveva nella specie ritenersi cessata - comprensivi degli onorari per prestazioni svolte prima del biennio purché relative a incarico concluso entro il biennio medesimo.

L'avv. P. ha proposto ricorso per cassazione per un motivo, cui il fallimento ha resistito con controricorso. Entrambe le parti hanno anche presentato memorie (*Omissis*).

1. - Vanno anzitutto disattese le conclusioni di improcedibilità del ricorso, per omessa produzione della relata di notifica del provvedimento impugnato ai sensi dell'art. 369, secondo comma n. 2 c.p.c., rassegnate dal PM in via principale. Non sono, infatti, nella specie applicabili i principi enunciati da Cass. Sez. un. 9005/2009 mancando in atti qualsiasi riferimento all'avvenuta notifica del provvedimento impugnato.

2. - Con l'unico motivo di ricorso si denuncia violazione dell'art. 2751 *bis*, n. 2 c.c. e vizio di motivazione. Premesso che il ricorrente aveva ricevuto dalla società fallita una pluralità di incarichi tra loro autonomi, non intercorrendo tra le parti rapporto di lavoro subordinato o di colla-

borazione coordinata e continuativa, si lamenta che il Tribunale abbia invece trattato i plurimi incarichi professionali come un incarico unico, conclusosi alla dichiarazione del fallimento solo perché alcuni degli incarichi erano ancora in corso a quella data. In tal modo il Tribunale ha finito con il contraddire, nei fatti, il principio di diritto, conforme alla giurisprudenza di legittimità, cui pure dichiara di attenersi, per il quale, ai fini del calcolo del biennio di cui all'art. 2751 *bis*, n. 2 c.c., non rileva la data della dichiarazione del fallimento (o del pignoramento), bensì quella della conclusione della prestazione professionale. Infatti alcuni dei vari incarichi espletati dall'avv. P. erano stati portati a termine in epoca anteriore al biennio precedente la dichiarazione di fallimento, ma non per questo il relativo compenso non godeva – per quanto appena detto – del privilegio.

3. - Il motivo è infondato.

Per comprenderne le ragioni occorre considerare la *ratio* del limite biennale del privilegio in esame.

Cass. Sez. I n. 569 del 1999 (richiamata anche dal ricorrente), nel confermare l'orientamento giurisprudenziale poi consolidatosi, secondo cui il biennio di cui all'art. 2751 *bis*, n. 2 c.c. decorre non dal momento del pignoramento o della dichiarazione di fallimento del debitore, bensì dal momento in cui l'incarico professionale è stato portato a termine o è comunque cessato, allorché il credito dell'onorario è divenuto liquido ed esigibile, e che, dato il carattere unitario dell'esecuzione dell'incarico e dei relativi onorari – in particolare per gli avvocati – il privilegio copre anche il corrispettivo dell'attività svolta prima del biennio anteriore alla cessazione, ha chiarito che il limite biennale risponde «anche all'esigenza di contemperare l'interesse del creditore privilegiato con quello degli altri creditori e, in particolare, all'esigenza di evitare che il creditore privilegiato, forte del suo diritto di prelazione, possa, ritenendosi sufficientemente garantito, continuare a maturare crediti nei confronti del debitore, erodendo così, con una prelazione non oggetto di pubblicità, la garanzia patrimoniale generica degli altri creditori».

Continuare a maturare crediti nei confronti del medesimo debitore vuol dire assumere da lui altri incarichi professionali; dunque il profilo della pluralità degli incarichi ha un rilievo essenziale ai fini della giustificazione del limite temporale di cui all'art. 2751 *bis*, n. 2 cit. Non è conseguentemente corretto, pur dovendosi riconoscere l'autonomia dei vari incarichi e dei conseguenti rapporti giuridici, ragionare come se quella pluralità non esistesse e considerare, come fa il ricorrente, ciascun incarico avulso dal suo contesto plurale. Così facendo, del resto, si finisce col privare di qualsiasi operatività il limite del biennio previsto dalla legge, almeno con riguardo agli onorari di avvocato (ma si rammenta che la distinzione tra onorari e diritti di procuratore è venuta meno con

il d.m. 20 luglio 2012, n. 140): se, infatti, ciascun incarico viene considerato per se stesso e se giustamente, come si è visto, anche gli onorari relativi all'attività di esecuzione del medesimo svolta in epoca precedente al biennio anteriore alla sua conclusione sono assistiti dal privilegio, di fatto quel limite non opera (non a caso, perciò, il ricorrente pretende il privilegio per tutti indistintamente gli onorari maturati nella sua ben più che biennale attività in favore della società fallita).

La verità è che, invece, quel limite opera proprio con riferimento alle ipotesi di pluralità di incarichi professionali, nelle quali il biennio non può decorrere che dal momento della cessazione del complessivo rapporto professionale composto dai distinti rapporti originati dai plurimi incarichi: in altri termini, «gli ultimi due anni prestazione» di cui parla la norma in esame sono gli ultimi in cui si è svolto (non già l'unico o ciascuno dei plurimi rapporti corrispondenti ai plurimi incarichi ricevuti, bensì) il complessivo rapporto professionale, sicché restano fuori dalla previsione del privilegio i corrispettivi degli incarichi conclusi in data anteriore al biennio precedente la cessazione del complessivo rapporto.

Il Tribunale perciò non ha violato l'art. 2751 *bis*, n. 2 c.c. dando rilievo alla data della dichiarazione del fallimento della società debitrice non ha fatto altro che individuare in essa il momento di cessazione del complessivo rapporto professionale tra la società e il professionista suo creditore.

4. - Il ricorso va pertanto respinto (*Omissis*).

(1) L'ammissione al passivo, in privilegio *ex* art. 2751 *bis*, n. 2 c.c., del credito dell'avvocato e condizioni per il privilegio.

1. Con la sentenza 1740/14 la Cassazione prende in esame la problematica concernente l'interpretazione e l'ambito di applicazione dell'art. 2751 *bis* n. 2 c.c. con specifico riferimento all'attività svolta dal professionista avvocato ed ai relativi compensi allo stesso dovuti, con particolare attenzione, ai tempi in cui questi si vengono a quantificare economicamente.

La vicenda sottoposta al giudizio del Supremo Collegio prendeva origine da un'opposizione allo stato passivo di una Società di opere edili, presentata da un avvocato, per il riconoscimento *ex* art. 2751 *bis,* n. 2 c.c. del privilegio del suo credito, relativo agli onorari dovutigli in ragione delle prestazioni professionali, vantato nei confronti della suddetta Società, maturato nei due anni antecedenti alla dichiarazione di fallimento, ed ammesso dal Giudice delegato solo in via chirografaria.

Contro tale decisione il legale proponeva opposizione al Tribunale di Perugia, che accoglieva solo parzialmente le sue doglianze, riconoscendo la natura privilegiata di una parte della somma, riguardante l'attività espletata dal professionista nel biennio precedente la dichiarazione di fallimento della società, comprensiva degli onorari per prestazioni svolte

prima del biennio e relative ad incarico concluso entro il biennio stesso. Il professionista ricorreva, dunque, in Cassazione denunciando violazione dell'art. 2751 *bis,* n. 2 c.c., e vizio di motivazione: in particolare lamentava il fatto che il Tribunale avesse considerato i molteplici incarichi, conferitegli dalla società fallita e tra loro autonomi, come un unico incarico, conclusosi alla dichiarazione di fallimento della società, nonostante alcuni dei mandati fossero ancora in essere in quel periodo.

Secondo il ricorrente ai fini del decorso del biennio, non avrebbe avuto rilevanza la data della dichiarazione del fallimento, bensì quella della conclusione della prestazione professionale.

Gli ermellini, confermando *in toto* la decisione del Tribunale di Perugia, hanno riconosciuto solo parzialmente la natura privilegiata del credito vantato dall'avvocato, estendendolo alle prestazioni effettuate nel biennio antecedente alla data del fallimento della società, precisando che, ai fini dello scomputo temporale, occorre aver riguardo non già al momento della dichiarazione del fallimento, bensì alla effettiva conclusione dell'incarico professionale, ossia quando il credito vantato dal professionista diviene certo, liquido ed esigibile.

2. A ben vedere il tema in esame si incentra sulla interpretazione che dottrina e giurisprudenza hanno dato nel tempo, dell'art. 2751 *bis,* n. 2 c.c. e i rapporti che tale norma presenta con la disciplina relativa agli onorari degli avvocati professionisti.

È necessario preliminarmente soffermarsi sulla disposizione sopra citata e sulle diverse posizioni assunte in merito ad essa.

L'articolo in questione, con riferimento ai crediti dei professionisti e di ogni altro prestatore d'opera intellettuale sancisce un privilegio[1] generale sui beni mobili del debitore[2] a tutela dei crediti riguardanti le retribuzioni

---

[1] Sui requisiti generali del privilegio si veda: Cass., 30 maggio 1960, n. 1398, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1962, II, 29 ss.; Cass., 7 gennaio 1971, n. 2, in *Foro it.*, 1971, I, 29 ss.; Cass., 10 marzo 1980, n. 1584, *ivi*, 1980, I, 2528. Sul procedimento interpretativo da adottare in sede di applicazione del privilegio: Cass., Sez. un., 17 maggio 2010, n. 11930, in *Foro it.*, 2010, I, 2032, nella quale le sezioni unite prendono posizione anche sulla natura della causa giustificativa economica del privilegio. Sul punto si veda anche: Cass., 26 agosto 2005, n. 17396, in *Mass. Giur. it.*, 2005; Cass., 12 gennaio 1999, n. 244, in *Fallimento*, 1999, 1305.

[2] Trattazioni sistematiche: Di Sabato, *I privilegi*, in *Tratt. Perlingeri*, Napoli 2008; Patti, *I privilegi*, Milano, 2004; Parente, *Il sistema dei privilegi del credito*, Milano, 2001; Ravazzoni, *Privilegi*, in *Dig. disc. priv.*, *Sez. civ.*, XIV, Torino, 1996, 371; Miglietta-Prandi, *I privilegi*, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.* fondata da Bigiavi, Torino, 1995, 361; Gaetano, *I privilegi*, in *Tratt. dir. civ. it.* diretto da Vassalli, Torino, 1956, 53; Ciccarello, *Privilegio del credito e uguaglianza dei creditori*, Milano, 1983; Andrioli, *Dei privilegi*. *Artt. 2745-2783*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, 1958. Sui requisiti generali del privilegio si veda: Pratis, *Della tutela dei diritti*, nel *Commentario Utet*, VI, Utet, 1976, *Sub* art. 2475, 115 ss. L'eccessiva proliferazione

dovute per gli ultimi due anni di prestazione. Tale privilegio venne introdotto dalla l. 29 luglio 1975/426 che modificò parzialmente il testo dell'art. 2751, n. 5 c.c. concernente sempre i professionisti e i prestatori d'opera intellettuale laddove il testo precedentemente vigente lo limitava tuttavia, alle retribuzioni dovute per l'ultimo anno senza menzionare la nozione di prestazione[3].

Oggetto del privilegio è qualunque forma di lavoro autonomo, svolto, pertanto, senza vincolo di subordinazione, rientrandovi non soltanto il lavoro dei professionisti esercenti abitualmente una attività intellettuale, ma anche ogni altra prestazione d'opera intellettuale-artistica anche se priva del carattere di stabilità[4].

Detto privilegio assiste il credito dei professionisti e di ogni altro prestatore d'opera sul ricavato della liquidazione dell'attivo mobiliare, immediatamente dopo i crediti per spese di giustizia, art. 2755 c.c., e quelli garantiti da pegno, art. 2784 c.c.[5].

Il privilegio è un diritto soggettivo di natura sostanziale. Esso è normalmente fatto valere nel processo esecutivo, ma ciò non gli conferisce natura processuale, poiché ciò che è fatto valere è pur sempre una posizione di vantaggio conferita dalla legge sostanziale. Questa posizione consiste principalmente nella prelazione, quale diritto potestativo all'espropriazione dei

---

dei privilegi viene evidenziata da: TUCCI, *I privilegi*, nel *Tratt. Rescigno*, XXIX, Torino, 1997, 582. Sul rapporto di accessorietà del privilegio al credito si veda: MERZ-ZANCONATI, *I privilegi e le prelazioni*, Padova, 1990, 4. Tende a valorizzare l'aspetto soggettivo del credito ai fini del riconoscimento del privilegio: CICCARELLO, voce *Privilegio (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, 725. Altri autori hanno, invece, evidenziato che la causa non è un elemento strutturalmente imprescindibile, potendo il legislatore prevedere privilegi privi di una valida causa giustificatrice (economica) dell'istituto, contrariamente a ciò che accade nell'ambito negoziale dove ad essa è assegnato un ruolo essenziale ai fini della programmazione degli interessi delle parti: cfr. ANDRIOLI, *Dei privilegi*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Zanichelli-Foro it., 1956, 59, *Sub* art. 2745. Sulla portata applicativa dell'interpretazione estensiva: TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, I, 2, Milano, 1980, 364 ss.; VELLUZZI, *Alcune considerazioni su ragionamento analogico e diritto positivo*, in *Analisi e diritto, Ricerche di giurisprudenza analitica, 1997*, a cura di Comanducci-Guastini, Torino, 1998, 204 ss.

[3] Cfr. DEL VECCHIO, *I privilegi nella legislazione civile, fallimentare e speciale*, Milano 1994.

[4] Cfr. DEL VECCHIO, *I privilegi nella legislazione civile, fallimentare e speciale*, cit.

[5] La prevalenza del pegno sui crediti di cui all'art. 2751 *bis* c.c. è sancita da Cass., 17 febbraio 1996, n. 1238, in *Dir. fall.*, 1996, II, 1075, con nota di PARENTE, *Tutela privilegiata dei crediti di lavoro* ex *art. 2751* bis *cod. civ. e concorso con creditori pignoratizi*; Cass., 27 marzo 1979, n 1768, in *Giust. civ.*, 1979, I, 1748; Cass., 16 giugno 1982, n. 3669, in *Mass. Giust. civ.*, 1982. Lo stesso art. 2777, comma 1 c.c., stabilisce che «i crediti per spese di giustizia sono preferiti ad ogni altro credito, anche pignoratizio e ipotecario», disposizione questa che non viene riportata per i crediti di lavoro. In tema si veda DIMUNDO, *Il sistema della graduazione dei crediti nel concorso*, in *Fallimento*, 2008, 1019.

beni del debitore per il soddisfacimento del credito con preferenza rispetto ad altri creditori[6].

Per quanto riguarda l'ambito soggettivo, la Corte costituzionale[7] è intervenuta eliminando il termine «intellettuale» che circoscriveva il riferimento al prestatore d'opera[8].

Di conseguenza la disposizione trova ora applicazione non solo per i professionisti, ma anche per i lavoratori autonomi generalmente intesi, a prescindere dalla qualificazione della prestazione.

Prima di tale considerevole intervento, la norma era caratterizzata da un evidente favore per gli esercenti le libere professioni.

Infatti, per le professioni cosiddette protette era richiesta solo l'iscrizione ad un albo, art. 2751 *bis*, n. 2 c.c., mentre per quelle non protette, era necessario che fossero, comunque, caratterizzate dall'elemento dell'intellettualità, così da essere affini alle professioni generalmente intese[9].

Ai sensi della normativa in esame, il professionista viene individuato dagli articoli 2229 ss. c.c. che disciplinano l'esercizio delle professioni intellettuali.

Le prestazioni dei soggetti non iscritti negli appositi albi o elenchi di cui all'articolo 2229 c.c. erano, quindi, compatibili con il riconoscimento del privilegio a condizione che l'attività svolta fosse intellettuale e prevalente sull'energia manuale impiegata.

Dopo l'intervento del Giudice delle leggi, il riferimento generico al lavoratore autonomo consente di ricomprendere ogni ipotesi di corrispettivo spettante per opere o servizi svolti con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione con il committente.

Si rende indispensabile precisare, inoltre, che il nostro codice civile as-

---

[6] Cfr. PATTI, *I privilegi*, cit., 26: i privilegi generali paiono qualificabili in termini «*di istituto processuale rilevante soltanto nell'ambito di un procedimento esecutivo*».

[7] Con sentenza del 29 gennaio 1998, n. 1, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'aggettivo «intellettuale» contenuto nell'enunciato dell'art. 2751 *bis*, n. 2 c.c., eliminando cosi l'originaria limitazione soggettiva introdotta dal legislatore dei 1942. Corte cost., 29 gennaio 1998, n. 1, in *Giust. civ.*, 1998, I, 910 ss., con nota di LOMBARDI, *La fattispecie concreta all'esame della Corte Costituzionale*, *ivi*, 1805 ss., in *Fallimento*, 1998, 465 ss., con nota di FERRO, *Estensione del privilegio al credito dei prestatori d'opera non intellettuale*, in *Società*, 1998, 647, con commento di PLATANIA, ed in *Giur. it.*, 1998, 864 ss. In relazione alle diverse forme che può assumere l'intervento della Corte costituzionale sul dettato normativo, si vedano ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988; ed anche RUGGERI-SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 1998.

[8] Sul testo originario la dottrina non aveva mancato di sollevare dubbi d'incostituzionalità, v. per tutti, PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, Milano, 1996, 280; PLENTEDA, *Prestazione d'opera intellettuale e prelazione del creditore*, in *Fallimento*, 1993, 857 ss.

[9] Cfr. FERRO, *Estensione del privilegio al credito dei prestatori d'opera non intellettuale*, cit., 467.

sicura il privilegio non a qualsiasi compenso dovuto in forza di un contratto di prestazione professionale o d'opera, «ma solo al corrispettivo che, per essere riconducibile a una prestazione di carattere personale del prestatore d'opera intellettuale, assume i connotati della retribuzione; vale a dire, al compenso per l'esplicazione di un'attività lavorativa, in linea con la *ratio* dell'art. 2751 *bis* c.c. che, appunto, mira alla tutela del lavoro in tutte le sue manifestazioni»[10].

Per questo non sono assistiti dal privilegio in oggetto, e vengono quindi ammessi al chirografo, gli importi che non fanno propriamente riferimento alla remunerazione del lavoro svolto.

In particolare per quanto riguarda l'attività dell'avvocato, la legge attribuisce il privilegio in esame soltanto ai "crediti per retribuzioni" e quindi ai crediti per onorari e diritti[11][12].

Tale privilegio non si estende, invece, al credito per il rimborso delle spese anticipate dal professionista/prestatore d'opera intellettuale, al credito

---

[10] Così Bozza-Schiavon, *L'accertamento dei crediti nel fallimento e le cause di prelazione*, Milano, 1992, 861.

[11] In tal senso si veda Ferro, *Le insinuazioni al passivo,* Tomo II, Padova, 2010, 1750.

[12] Prima dell'entrata in vigore della nuova Legge Professionale Forense, l. 31 dicembre 2012, n. 247, ogni legale doveva considerare due voci della propria attività: l'"onorario" di avvocato e il "diritto" di procuratore. L'onorario era il compenso dovuto per l'attività di difesa e studio, vale a dire per elaborare una linea difensiva, adottata presumibilmente dopo una attenta attività di studio sia della dottrina che della giurisprudenza e per esporre – in firma verbale o scritta – detta difesa. Il "diritto", invece, maturava per la semplice attività di supporto, più spesso attività di cancelleria, sia interna allo studio che esterna, vale a dire effettuata presso gli uffici delle corti. Questo vecchio criterio è stato abbandonato; è stata eliminata la duplicazione in diritti e onorari e, ad oggi, si deve far riferimento alla sola parola "compenso" per riferirsi alla retribuzione del lavoro del professionista legale, così come previsto dall'art. 13, denominato, appunto, "Conferimento dell'incarico e compenso", della l. 247/2012. Con il d.m. 10 marzo 2014, n. 55, che completa i principi espressi dalla Legge Professionale Forense in materia di computo del compenso professionale, il vecchio sistema viene completamente superato e si entra in un nuovo modo di ragionare. La nuova normativa ragiona per "fasi"; tutte le singole e peculiari attività previste nelle vecchie tabelle vengono abolite e raggruppate in fasi. Tendenzialmente, per una procedura ordinaria, le fasi sono 4: 1) studio della controversia; 2) fase introduttiva del giudizio; 3) fase istruttoria e/o di trattazione; 4) fase decisionale. Quindi, a seguito dell'abrogazione delle tariffe forensi, Decreto 10 marzo 2014, n. 55, è profondamente cambiato il modo di calcolare le parcelle degli avvocati. È del tutto scomparsa la vecchia distinzione tra diritti ed onorari. I nuovi parametri sono concepiti dividendo la complessiva attività in segmenti più piccoli (chiamati fasi), che comprendono tutta l'attività principale e connessa al compimento della specifica porzione di attività. Questi parametri non sono vincolanti, né per il Giudice, né per le parti che possono liberamente determinare il costo delle attività, sempre distinguendole per fasi processuali. Sul punto si veda anche Tar Lombardia-Brescia (ord.), 10 settembre 2012 n. 1528, in *Giur. merito*, 2013, 71, con nota di Marziali, *Primi orientamenti giurisprudenziali sull'applicazione del d.m. n. 140/2012, concernente i parametri per i compensi agli avvocati.*

per il rimborso forfetario delle spese generali di studio[13] e, salvo diversa previsione[14], al credito per il contributo integrativo previdenziale[15]. Tali crediti dovranno essere, quindi, ammessi al chirografo.

Secondo l'opinione prevalente in dottrina, il privilegio è comunemente inteso quale causa di prelazione che la legge accorda in considerazione della causa del credito, cioè dello scopo pratico o della giustificazione economica del credito stesso, in relazione alla natura dell'interesse perseguito dal creditore e del relativo titolo, che si differenzia dal pegno e dalle ipoteche, che, al contrario, trovano la loro ragione d'essere nell'autonomia dei privati[16].

Nel codice civile del 1942 non si riscontra una definizione del privilegio del credito a differenza, invece, del codice civile del 1865 che lo definiva quale «diritto di prelazione che la legge accorda in riguardo alla causa del credito»[17].

Solo attraverso la lettura congiunta dell'art. 2741, comma 2 c.c. e dell'art. 2745 c.c. è possibile ricavare la definizione del privilegio, il quale viene qualificato come causa legittima di prelazione al pari del pegno e delle ipoteche, la cui fonte è nella legge.

Peraltro, a differenza delle altre due cause legittime di prelazione, il privilegio non può sussistere autonomamente, ma è strettamente legato alla natura della situazione creditizia, cosicché lo specifico rapporto di accessorietà del privilegio al credito impedisce il trasferimento del privilegio senza la cessione del credito a cui esso accede[18].

---

[13] Secondo una tesi minoritaria le spese possono godere del privilegio se risultano essere state indispensabili ai fini dell'effettuazione della prestazione stessa tanto da essere ritenute legate inscindibilmente a quest'ultima da un nesso di strumentalità, così Trib. Belluno, 24 gennaio 1990, in *Foro it.*, 1991, I, 932.

[14] V. in particolare le norme in materia di previdenza dei dottori commercialisti, dei ragionieri e dei periti commerciali.

[15] In tal senso si veda Ferro, *Le insinuazioni al passivo*, cit., t. II, che richiama una serie di precedenti dottrinali e giurisprudenziali in materia.

[16] Cfr. Pratis, *Della tutela dei diritti*, cit., 115 ss.; Tucci, *I privilegi*, cit., 619.

[17] Questa è la definizione contenuta nell'art. 1952 del codice civile del 1865, l'attuale codice non dà definizione del privilegio ma la nozione è rimasta la medesima. Bibliografia anteriore al vigente codice: Gaetano, *I privilegi*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1939; Gasca, *I privilegi nei rapporti con i terzi*, Torino 1925; Bianchi, *Dei privilegi*, Napoli, 1916; Pochintesta, *De privilegi e delle ipoteche secondo il codice civile italiano*, Torino, 1880; Luzzatti, *Dei privilegi e delle ipoteche*, 2ª ed., Torino, 1895; Galdi, *Trattato dei privilegi*, Napoli, 1902; Pacifici-Mazzoni, *Trattato dei privilegi e delle ipoteche*, Firenze 1908; Chironi, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e dei pegni*, 2ª ed., Torino, 1918; Lombardi, *Dell'origine e della natura dei privilegi, con particolare riguardo ai privilegi mobiliari*, Vallo della Lucania, 1923; Ricca-Barberis, *Estensione del privilegio del bestiame*, in *Temi Lombarda*, 1930, 649-654; Germani, *Sulla natura giuridica dei privilegi*, in *Riv. dir. agr.*, 1934; Troplong, *Commentaire des privilèges et hypothèques*, Bruxelles, 1844; Merignac, *Traité des privilèges*, Parigi, 1903; Baudry-Lacantinerie-Loynes, *Du nantissement, des privilèges et hypothèques*, Parigi, 1899; Guillouard, *Traité des privilèges et hypothèques*, Parigi, 1896.

[18] Cfr. Merz-Zanconati, *I privilegi e le prelazioni*, cit., 4.

Stante il carattere eccezionale dei privilegi, che comporta una deroga al principio della *par condicio creditorum*[19], le norme ad essi relative non sono suscettibili di interpretazione analogica in base all'art. 14 disp. prel. c.c.[20].

Questo principio, tuttavia, non è più assoluto, nella pratica, infatti, si assiste ad una proliferazione di nuove ipotesi di privilegio, che sta smontando il rigido principio della *par condicio creditorum* fissato nell'art. 2741 c.c.[21].

In concreto, con l'aumento del numero dei privilegi si assiste ad un rovesciamento delle posizioni per cui «ogni credito, secondo la causa che lo ha determinato o secondo la qualità del creditore, è diversamente tutelato dall'ordinamento in base ad una speciale graduazione di valori»[22].

Sul terreno dell'esegesi analogica ed estensiva della norma in commento si evidenziano, nella giurisprudenza di legittimità, contrasti interpretativi.

Giova ricordare che la Corte di Cassazione a sezioni unite[23], in materia di privilegi, ha affermato che: «*Le norme del codice civile che stabiliscono i privilegi possono essere oggetto di un'interpretazione estensiva che sia diretta ad individuarne il reale significato e la portata effettiva in modo da delimitare il loro esatto ambito di operatività, anche oltre il limite apparentemente segnato dalla formulazione testuale, tenendo in considerazione l'intenzione del legislatore e la causa del credito che, ai sensi dell'art. 2745 c.c., rappresenta la ragione giustificatrice di qualsiasi privilegio*»[24].

Nella stessa decisione, ha statuito che le norme del codice civile, che stabiliscono i privilegi, rappresentano indubbiamente *ius singulare* e rispondono ad un criterio di equità discendente dallo stesso art. 3 Cost., il quale esclude che siano un'eccezione sfavorevolmente restrittiva rispetto al principio generale della *par condicio creditorum*, essendo voluto dal legislatore quale rimedio di giustizia alternativa, distributiva e commutativa, per esigenze di parità sostanziale, e non solo formale dei cittadini, dinanzi alla legge nonché per svolgere una funzione riequilibratrice a tutela di interessi costituzionalmente rilevanti.

Secondo la Corte, non è, comunque, consentito utilizzare l'applicazione

---

[19] «Si può dire, in breve, che dove c'è privilegio vi è uno spazio sottratto al regime di uguaglianza in senso formale (di cui all'art. 3, comma 1 Cost.)»: così Ciccarello, *Privilegio del credito e uguaglianza dei creditori*, cit., 29.

[20] Così Cass., 8 settembre 2011, n. 18455 in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, 341, con nota di Giuliano, *La scure della Cassazione sul riconoscimento del privilegio al credito delle associazioni professionali*; Cass., 18 aprile 2000, n. 5002, in *Fallimento*, 2001, 402; Cass., 23 maggio 1997, n. 4628, *Mass. Giur. it.*, 1997; Cass., 14 aprile 1992, n. 4549, in *Giur. comm.*, 1994, II, 220.

[21] Così Tucci, *I privilegi*, cit., 473 ss.

[22] Cfr. Ciccarello, *Privilegio del credito e uguaglianza dei creditori*, cit., 24 ss.

[23] Cass., Sez. un., 17 maggio 2010, n. 11930, cit., 2032.

[24] V. Cass., Sez. un., 17 maggio 2010, n. 11930, cit.; Cass., 26 agosto 2005, n. 17396, cit.; Cass., 12 gennaio 1999, n. 244, cit.

analogica delle norme in questione per introdurre una causa di prelazione ulteriore.

In dottrina si è ritenuto che solo la causa del credito debba orientare l'interpretazione quando si affrontano dubbi sulla portata oggettiva o soggettiva del privilegio, assumendo al contempo il compito di limite alla portata espansiva delle relative disposizioni[25].

Pertanto, è proprio in ragione dello stretto collegamento tra causa del credito e privilegio che deve, dunque, valutarsi la portata applicativa dell'art. 2751 *bis*, n. 2, c.c., e verificare se in esso siano comprese quelle ipotesi non espressamente indicate, alla luce dell'articolo 12 disp. prel. c.c., che impone all'interprete di non fermarsi al significato letterale della legge, ma deve anche tener conto «dell'intenzione del legislatore» inteso obiettivamente come interesse specifico tutelato dalla norma.

Cosicché si ha interpretazione estensiva, permessa dalla recente giurisprudenza, allorquando l'interprete procede ad un allargamento del significato del contenuto della norma, sia attribuendo ad una parola un significato più lato del comune, ma rientrante nell'ambito dei significati possibili, sia estendendo la portata della legge a coprire casi analoghi a quello cui la portata apparente della legge si riferisce, sulla base di ragioni equitative.

All'opposto si ricadrebbe nell'ambito dell'interpretazione analogica quando dalla formulazione normativa si determini un significato che vada oltre a quelli possibili[26]. Dunque, interpretando estensivamente la ragione giustificatrice della specie creditizia disegnata dall'art. 2751 *bis*, n. 2 c.c., in attuazione dei principi sviluppati dalla giurisprudenza e dalla dottrina, in detta disposizione è stata ricompresa pure l'ipotesi in cui la prestazione effettuata da un professionista facente parte di un'associazione professionale, sia imputata all'associazione stessa e da questi richiesta.

Si è, infatti, sostenuto in dottrina che detta causa giustificatrice si radichi nella particolare condizione sociale e professionale del titolare della pretesa creditizia, posto che il suo inserimento nel codice ad opera della l. 29 luglio 1975, n. 426 ha avuto l'obiettivo, sottolineato dai lavori preparatori[27], di conferire ai crediti dei lavoratori autonomi una tutela di grado pari a quella già ammessa dalla l. 30 aprile 1969, n. 153 ai crediti dei lavoratori subordinati, in quanto destinati a soddisfare le esigenze di sostentamento del lavoratore[28] in armonia ai principi costituzionali che assicurano lo svi-

---

[25] In proposito si veda Tucci, *I privilegi*, cit., 582 ss; Ciccarello, voce *Privilegio (dir. priv.)*, cit., 725; Pratis, *Della tutela dei diritti*, cit., 119; Andrioli, *Dei privilegi*, cit., 61.

[26] Cfr. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., 364 ss; Velluzzi, *Alcune considerazioni su ragionamento analogico e diritto positivo*, cit., 199 ss.

[27] In *www.normattiva.it/do/atto/vediLavoriPreparatori?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1975-08-30&atto.codiceRedazionale=075U0426*.

[28] Corte cost., 7 gennaio 2000, n. 1, in *Giur. cost.*, 2000, I, 168; in *Contratti*, 2000, 371 ss., con ampia nota di Tradati, *Titolarità soggettiva dei crediti assistiti da privilegio*; in *Foro it.*, 2000, I, 1413, con nota di Fabiani, *Un mito infranto: la*

luppo della persona umana, artt. 2 e 3 Cost., e la tutela del lavoro in tutte le sue conformazioni, artt. 35 e 36 Cost..

La giurisprudenza sia di legittimità che di merito in alcune pronunce, ha evidenziato che non è sufficiente, ad escludere la riconoscibilità del privilegio, la condizione che l'attività professionale risulti svolta, benché personalmente nell'ambito di un'associazione professionale[29], da uno studio associato, «*è invece necessario accertare se il rapporto professionale si instauri tra un singolo professionista e il suo cliente ovvero tra costui e un'entità collettiva nella quale il professionista risulti organicamente inserito quale prestatore d'opera qualificato*»[30].

Ciò che occorre accertare ai fini del riconoscimento del privilegio ex art. 2751 *bis*, n. 2 c.c., hanno affermato, infatti, i giudici del Palazzaccio "*non è se il professionista richiedente abbia o meno organizzato la propria attività in forma associativa, ma se il cliente abbia conferito l'incarico dal quale deriva il credito a lui personalmente ovvero all'entità collettiva (associazione, studio professionale) nella quale, eventualmente, egli è organicamente inserito quale prestatore d'opera qualificato*". Mentre in tale ultimo caso, infatti, il credito ha «natura chirografaria perché ha per oggetto un corrispettivo riferibile al lavoro del professionista solo quale voce del costo complessivo di un'attività che è essenzialmente imprenditoriale», hanno osservato gli Ermellini, nel primo ha senza dubbio «natura privilegiata, in quanto costituisce in via prevalente remunerazione di una prestazione lavorativa, ancorché necessariamente, ossia a prescindere dal fatto che lo studio sia nella titolarità di un singolo o di più professionisti, comprensiva delle spese organizzative essenziali al suo autonomo svolgimento».

Quanto all'eventuale cessione del credito privilegiato allo studio associato o alla società di professionisti cui il professionista appartiene va sicuramente escluso che lo stesso «*degradi a chirografo*», giacché al contrario «*è questa la sola ipotesi in cui anche lo studio associato sarà legittimato a far valere il diritto al privilegio*»[31].

L'orientamento prevalente della giurisprudenza fa derivare la causa giustificativa del credito dal soggetto, persona fisica o associazione di più persone fisiche, che esercita l'azione recuperatoria, mettendo in evidenza

---

certezza delle cause di prelazione; in *Mass. Giur. lav.*, 2000, 830 ss., con nota di Nicoli, *Rapporto di agenzia e privilegio dei crediti*; in *Giur. it.*, 2000, II, 1337 e ss., con nota di Cavino, *Diritto vissuto, vivente e vigente. La posizione della Corte Costituzionale*; in *Giur. comm*., 2001, II, 403 ss., con nota di Littieri, *Il privilegio generale mobiliare dell'agente in forma societaria.* In conformità Cass., 14 giugno 2000, n. 8114, *contra* Cass., 15 giugno 2000, n. 8117, entrambe in *Foro it.*, 2000, 3525 ss., e in *Giur. comm*., 2001, II, 403 ss.

Da ultimo si veda Cass., 5 marzo 2015, n. 4485, in *Ilfallimentarista.it*, 2015, con nota di Iodice**,** *Anche se l'avvocato è "associato", il credito nei confronti del fallito è assistito da privilegio.*

[30] Così Cass., 22 ottobre 2009, n. 22439, in *Fallimento*, 2009, 1383.

[31] Cfr. Cass., 5 marzo 2015, n. 4485, cit.

che l'art. 2751 *bis*, n. 2 c.c. intende garantire il credito quale remunerazione di un'attività riconducibile al soggetto incaricato ed al lavoro personale da questi eseguito[32], invece, nel campo dei fenomeni associativi e societari i corrispettivi, seppur in misura minima, contengono remunerazione di capitale[33]. Lo studio associato «*non ha diritto all'ammissione al rango privilegiato, non essendo assimilabile al soggetto individuale favorito dall'art. 2751 bis, n. 2: norma, insuscettibile di estensione analogica, quale jus singolare (art. 14 disp. gen.)*»[34].

In conclusione si può dire che la scelta legislativa di attribuzione della specifica causa giustificatrice del privilegio risiede fondamentalmente nella rilevanza sociale del credito che si garantisce, volto al fine di tutelare i diritti esistenziali della persona anche nella posizione del soggetto portatore del privilegio, il cui credito deve comunque essere fonte di sostentamento del creditore e della sua famiglia.

3. Il fulcro della vicenda portata all'esame della suprema Corte è la precisazione del *dies a quo* da cui calcolare il biennio.

Il Giudice delegato, in sede di verifica dei crediti, aveva ammesso il credito dell'avvocato perugino al chirografo.

Il Tribunale di Perugia, in sede di opposizione, rivede tale impianto seguendo il diverso orientamento ormai consolidato ed indiscusso in giurisprudenza[35].

Nella sua originaria formulazione , l'art. 2751, n. 5 c.c., attribuiva al professionista ed al prestatore d'opera intellettuale[36] il privilegio per le «retribuzioni dovute per l'ultimo anno»[37]. Il significato letterale della

---

[32] Cass., 14 aprile 1992, n. 4549, in *Fallimento*, 1992, 791.

[33] Cfr. Cass., 18 aprile 2000, n. 5002, in *Dir. fall*., 2001, II, 744; Cass., 23 maggio 1997, n. 4628, in *Società*, 1997, 1146, con nota di Schiano di Pepe, *Società professionali: una pronuncia della Cassazione alla luce della legge Bersani*; Trib. Ascoli Piceno, 18 aprile 2003, in *Dir. e lav. Marche*, 2004, 1, 101.

[34] Così Cass., 8 settembre 2011, n. 18455, cit.; sulla stessa posizione tra le tante: Cass., 18 aprile 2000, n. 5002, cit.; Cass., 23 maggio 1997, n. 4628, cit.; Cass., 14 aprile 1992, n. 4549, cit.

[35] In proposito si veda Cass., 13 maggio 2011, n. 10658, in *Mass. Giust. civ.*, 2011, 749; Cass., 30 dicembre 2005, n. 28876, in *Mass. Giust. civ.*, 2005; Cass., 2 giugno 2000, n. 7309, in *Fallimento*, 2001, 553 ss.; Cass., 22 gennaio 1999, n. 569, in *Fallimento*, 1999, 1124, con nota di Rinaldi, *Nuovi dubbi sul computo del biennio per le prestazioni del professionista*, 1127; in *Mass. Giust. civ.*, 1999, 185, in *Corr. giur.*, 1999, 1407, con nota di Danovi, *Gli onorari dell'avvocato e il privilegio del credito*; sul punto si veda anche Alu, *Cause di prelazione e onorario dell'avvocato*, in *Giust. civ.*, 1995, I, 930; Quatraro-D'Amora, *Il curatore fallimentare*, Milano, 1999, II, 2735; Danovi, *Il privilegio dei creditori del professionista degli ultimi due anni di prestazione*, in *Fallimento*, 1988, 297 ss.

[36] V. in merito Corte cost., 29 gennaio 1998, n. 1, cit.

[37] La tutela del credito del professionista, ed a maggior ragione di quello del prestatore d'opera, intellettuale e non, costituiva una novità del codice civile del 1942, nessun privilegio veniva riconosciuto a tale figura né dal codice civile del 1865, né

norma, al di là del differente periodo temporale di riferimento, un anno piuttosto che gli odierni due, aveva generato non pochi dubbi tra gli esegeti circa l'individuazione del *dies a quo* da cui stabilire, a ritroso, l'annualità privilegiata, dalla data di conclusione del rapporto professionale oppure, come sembrava più aderente al disposto legislativo, dal giorno d'inizio della procedura esecutiva[38].

Seguendo l'interpretazione legata al tenore testuale della norma era prevalsa in giurisprudenza[39], la data di inizio della procedura esecutiva[40].

La l. n. 426/1975, con la modifica introdotta, ha riformulato il precetto secondo la corrente dizione «le retribuzioni dei professionisti e di ogni altro prestatore d'opera intellettuale dovute per gli ultimi due anni di prestazione», il *dies a quo*, a questo punto, non può più essere identificato nell'instaurazione della procedura esecutiva[41], ma nella data in cui è venuto a cessare il rapporto professionale tra il prestatore d'opera o

---

dal codice di commercio del 1882: al riguardo v.: PRATIS, *Della tutela dei diritti (artt. 2740-2783)*, 2, in *Comm. cod. civ.*, Torino, 1976, 178 ss.; CENSONI, *Il privilegio del credito del professionista nel fallimento del cliente*, in *Giur. comm.*, 1990, II, 338 ss.; GUALANDI, *Tre questioni in tema di privilegi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, 1186 ss.

[38] Si riteneva all'epoca che il periodo privilegiato di un solo anno decorresse a ritroso dalla data del fallimento, così hanno deciso: Cass., 25 maggio 1952, n. 1482, in *Dir. fall.*, 1952, 247, e Cass., 26 giugno 1958, n. 2276, in *Dir. fall.*, 1958, II, 417.

[39] Cfr. Cass., 26 giugno 1958, n. 2276, cit.; Cass., 30 aprile 1969, n. 1413, in *Giust. civ.*, 1969, II, 864; Cass., 16 novembre 1967, n. 2750, *ivi*, 1968, I, 454; Cass., 3 dicembre 1965, n. 2434, in *Giur. it.*, 1966, I, 1, 574. Sulla disciplina del privilegio per il credito dell'agente, previsto dall'originario art. 2751, n. 6 c.c. di durata semestrale, cfr. Cass., 25 maggio 1952, n. 1484, cit.; Cass., 14 novembre 1956, n. 4242, in *Giust. civ.*, 1957, II, 316; Cass., 9 gennaio 1957, n. 32, *ivi*, 1957, II, 320. In dottrina si vedano: RUISI-PALERMO, *I privilegi*, in *Giur. sist. dir. civ. comm.* fondata da Bigiavi, Torino, 1980, 421 ss.; BOZZA-SCHIAVON, *L'accertamento*, cit., 866 ss.; DEL VECCHIO, I *privilegi nella legislazione civile, fallimentare e speciale*, cit., 98 ss.

[40] Sul punto si veda RICOLFI, *Fallimento del preponente e privilegio delle provvigioni dell'agente*, in *Giur. comm.*, 1981, 11, 196 ss. Cfr. Cass., 2 giugno 2000, n. 7309, in *Mass. Giur. it.*, 2000, e Cass., 7 agosto 1989, n. 3611, in *Dir. fall.*, 1990, II, 394 e in *Giur. it.*, 1990, I, 1, 44.

[41] Anche secondo l'orientamento, dell'unanime giurisprudenza di legittimità e dalla prevalente giurisprudenza di merito, consolidatosi nel corso del tempo: cfr., tra le tante pronunce, Cass., 2 giugno 2000, n. 7309, cit.; Cass., 22 gennaio 1999, n. 569, cit.; Cass., 7 agosto 1989, n. 3611, cit.; Trib. Torino, 13 settembre 2000, in *Fallimento*, 2000, 1304; Trib. Milano, 5 novembre 1998, *ivi*, 1999, 354; Trib. Torino, 2 giugno 1988, in *Giur. it.*, 1989, I, 2, 134; Trib. Monza, 16 marzo 1998, in *Fallimento*, 1998, 752. In dottrina, ALU, *Cause di prelazione e onorario dell'avvocato*, in *Giust. civ.*, 1995, I, 930; CHESI, *Nuovo codice delle cause di prelazione*, Bologna, 1981, 33; DANOVI, *La prestazione del professionista e il privilegio dei credito*, in *Fallimento*, 1988, 1002; ID., *Il privilegio dei crediti del professionista per gli ultimi due anni di prestazione*, ibidem, 297; ID., *Gli onorari dell'avvocato e il privilegio del credito*, in *Corr. giur.*, 1999, 1411; FONTANA, Una *nuova soluzione per un vecchio problema: la delimitazione temporale del privilegio del professionista*, in *Dir. lav.*, 1976, 11, 407.

professionista ed il cliente[42]. Una simile impostazione, oltre ad eliminare possibili incongruenze applicative della norma[43], ha ovviamente l'ulteriore effetto di non danneggiare più l'avente diritto, in termini di estensione del privilegio, per il tempo trascorso, tra il compimento dell'incarico e l'attivazione della pretesa creditoria *in executivis*, poiché in questo caso il biennio rimane immutato nella sua estensione cronologica a prescindere dal momento di rivendicazione giudiziale del compenso maturato[44].

A seguito della riforma del 1975 che ha introdotto l'articolo 2751 *bis* c.c., il termine, ora biennale va dunque conteggiato con riferimento alla conclusione della prestazione e il privilegio sarà quindi garantito per gli ultimi due anni di lavoro indipendentemente dallo spazio temporale che intercorre tra la fine dei lavori e la data del fallimento.

Simile soluzione del resto appare corretta sia dal punto di vista letterale, sia storico che logico[45].

Già il dato letterale dell'articolo 2751 *bis*, n. 2 c.c. è sintomatico e incontestabile: il privilegio, infatti, è accordato alle retribuzioni di professionisti e prestatori d'opera dovute per gli ultimi due anni di prestazione.

È evidente che il biennio è quindi riferito unicamente alla durata della prestazione, senza alcun riferimento alla data del fallimento, o del pignoramento in caso di procedura esecutiva.

Pretendere di ancorare il termine biennale alla data della procedura concorsuale appare, dunque, un'indebita e ingiustificata forzatura.

Considerando anche l'*intentio legis* è indiscutibile che la riforma del 1975 ha inteso per molti aspetti uniformare il trattamento privilegiato di lavoratori autonomi e lavoratori subordinati consentendo ai primi una lettura migliorativa dell'attuale norma attributiva del privilegio di cui al n. 2 dell'articolo 2751 *bis* c.c.

In particolare acuta giurisprudenza[46] ha notato come l'aggiunta del

---

[42] Nella normalità dei casi, quindi, il *dies* coincideva con la consegna dell'opera da parte del professionista, o comunque con la conclusione del procedimento in cui egli aveva fornito la sua prestazione; nell'ipotesi patologica, il *dies* poteva invece corrispondere alla revoca dell'incarico ad opera del committente, o alla rinuncia al medesimo da parte del professionista.

[43] Così Napoleoni, *Il limite temporale del privilegio dei crediti dell'avvocato*, in *Fallimento*, 2001, 1115, si veda anche Bozza-Schiavon, *L'accertamento*, cit., 869, invero, la disposizione sarebbe divenuta inoperante qualora nel biennio anteriore alla data di apertura del pignoramento/concorso non fosse stata compiuta alcuna prestazione: circostanza, questa, tutt'altro che infrequente nella realtà.

[44] Fatte salve, ovviamente, sia la prescrizione ordinaria del diritto, sia la prescrizione presuntiva prevista dall'art. 2956 c.c.: argomento, quest'ultimo, spesso strettamente correlato alla questione dell'estensione del privilegio. Per le competenze dovute agli avvocati, per gli affari non terminati, il biennio decorre dall'ultima prestazione.

[45] In merito si veda Napoleoni, *Il limite temporale*, cit., 1115.

[46] V. Cass., 7 agosto 1989, n. 3611, cit.; Cass., 2 giugno 2000, n. 7309, cit.

termine «prestazione», in luogo di «retribuzione» dimostri l'inequivocabile sensibilità e attenzione verso una progressiva assimilazione dei redditi da lavoro autonomo e dipendente. Corollario di quanto sopra è che «*l'art. 2751 bis n. 2 c.c. introdotto dall'art. 2 l. 29 luglio 1975 n. 426 in base al quale le retribuzioni del professionista e di ogni altro prestatore d'opera intellettuale, dovute per gli "ultimi due anni di prestazione", sono assistite da privilegio generale sui mobili, comporta, in caso di fallimento del debitore, che il privilegio medesimo si conservi su tutti i crediti inerenti all'ultimo biennio di attività professionale, ancorché anteriori al biennio precedente l'apertura della procedura concorsuale, (a differenza del privilegio prima contemplato dall'art. 2751 n. 5 c.c., da ritenersi limitato all'attività precedente la dichiarazione di fallimento) non coperti da prescrizione, se eccepita*»[47].

A completamento si registra l'orientamento opposto di una parte della giurisprudenza di merito, che ha proseguito, per circa tre decenni dopo l'entrata in vigore della l. n. 426/1975, a sostenere che il privilegio deve essere riconosciuto solo alle prestazioni degli ultimi due anni di attività e non a quelle precedenti anche se divenute liquide ed esigibili nel biennio, con il risultato di far decorrere il computo del termine di riferimento a partire dalla data del pignoramento o del deposito della sentenza dichiarativa di fallimento[48].

Anche la Suprema Corte, a livello di legittimità, ha raffigurato con precisione la situazione segnalata, e cioè l'«equa dissociazione» dei giudici di merito sulla interpretazione[49] da dare all'art. 2751 *bis* n. 2 c.c., con tutte le inevitabili conseguenze. Nel 1999[50], infatti, a distanza di pochi giorni, il Giudice di legittimità si è pronunciato sul privilegio dei professionisti con due sentenze diametralmente opposte. Con la decisione n. 569 del 22 gennaio 1999, ha affermato che, ai fini dell'applicazione dell'art. 2751 *bis* n. 2 c.c., le prestazioni del professionista avvocato devono essere valutate unitariamente, con riferimento al momento in cui sono chiesti o devono essere determinati gli onorari, ancorché si riferiscano ad attività svolte oltre il biennio; mentre con la decisione n. 748 del 28 gennaio 1999,

---

[47] Cass., 7 agosto 1989 n. 3611, cit.

[48] Cfr., *ex multis*, Trib. Foggia, 12 novembre 1993, in *Dir. fall.*, 1994, II, 651; Trib. Udine, 26 novembre 1988, in *Giur. comm.*, 1990, II, 338; Trib. Belluno, 23 febbraio 1988, in *Fallimento*, 1988, 1001; Trib. Verona, 6 giugno 1987, *ivi*, 1987, 1109; Trib. Venezia, 16 gennaio 1987, ibidem, 1987, 1180; Trib. Padova, 1 agosto 2001, in *Corr. giur.*, 2002, 1634, con nota di PANDOLFI, *Il privilegio del credito dell'avvocato per le prestazioni professionali degli ultimi due anni*; Trib. Napoli, 27 gennaio 2003, in *Giur. merito*, 2003, 907; Trib. Milano, 24 settembre 2002, in *Gius*, 2003, 1910; NAPOLEONI, in *Il limite temporale*, cit., 1115, definisce appropriatamente queste decisioni come «di retroguardia».

[49] NAPOLEONI, *Questioni controverse in tema di privilegi generali* ex *art. 2751 bis c.c.*, in *Giur. comm.*, 1996, 1, 19.

[50] Cass., 22 gennaio 1999, n. 569, cit.; Cass., 28 gennaio 1999, n. 748, in *Mass. Giust. civ.*, 1999, 185 e in *Riv. not.*, 1999, 1278.

ha espresso il diverso principio per cui il privilegio è applicabile alle sole pretese creditorie correlate a prestazioni effettuate negli ultimi due anni di attività, con esclusione quindi di tutti i crediti concernenti prestazioni eseguite precedentemente: «*il privilegio generale sui mobili che, ai sensi dell'art. 2751 bis n. 2 c.c., assiste i crediti riguardanti «le retribuzioni dei professionisti e di ogni altro prestatore d'opera intellettuale dovute per gli ultimi due anni della prestazione, è riferibile solo alle pretese creditorie derivanti da prestazioni professionali effettuate nel biennio antecedente la cessazione dell'incarico, con esclusione, quindi, di tutti i crediti concernenti prestazioni eseguite precedentemente, anche se divenuti liquidi ed esigibili entro il suddetto biennio*»[(51)].

L'orientamento, espresso nella decisione del 28 gennaio 1999, è stato completamente superato, negli ultimi anni; sia in dottrina che in giurisprudenza si è affermato l'indirizzo opposto, in particolare quello che fa decorrere il privilegio non già al momento della dichiarazione del fallimento, bensì dalla effettiva conclusione dell'incarico professionale, ossia quando il credito vantato dal professionista diviene certo, liquido ed esigibile.

4. Problemi interpretativi si manifestano in relazione al computo del termine cui il privilegio si estende ed, infatti, nella fattispecie esaminata, si può osservare come proprio tale esegesi formi il nucleo fondamentale su cui il ricorso viene a fondarsi.

A tale proposito, con riferimento alle prestazioni d'opera continue dirette al perseguimento di un risultato finale, quale quella fornita dal professionista avvocato, una parte della dottrina e della giurisprudenza[(52)], ha operato una netta distinzione tra prestazioni inscindibili e prestazioni scindibili laddove nella prima ipotesi devesi circoscrivere la portata della norma esclusivamente alle prestazioni svolte negli ultimi due anni volendo in tal modo evitare di produrre un pregiudizio eccessivo agli altri creditori in concorso.

Il computo del biennio non desta, pertanto, particolari problemi nel caso in cui al professionista siano stati affidati più incarichi distinti con prestazioni differenti. In questa ipotesi sarà, infatti, sufficiente verificare l'arco temporale prescritto per ciascuna singola attività[(53)].

[(51)] Cass., 28 gennaio 1999, n. 748, cit.

[(52)] GETANO, *I privilegi*, cit., 81; DEL VECCHIO, *I privilegi nella legislazione civile, fallimentare e speciale*, cit.; Trib. Roma, 8 marzo 1968, in *Dir. fall.*, 1968, II, 823.

[(53)] Nella pratica non pare complicato determinare il momento terminale dell'esecuzione di un incarico professionale: se per un ingegnere, per esempio, esso può coincidere con la consegna dei progetto al committente, una prestazione resa da un avvocato può ritenersi conclusa con il provvedimento che definisce ogni singolo grado di giudizio, in proposito si veda: Trib. Bergamo, 2 maggio 1998, in *Fallimento*, 1998, 1192; Cass., 20 maggio 1977, n. 2081, in *Rep. Giur. it.*, 1977, voce *Avvocato e procuratore*, n. 64, mentre per l'attività stragiudiziale come la redazione di un parere o l'assistenza nella stipulazione di un contratto sono agevolmente qualificabili come compiute nel giorno della consegna al cliente e della sottoscrizione dell'accordo, così DANOVI, *Gli onorari dell'avvocato e il privilegio del credito*, cit., 1412.

All'opposto nell'ipotesi di prestazioni fra loro strumentalmente connesse in funzione di un determinato risultato finale, proprio a tale risultato deve farsi riferimento, ergo al tempo in cui l'attività si conclude ai fini della determinazione del momento di decorrenza del biennio.

Nell'applicazione dell'art. 2751 *bis*, n. 2 c.c. occorre prima accertare se davvero l'incarico è unico e unitario.

Se così è, le prestazioni professionali vanno intese nella loro globalità e considerate unitariamente in base all'incarico complessivo affidato, ancorché si riferiscano ad attività svolte oltre il biennio.

Pertanto, il compenso per il professionista che esegue prestazioni riferibili al medesimo incarico è interamente assistito dal privilegio generale, anche se riguarda attività *extra* biennio.

Deve trattarsi cioè di prestazioni fra loro inscindibili, poiché tendenti a un unico risultato finale, tali per cui il credito può dirsi maturato solo al compimento dell'opera.

L'inscindibilità delle incombenze fa, dunque, sì che esse debbano essere considerate unitariamente fino al momento in cui terminano.

Appurata l'inscindibilità, il privilegio va accordato per tutta l'attività anche se *extra* biennio poiché essa va valutata globalmente alla data del suo esaurimento «*ogni prestazione va valutata con riferimento al momento in cui può essere qualificato il compenso anche alla luce del risultato raggiunto, come ad esempio al termine di ogni grado di giudizio*»[(54)].

Tale soluzione è avvalorata anche dal fatto che i crediti del professionista di norma diventano esigibili e quantificabili unicamente nel momento in cui la prestazione professionale giunge a compimento, come si evince dal sistema delineato dagli artt. 2234 e 2956-2957 c.c. le cosiddette prestazioni inscindibili.

La prima norma, infatti, dispone a favore del professionista intellettuale, in tema di spese ed acconti, l'obbligo del cliente di anticipare, salvo diversa pattuizione, le spese occorrenti al compimento dell'attività fissando inoltre il principio della postnumerazione per il quale, salvo gli acconti, il compenso è dovuto soltanto a prestazione eseguita.

Gli artt. 2956-2957 c.c. invece in tema di prescrizioni presuntive, con particolare riferimento all'attività dell'avvocato, stabiliscono che la prescrizione decorre dalla decisione della lite, dalla conciliazione delle parti o dalla revoca del mandato e per gli affari non completati dall'ultima prestazione, confermando così anche legislativamente la non frazionabilità della prestazione professionale.

Da tale principio si evince naturalmente che l'attività cui il legislatore

---

[(54)] Così Cass., 20 febbraio 2012, n. 2446, in *Foro pad.*, 2013, 2, I, 163, con nota di Bruzzone; si veda altresì Cass., 28 ottobre 2011, n. 22516, in *Dejure*; Cass., 13 maggio 2011, n. 10658, cit.; Cass., 30 dicembre 2005, n. 28876, cit.; Cass., 19 gennaio 2001, n. 806, in *Mass. Giust. civ.*, 2001, 132.

ha voluto far riferimento presenta la caratteristica peculiare di protrarsi nel tempo ovvero di articolarsi in una pluralità di prestazioni connesse in modo inscindibile.

Seguendo tale impostazione, pertanto, appare evidente che il privilegio in questione deve riconoscersi a tutte le prestazioni compiute dal professionista-avvocato nell'ultimo biennio indipendentemente dal momento in cui esse abbiano avuto inizio e pertanto con esclusione circoscritta esclusivamente a quell'attività che si sia conclusa nel periodo antecedente all'ultimo biennio «*ai fini dell'applicazione dell'art. 2751 bis, n. 2 c.c. - a norma del quale hanno privilegio generale sui mobili i crediti riguardanti le retribuzioni dei professionisti e di ogni altro prestatore d'opera intellettuale dovute per gli ultimi due anni della prestazione - quando il credito riguarda il compenso dell'avvocato, il biennio va computato a ritroso dal momento della conclusione dell'opera professionale e non dal compimento delle singole prestazioni*»[(55)].

Dal punto di vista logico, se si accogliesse l'interpretazione risalente, la norma risulterebbe svuotata e priva di significato nell'ipotesi in cui il professionista non avesse svolto più alcuna prestazione nel lasso temporale dei due anni prima del fallimento[(56)].

In conclusione, sul calcolo del periodo di due anni previsto dall'art. 2751 *bis* n. 2 c.c. la Corte di Cassazione ha affermato che tale biennio debba essere calcolato a ritroso, non già dalla data della dichiarazione di fallimento[(57)], ma dalla data di ultimazione delle prestazioni rese dal professionista o dal prestatore d'opera in forza di ciascun incarico ad esso conferito. Più in particolare: a) per quanto riguarda gli onorari, è necessario fare riferimento alla data di ultimazione di ogni singola prestazione professionale al compimento della quale «*può essere compiutamente quantificato il compenso anche alla luce del risultato raggiunto, come avviene, ad esempio, al termine di ogni grado di giudizio*»[(58)] con la precisazione che il privilegio riservato agli onorari relativi a prestazioni ultimate nel biennio si estende anche alle eventuali «*attività* [che] *siano state svolte in epoca anteriore al biennio, purché risultino tra loro collegate"* e quindi "*espressione del medesimo incarico*»[(59)]; b) per quanto riguarda i diritti, è invece necessario fare

---

[(55)] Cfr. Cass., 27 febbraio 2001, n. 2838, in *Dir. e giust.*, 2001, 12, 57, con nota di Pepe, *I due anni "privilegiati" dei professionisti, indipendenti dal biennio prefallimentare***;** così anche Cass., 30 dicembre 2005, n. 28876, in *Rass. for.***,** 2006, 1148; Cass., 1° aprile 2009, n. 7964, in *Mass. Giust. civ.*, 2009, 563; Cass., 13 maggio 2011, n. 10658, cit., 749.

[(56)] Cfr. Danovi, *Il privilegio dei creditori del professionista degli ultimi due anni di prestazione*, cit., 299.

[(57)] Si veda in tal senso anche Cass., 2 giugno 2000, n. 7309, cit., 553.

[(58)] Così Cass., 20 febbraio 2012, n. 2446, cit., 166 ss.

[(59)] Così Cass., 13 maggio 2011, n. 10658, cit.; Cass., 3 aprile 2007, n. 8351, in *Dejure* e Cass., 30 dicembre 2005, n. 28876, cit. *Contra* Cass.., 28 gennaio 1999, n. 748, cit.

riferimento alla data del compimento delle singole prestazioni che, come è noto, si esauriscono all'atto stesso in cui sono compiute e quindi il privilegio in questione deve riconoscersi solo ai diritti relativi alle prestazioni poste in essere nel biennio[60].

5. Nel caso portato all'attenzione della Suprema corte, la Sesta sezione, seguendo l'orientamento maggioritario, in tema crediti professionali, confermando quanto deciso dal Tribunale di Perugia, precisa che il biennio di cui all'articolo 2751 *bis*, n. 2 c.c. decorre dal momento in cui l'incarico professionale è stato portato a termine o è comunque cessato, allorché il credito dell'onorario è divenuto liquido ed esigibile, e che il privilegio copre anche il corrispettivo dell'attività svolta prima del biennio anteriore alla cessazione.

In altri termini è possibile escludere dal privilegio rispetto allo stato passivo i crediti che consistono nei corrispettivi degli incarichi che sono stati portati a termine in epoca precedente al biennio anteriore alla data in cui la società cliente è dichiarata fallita.

Il limite del biennio risponde all'esigenza di contemperare l'interesse del creditore privilegiato con quello degli altri creditori e, in particolare, all'esigenza di evitare che il creditore privilegiato, forte del suo diritto di prelazione, possa, ritenendosi sufficientemente garantito, continuare a maturare crediti nei confronti del debitore, erodendo così, con una prelazione non oggetto di pubblicità, la garanzia patrimoniale degli altri creditori[61].

La data del fallimento è il momento della cessazione del rapporto. Nel caso di specie il ricorrente aveva svolto plurimi incarichi professionali. In questi casi il biennio decorre dalla cessazione del complessivo rapporto professionale, «sicché restano fuori dalla previsione del privilegio», precisano i Giudici del Palazzaccio, «*i corrispettivi degli incarichi conclusi in data anteriore al biennio precedente la cessazione del complessivo rapporto. Il Tribunale perciò non ha violato l'art. 2751 bis. n. 2 c.c. dando rilievo alla data di dichiarazione del fallimento della società debitrice non ha fatto altro che individuare in essa il momento della cessazione del complessivo rapporto professionale tra la società e il professionista suo creditore*».

---

[60] In tal senso si vedano Cass., 13 maggio 2011, n. 10658, cit.; Cass., 30 dicembre 2005, n. 28876, cit.

[61] I Giudici di legittimità hanno richiamato, sul punto, una precedente pronuncia, secondo cui «*il limite biennale risponde anche all'esigenza di contemperare l'interesse del creditore privilegiato con quello degli atri creditori e, in particolare, all'esigenza di evitare che il creditore privilegiato, forte del suo diritto di prelazione, possa, ritenendosi sufficientemente garantito, continuare a maturare crediti nei confronti del debitore erodendo così, con* una *prelazione non oggetto di pubblicità, la garanzia patrimoniale generica degli altri creditori*»: Cass., 22 gennaio 1999 n. 569, cit.; si veda sul punto anche le note di Danovi, *Gli onorari dell'avvocato e il privilegio del credito*, cit., 1124 e di Rinaldi, *Nuovi dubbi sul computo del biennio per le prestazioni del professionista*, cit., 1127.

Secondo la Corte di Cassazione, continuare a maturare crediti nei confronti del medesimo debitore significherebbe assumere da lui altri incarichi professionali; il profilo della pluralità degli incarichi avrebbe, quindi, un rilievo sostanziale ai fini della giustificazione del limite temporale di cui all'art. 2751 bis, n. 2 c.c. Di conseguenza non sarebbe corretto, pur dovendosi riconoscere l'autonomia dei vari incarichi e dei conseguenti rapporti giuridici, considerare ciascun incarico avulso dal suo contesto plurale; secondo i Giudici, infatti, così facendo, si priverebbe di qualsiasi operatività il limite del biennio previsto dalla legge: se, invero, ciascun incarico viene considerato per se stesso e se anche gli onorari relativi all'attività di esecuzione del medesimo svolta in epoca precedente al biennio anteriore alla sua conclusione sono assistiti dal privilegio, di fatto quel limite non opera.

La Suprema Corte ha quindi concluso ritenendo che il limite biennale operi proprio con riferimento alle ipotesi di pluralità di incarichi professionali, nelle quali il termine di due anni non può decorrere che dal momento della cessazione del complessivo rapporto professionale composto dai distinti rapporti originati dai plurimi incarichi: «*in altri termini, gli ultimi due anni prestazione di cui parla la norma in esame sono gli ultimi in cui si è svolto (non già l'unico o ciascuno dei plurimi rapporti corrispondenti ai plurimi incarichi ricevuti, bensì) il complessivo rapporto professionale, sicché restano fuori dalla previsione del privilegio i corrispettivi degli incarichi conclusi in data anteriore al biennio precedente la cessazione del complessivo rapporto*».

Aspetto, quest'ultimo, ancora più vero nel caso in cui, come nella fattispecie in esame, sussista una pluralità di incarichi professionali prestati, benché tra di loro autonomi ed indipendenti, dovendo considerare in ogni caso l'unitarietà di intenti e di finalità perseguita dal legale con il suo mandato[(62)]. Infatti, i giudici nomofilattici hanno precisato che «*Continuare a maturare crediti nei confronti del medesimo debitore vuol dire assumere da lui altri incarichi professionali; dunque il profilo della pluralità degli incarichi ha un rilievo essenziale ai fini della giustificazione del limite temporale di cui all'art. 2751 bis, n. 2 cit. Non è conseguentemente corretto, pur dovendosi riconoscere l'autonomia dei vari incarichi e dei conseguenti rapporti giuridici, ragionare come se quella pluralità non esistesse e considerare, come fa il ricorrente, ciascun incarico avulso dal suo contesto plurale*».

[(62)] Con la sentenza n. 2446 del 20 febbraio 2012, cit., la Sesta Sezione della Corte di Cassazione ha precisato che la norma va interpretata nel senso che le prestazioni del professionista vanno valutate unitariamente, con riferimento al momento in cui sono richiesti o devono essere determinati gli onorari, ancorché si riferiscano ad attività svolte oltre il biennio. Con l'occasione, il Supremo Collegio ha, altresì, precisato che non è il complessivo rapporto professionale tra professionista e cliente che deve essere preso in considerazione ma distintamente ogni singola prestazione professionale al compimento della quale può essere compiutamente quantificato il compenso.

In conclusione si può sostenere che con la pronuncia in esame, la Cassazione ha affermato che è vero che il privilegio vantato dal professionista copre anche il corrispettivo dell'attività svolta prima del biennio anteriore alla dichiarazione di fallimento, purché conclusa entro lo stesso arco temporale, ma è altrettanto vero che il limite biennale ex art. 2751 *bis*, n. 2 c.c. risponde anche all'esigenza di contemperare l'interesse degli altri creditori, privilegiati e chirografari, con quello del creditore privilegiato, al fine di evitare che quest'ultimo, «*forte del suo diritto di prelazione, possa, ritenendosi sufficientemente garantito, continuare a maturare crediti nei confronti del debitore, erodendo così, con una prelazione non oggetto di pubblicità, la garanzia patrimoniale generica degli altri creditori*».

Tale interpretazione è coerente con la *ratio* del limite biennale del privilegio riconosciuto al professionista. In tema di prelazione, infatti, la previsione di un limite temporale correlato al momento in cui sorge il credito risponde, oltre che, nell'ambito dell'art. 2751 *bis* c.c., ad una valutazione della capacità di trarre altrove i propri mezzi di sostentamento, anche all'esigenza di contemperare l'interesse del creditore privilegiato con quello degli altri creditori. Pertanto, se il legislatore ha inteso negare il privilegio al professionista che, pur non essendo stato retribuito per l'attività già svolta nell'ultimo biennio di prestazione[63] continua a lavorare "a credito" in favore del suo cliente, questa *ratio* non ricorre nel caso dell'attività professionale protrattasi per oltre un biennio, poiché, come si è già detto, il relativo credito non è ancora liquido ed esigibile.

In questo caso, nel bilanciamento degli interessi dei vari creditori, non si può addebitare al professionista alcuna inerzia, nel pretendere il pagamento delle proprie spettanze, lesiva della generica garanzia patrimoniale.

MASSIMO BILLI

[63] Su tale interpretazione della decorrenza del biennio oltre alla sentenza in commento, tra le tante, cfr. Cass., 7 agosto 1989, n. 3611, cit.

CORTE DI CASSAZIONE – Sez. VI Civile – Ordinanza 20 giugno 2014, n. 14143 – *Pres.* Di Palma – *Est.* Dogliotti – F.F. c. R.D.
Conferma App. Perugia, 1° febbraio 2012.

Famiglia – Scioglimento del matrimonio – Obblighi verso l'altro coniuge – Assegno di divorzio – Revisione – Valutazione del giudice – Contenuto – Fattispecie.

In materia di revisione dell'assegno divorzile, il giudice non può procedere ad una nuova ed autonoma valutazione dei presupposti o della entità dell'assegno, sulla base di una diversa ponderazione delle condizioni economiche delle parti, ma, nel pieno rispetto delle valutazioni espresse al momento dell'attribuzione dell'emolumento, deve limitarsi a verificare se, ed in che misura, le circostanze sopravvenute abbiano alterato l'equilibrio così raggiunto ed ad adeguare l'importo o lo stesso obbligo della contribuzione alla nuova situazione patrimoniale (1).

(*Omissis*). In un procedimento di modifica delle condizioni di divorzio tra F.F. e R.D., la Corte d'Appello di Perugia con decreto in data 1/12/2011, rigettava il reclamo avverso il provvedimento del Tribunale di Terni, confermando in Euro 316,00 l'importo dell'assegno in favore della moglie.

Ricorre per cassazione il marito.

Resiste con controricorso la moglie.

Il marito deposita memoria difensiva.

Non si ravvisano violazioni di legge.

Per giurisprudenza ampiamente consolidata, l'assegno per il coniuge deve tendere al mantenimento del tenore di vita da questo goduto durante la convivenza matrimoniale, e tuttavia indice di tale tenore di vita può essere l'attuale disparità di posizioni economiche tra i coniugi (Cass. n. 2156 del 2010).

In sostanza il ricorrente propone profili e situazioni di fatto, insuscettibili di controllo in questa sede, a fronte di un provvedimento caratterizzato da motivazione adeguata e non illogica.

Si può consentire con quanto afferma il ricorrente, pure richiamando la giurisprudenza di questa Corte, per cui in sede di revisione il giudice non può procedere ad una nuova ed autonoma valutazione dei presupposti e dell'entità dell'assegno, ma deve limitarsi a verificare se e in che misura le circostanze sopravvenute abbiano alterato l'equilibrio così raggiunto, e ad adeguare l'importo alla nuova situazione patrimoniale (tra le altre, Cass. n. 10133 del 2007). Ma è proprio ciò che ha fatto il giudice a quo, con motivazione adeguata e non illogica.

Afferma infatti la Corte di merito che non vi sono stati fatti nuovi, idonei a giustificare una revisione del regime. Valuta la sentenza la posizione economica di entrambe le parti, come è sua facoltà, secondo presunzioni, e motivando particolarmente al riguardo. Quanto al marito, il giudice a quo precisa che la dedotta esposizione debitoria nasce in realtà da un cospicuo investimento di capitali e cioè un acquisto immobiliare avente ad oggetto una abitazione a due livelli, nonché da una atto di accertamento di evasione fiscale che ha comportato l'esborso di circa Euro 5.560,00.

Correttamente il provvedimento impugnato precisa che il marito non può eludere il suo obbligo di mantenimento della moglie, creando una esposizione debitoria, e che l'accertamento di una evasione fiscale rende incerto l'ammontare dei suoi attuali redditi, comunque evidentemente superiore a quanto dichiarato.

Afferma il ricorrente che è,la smessa moglie ad ammettere di svolgere qualche saltuario lavoro di sartoria. Ma è il medesimo provvedimento impugnato ad ammettere l'esistenza di qualche saltuario lavoro della moglie, escludendo soltanto che l'aiuto del figlio esima il marito dal suo obbligo.

Del resto la portata limitata dell'assegno costituisce un mero contributo, non essendo tale da soddisfare tutte le esigenze della moglie.

Quanto alla lamentata mancata richiesta di informazioni alla Polizia Tributaria, il ricorso non è autosufficiente perché non si precisa se, quando e come tale richiesta sia stata effettuata e quali fossero i contenuti di essa. Va ribadita tale valutazione, nonostante le indicazioni della memoria difensiva che non possono fornire elementi e profili aggiuntivi rispetto a quanto espresso nel ricorso.

Va conclusivamente rigettato il ricorso (*Omissis*).

(1) Revisione dell'assegno divorzile.

1. Prima di entrare nel merito del provvedimento è necessario soffermarci sul recente disegno di legge riguardante il divorzio breve[1], in cui è

---

[1] Per quanto riguarda il c.d. "divorzio breve" v. Camera dei deputati XVII legislatura – d.d.l. approvato dalla Camera il 29 maggio 2014, in un testo risultante dall'unificazione dei disegni di legge, e trasmesso alla Presidenza del Senato il 30 maggio 2014, in cui si è arenato: "*Disposizioni in materia di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio, nonché di comunione tra i coniugi*" si evidenzia l'art. 1 che stabilisce al comma 1. Al secondo capoverso della lettera b) del numero 2) dell'articolo 3 della legge 1 dicembre 1970, n. 898, e successive modificazioni, le parole «tre anni a far tempo dalla avvenuta comparizione dei coniugi innanzi al presidente del Tribunale nella procedura di separazione personale anche

stabilito che non sono più necessari tre anni dalla separazione per chiedere il divorzio ma solo dodici mesi per la separazione giudiziale e sei mesi per quella consensuale indipendentemente dalla presenza o meno di figli, se la separazione è giudiziale il termine decorre dalla notifica del ricorso, inoltre "il divorzio breve" sarà operativo anche per i procedimenti in corso. Inoltre nell'ambito di riordino del processo civile e per la riduzione dell'arretrato giudiziario è entrata in vigore la l. n. 162 del 2014, in cui si stabilisce che la coppia che voglia consensualmente separarsi o divorziare può scegliere due nuove vie che riducono notevolmente i tempi: la negoziazione assistita da avvocati e la conclusione di un accordo presso l'ufficio di stato civile in presenza di determinate condizioni, quindi si estende la figura della negoziazione assistita a tutte le ipotesi di separazione e divorzio, anche con figli minori, introducendo il filtro del p.m.[2]. C'è da sottolineare che sono aumentati i casi di separazione e divorzi in Italia[3].

---

quando il giudizio contenzioso si sia trasformato in consensuale» sono sostituite dalle seguenti: «dodici mesi dalla notificazione della domanda di separazione. Qualora alla data di instaurazione del giudizio di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio sia ancora pendente il giudizio di separazione con riguardo alle domande accessorie, la causa è assegnata al giudice della separazione personale. Nelle separazioni consensuali dei coniugi, il termine di cui al primo periodo è di sei mesi decorrenti dalla data di deposito del ricorso ovvero dalla data della notificazione del ricorso, qualora esso sia presentato da uno solo dei coniugi». Art. 2 comma 1 Al secondo comma dell'articolo 189 delle disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile e disposizioni transitorie, di cui al regio decreto 18 dicembre 1941, n.1368, sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: «o di ricorso per la cessazione degli effetti civili o per lo scioglimento del matrimonio».

Art. 3, comma 1 All'articolo 191 del codice civile è aggiunto, in fine, il seguente comma:

«Nel caso di separazione personale, la comunione tra i coniugi si scioglie nel momento in cui il presidente del tribunale autorizza i coniugi a vivere separati, ovvero alla data di sottoscrizione del processo verbale di separazione consensuale dei coniugi dinanzi al presidente, purchè omologato. Qualora i coniugi siano in regime di comunione legale, la domanda di separazione è comunicata all'ufficiale dello stato civile ai fini dell'annotazione a margine dell'atto di matrimonio. L'ordinanza con la quale i coniugi sono autorizzati a vivere separati è comunicata all'ufficiale dello stato civile ai fini della stessa annotazione»

Art. 4, comma 1 Le disposizioni di cui all'articolo 1 si applicano alle domande di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio proposte dopo la data di entrata in vigore della presente legge, anche se il procedimento di separazione, che costituisce il presupposto della domanda, risulti ancora pendente alla medesima data, in *Dir. fam. pers*., 2014, 1271 s.

[2] Si consulti la l. 10 novembre 2014, n. 162, pubblicata in G.U., 10 novembre 2014, n. 261, suppl. ord. n. 84, che ha convertito il d.l. n. 132/2014 («misure urgenti di degiuridizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile») v. Danovi, *I nuovi modelli di separazione e divorzio: una intricata pluralità di protagonisti*, in *Fam. dir.,* 2014, 1141 ss.

[3] Nella ricerca Separazioni e divorzi in Italia, anno 2011, pubblicato nel maggio

2. Il provvedimento in esame riguarda l'assegno di divorzio e la sua possibile revisione.

Innanzitutto c'è da chiarire che l'assegno di divorzio ha il fine solidaristico[4] e di diritto spetta all'ex coniuge che non ha a disposizione i mezzi adeguati e non li può procurare per ragioni di tipo oggettivo[5]. L'art. 5, comma 6 (l. 1970, n. 898)[6] stabilisce la concessione dell'assegno nel caso di "mezzi inadeguati" dell'ex coniuge, si può notare come la formulazione sia indeterminata, anche se c'è da sottolineare che l'elasticità è dovuta alle diverse situazioni, la norma

---

2013, in *http://www.istat.it/it/archivio/91133*, è scritto «i tassi di separazione e di divorzio totale sono in continua crescita. Nel 1995 per ogni 1.000 matrimoni si contavano 158 separazioni e 80 divorzi, nel 2011 si arriva a 311 separazioni e 182 divorzi».

[4] Per quanto riguarda gli orientamenti dottrinali sullo scopo dell'assegno di divorzio quando entrò in vigore la legge n. 898 del 1970 v. Trabucchi, *La funzione di assistenza nell'assegno di divorzio e l'assegno in corso di separazione legale*, in *Giur. it.*, 1982, I 51 s.; Cfr. Bianca, *Diritto civile. II. La famiglia-Le successioni*, Milano, 2005, 277, Quadri, *La natura dell'assegno di divorzio dopo la riforma*, in *Foro it*., 1989, I, 2514.

[5] Cass., 3 luglio 2013, n. 16597, in *Fam. dir*., 2013, con nota di Alcaro, *Note in tema di assegno divorziale: il tenore di vita in costanza di matrimonio, un'aporia interpretativa?*, in cui si sottolinea che non è necessario un'imputabilità delle circostanze che hanno portato il coniuge istante all'odierno stato di ristrettezza economica, «ma solo una valutazione in ordine alla sua attuale capacità di procurarsi ulteriori risorse, al fine di stabilire se l'inadeguatezza dei mezzi di cui dispone sia dovuta ad una sua colpevole inerzia».

[6] Art. 5, comma 6 della l. 1970, n. 898: «Con la sentenza che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, il tribunale, tenuto conto delle condizioni dei coniugi, delle ragioni della decisione, del contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune, del reddito di entrambi, e valutati tutti i suddetti elementi anche in rapporto alla durata del matrimonio, dispone l'obbligo per un coniuge di somministrare periodicamente a favore dell'altro un assegno quando quest'ultimo non ha mezzi adeguati o comunque non può procurarseli per ragioni oggettive. Il comma 6 così sostituito all'originario quarto comma ad opera dell'art. 10, l. 6 marzo 1987, n. 74. Il testo precedente dell'art. 5, comma 4, disponeva " con la sentenza che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio il Tribunale dispone, tenuto conto delle condizioni economiche dei coniugi e delle ragioni della decisione, l'obbligo per uno dei coniugi di somministrare a favore dell'altro periodicamente un assegno in proporzione alle proprie sostanze e ai propri redditi. Nella determinazione di tale assegno il giudice tiene conto del contributo personale ed economico dato da ciascuno dei coniugi alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di entrambi. Su accordo delle parti la corresponsione può avvenire in una unica soluzione». Prima della riforma del 1987 l'assegno di divorzio, secondo la dottrina e la giurisprudenza aveva una natura complessa, avendo la funzione sia assistenziale, risarcitoria ed in parte compensativa. Per un esame riguardante ante riforma v. Angeloni, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova, 1997, 156., in giurisprudenza Cass., Sez. un., 26 aprile 1974, n. 1194, in *Foro it*., I, 1335.

quindi adotta delle clausole generali[7]. Per quanto riguarda il requisito della mancanza di mezzi adeguati, la giurisprudenza di merito aveva sostenuto che il lavoro dipendente da parte di uno dei coniugi non eliminasse il diritto all'assegno di divorzio, in questi casi, la giurisprudenza sosteneva che l'inadeguatezza dei mezzi economici c'era dove si ravvisasse un evidente sproporzione rispetto a quelli dei quali godeva l'altro coniuge[8]. Dopo la Suprema Corte accolse un'interpretazione più restrittiva, simile a quella in ambito di assegno di mantenimento in caso di separazione, si basava sul tenore di vita goduto in costanza di matrimonio[9]. In seno alla suprema Corte si alternarono vari orientamenti fino ad arrivare nel 1990 alle quattro sentenze depositate lo stesso giorno che hanno fissato delle linee guida: l'assegno per l'*ex* coniuge deve tendere al mantenimento del tenore di vita da questo goduto durante la convivenza matrimoniale[10], che rappresenta il limite massimo dell'attribuzione, gli altri criteri che si ritrovano nella norma possono implicare una misura minore, mai superiore, e sono quindi dei correttivi.

3. Dopo l'intervento delle Sezioni Unite i giudici di merito seguirono il solco delineato dalle prime con alcune eccezioni[11]. La giurisprudenza successiva alle pronunce delle Sezioni Unite ha inoltre chiarito che per tenore di vita da prendere in considerazione non è solo quello realmente avuto durante il matrimonio ma anche le aspettative maturate durante il matrimonio[12].

---

[7] Nivarra, *Clausole generali e principi generali del diritto nel pensiero di L. Mengoni*, in *Europa e dir. priv*., 2007, 411 ss.; Falzea, *Gli standard valutativi e la loro applicazione*, *in Riv. dir. civ*., 1987, 1 ss.

[8] Tribunale Milano, 27 gennaio 1988, inedita.

[9] Musio, *Conseguenze patrimoniali del divorzio rispetto ai coniugi, in Autorino-Stanzione (trattato diretto da), il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza*, II, Torino, 2005, 283.

[10] Cass., Sez. un., 29 novembre 1990, nn. 11489, 11490, 11491, 11492, in *Foro it*., 1991, I, 67, con note di Quadri, *Assegno di divorzio: la mediazione delle sezioni unite* e di Carbone, Urteildämmerung: *una decisione crepuscolare (sull'assegno di divorzio)*.V. Cass., 4 aprile 1990, n. 2799, in *Foro it*., 1990, I, c. 2533 ss.; Cass., 2 agosto 2013, n. 18593, in *Mass. Foro it.*, 596, in cui è ribadito: è sufficiente che il coniuge che richiede l'assegno, anche se autosufficiente, non abbia i mezzi adeguati alla conservazione alla conservazione del precedente standard di vita, il fatto che a quel coniuge sia addebitata la separazione può essere rilevante solo sul *quantum* dell'assegno. V. Cass., 22 gennaio 2014, n. 1275, non massimata, stabilisce: anche se il determinare l'assegno divorzile è indipendente dalle statuizioni patrimoniali operanti durante la separazione, l'assetto però fissato in quell'ambito può essere un indicatore per le determinazioni del giudice del divorzio, quando è idoneo a dare elementi di valutazione riguardanti il tenore di vita avuto durante il matrimonio ed le condizioni economiche dei coniugi.

[11] Cass., 17 aprile 1991, n. 4098, in *Foro it*., 1998, I, 1412; Trib. Parma, 12 novembre 1998, in *Fam. dir*., 1999, 169, con nota di Bonilini, *Assegno post-matrimoniale e tenore di vita coniugale.*

[12] Cass., 26 settembre 2007, n. 20204, in *Fam. dir*., 2008, 475, con nota di Fazio, *Assegno di divorzio e prevedibilità degli aumenti reddituali.*

C'è da sottolineare che non è così facile dare la prova del pregresso tenore di vita, bisogna interrogarsi su quali siano i mezzi attraverso i quali è possibile stabilire questo tenore di vita, anche a distanza di anni dal matrimonio. La giurisprudenza[13] ha fissato che non è fondamentale che l'*ex* coniuge che chiede l'assegno dia piena prova del tenore di vita goduto durante il matrimonio, ma può bastare dare una presunzione fatta dall'ammontare delle disponibilità economiche della coppia, inoltre il tenore di vita matrimoniale può essere ricavato dalle potenzialità economiche dei coniugi, cioè dall'ammontare complessivo dei loro redditi e delle disponibilità patrimoniali[14].

C'è inoltre da distinguere il tenore di vita con lo stile di vita, in quanto può succedere che la coppia possa decidere, anche avendo possibilità economiche, di avere uno stile di vita "semplice"[15]. La dottrina si è molto spaccata sul significato di solidarietà dopo il matrimonio, in particolare un orientamento[16], che anche la giurisprudenza segue, è dell'opinione che l'assegno di divorzio ha funzione assistenzialistica e nasce dal bisogno di mantenere un tenore di vita analogo a quello avuto durante il matrimonio[17], proteggendo e tutelando quindi il coniuge più debole. L'altra parte della dottrina minoritaria, invece, sostiene che la funzione assistenzialistica dell'assegno implica solo che l'*ex* coniuge non economicamente autosufficiente avrebbe diritto a godere un tenore di vita dignitoso[18].

Giurisprudenza consolidata quindi fissa che l'assegno per il coniuge

---

[13] Cass., 19 ottobre 2011, n. 21650, non massimata.

[14] Cass., 13 gennaio 2014, n. 488, non massimata.

[15] Cass., 16 ottobre 2013, n. 23442, in *Mass. Foro it.*, 2013, 801 in cui è stabilito che per accertare il diritto all'assegno, non si può fare confusione tra lo stile ed il tenore di vita, anche in presenza di importanti potenzialità economiche un regime familiare può essere improntato ad uno stile di rigore, «ma questo costituisce una scelta che non può annullare la potenzialità di una condizione economica molto agiata», che crea un'aspettativa del tutto legittima nei confronti dell'altro coniuge.

[16] Per una visione completa sull'argomento Bonilini, in Bonilini, Tommaseo, *Lo scioglimento del matrimonio*, 2ª ed., in *Comm. Schlesinger*, Milano 2004, 523 ss.; Rossi Carleo, in *Dizionari del diritto privato* (di Irti), Milano, 2011, 673 ss.; Totaro, *Gli effetti del divorzio, in Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, I, II ed., Milano 2011, 1631 ss.

[17] Cass., 28 ottobre 2013, n. 24252, in *Foro it*., 2014, I, 858 ss. con nota di Casaburi; Cass., 4 novembre 2010, n. 22501 non massimata, Cass., 4 ottobre 2010, n. 20582, in v. *Matrimonio*, n. 177, in *Rep. Foro it*., 2010.

[18] Bonilini, *L'assegno postmatrimoniale*, in Bonilini, Tommaseo, *Lo scioglimento del matrimonio*, nel *Comm. cod. civ*. *Schlesinger,* Milano, 2004, 528, v. in giurisprudenza Cass., 2 marzo, 1990, n. 1652, in *Foro it*., 1990, I, 1165, con osservazioni di Macario, *Assegno di divorzio e «mezzi adeguati»* e nota di Quadri, *La cassazione «rimedita» il problema dell' assegno di divorzio*, in cui si fissa che la valutazione dell'adeguatezza dei mezzi del richiedente deve essere fatta non basandosi sul tenore di vita goduto durante il matrimonio, ma ad uno stile di vita economicamente autonomo e dignitoso, quale, nei casi singoli, configurato dalla coscienza sociale.

deve tendere al mantenimento del tenore di vita da questo goduto durante la convivenza matrimoniale. Però una recente ordinanza del Tribunale di Firenze[19] ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 5, comma 6 in riferimento agli artt. 2, 3, 29 Cost. Per quanto riguarda l'art. 2 il contrasto si porrebbe per eccessiva solidarietà perché viene imposto l'obbligo di mantenere le medesime condizioni godute nel matrimonio al coniuge debole.

Per quanto riguarda l'art. 29 Cost. la norma si porrebbe in contrasto con l'evoluzione della famiglia, non tenendo conto del cambiamento dei costumi. Infine la norma si porrebbe in contrasto con l'art. 3 Cost., la questione di costituzionalità ha ad oggetto la regola di "diritto vivente" che si è creata per quanto riguarda l'art. 5, l. n. 898/1970. La particolarità di questa regola, secondo il giudice rimettente di Firenze, consiste nella "palese contraddizione" fra l'istituto del divorzio, che ha come fine quello della cessazione del matrimonio, ed una disciplina delle conseguenze economiche «che di fatto proietta oltre l'orizzonte matrimoniale "il tenore di vita" in costanza di matrimonio quale elemento attributivo e quantitativo dell'assegno». Il tribunale di Firenze sottolinea che vengono protratti «all'infinito i vincoli economici derivanti da un fatto (il matrimonio) che non esiste più proprio a seguito del divorzio» e ciò «senza che vi sia necessariamente una giustificazione adeguata sotto il profilo della tutela di interessi e diritti costituzionali o garantiti dalla Costituzione».

4. Nell'ordinanza si specifica che vedere il presupposto dell'assegno post-coniugale nel disequilibrio delle condizioni patrimoniali degli *ex* coniugi e poi tradurlo economicamente nella cifra congrua a «mantenere il tenore di vita coniugale» non rappresenta «un "arricchimento" della funzione assistenziale indicata dalla legge, ma una sua alterazione, che travalica il dato normativo e la stessa intenzione del legislatore». Ulteriori aspetti di conflitto con il principio di ragionevolezza si possono trovare quando si mette in evidenza che «a differenza del mantenimento verso i figli, che cessa al raggiungimento della loro autosufficienza economica, l'obbligo di mantenimento del coniuge divorziato (…) non viene meno neppure in caso di raggiunta autosufficienza del coniuge».

Infine, garantire in modo adeguato dopo la cessazione del matrimonio la posizione economica del coniuge, anche se trova il suo fondamento nell'art. 2 Cost., sembra concretizzato attraverso il diritto vivente che si è creato con riguardo all'art. 5, comma 6, l. div., con uno «strumento eccessivo rispetto a quanto necessario» per ottenere un equilibrato contemperamento di interessi contrapposti.

---

[19] Trib. Firenze, 22 maggio 2013, n. 239, in *Fam dir*., 2014, 687 ss. con nota di Al Mureden, *Il parametro del tenore di vita coniugale nel "diritto vivente" in materia di assegno divorziale tra persistente validità, dubbi di legittimità costituzionale ed esigenze di revisione* e Morrone, *Una questione di ragionevolezza: l'assegno divorziale e il criterio del "medesimo tenore di vita"*.

Tutto ciò emerge anche se si fa il confronto con i principi presenti in altri Paesi dell'Unione europea, l'ordinanza di Firenze evidenzia che la Commissione europea sul diritto di famiglia ha fissato il principio per il quale «dopo il divorzio ciascun coniuge provvede ai propri bisogni» (principio 2.2)[20]. Il provvedimento fiorentino continua sostenendo che «dopo il matrimonio, gli unici legami a rimanere in vita sono quelli che riguardano i figli», quando sono protratti rapporti patrimoniali tra *ex* coniugi, devono avere il carattere della temporaneità (principio 2.8); inoltre l'irragionevolezza dell'attuale diritto vivente in tema di assegno divorzile viene spiegato anche dal fatto che si assiste alla c.d. "privatizzazione delle relazioni di coppia".

Il Tribunale di Firenze mette l'accento quindi sull'anacronismo legislativo ed è quindi fondamentale «una revisione critica del dogma del tenore di vita, che, sempre secondo l'ordinanza,«ormai appartiene ad un'altra epoca, ad un'altra gerarchia di valori non più adeguati alla contemporanea legalità costituzionale».

È stata emanata recentemente la sentenza della Corte Costituzionale[21] che ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Firenze perché il tenore di vita goduto durante il matrimonio non è il solo parametro di riferimento per stabilire l'assegno divorzile; l'art. 5 comma 6 della l. n. 898 del 1970 infatti fissa una molteplicità di fattori che il giudice deve esaminare: come la condizione ed il reddito dei coniugi, il contributo personale ed economico dato da ciascun coniuge per la creazione del comune patrimonio, la durata del matrimonio. La Cassazione infatti sostiene che il tenore di vita goduto durante il matrimonio è importante per stabilire in astratto il tetto massimo dell'ammontare dell'assegno ma in concreto devono essere tenuti presenti tutti gi altri

---

[20] I *Principles on European Family Law* sono stati studiati dalla *Commission on European Family Law* per trovare soluzioni che tendano al raggiungimento dell'armonizzazione del diritto di famiglia all'interno degli Stati dell'unione europea v. Cubeddu, *I contributi al diritto europeo della famiglia*, in Patti, Cubeddu, *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, 2008, 16, in Germania, grazie alla riforma del 2008, è stato fissato il limite di durata del mantenimento dell'ex coniuge, sul punto v. Cubeddu, *Lo scioglimento del matrimonio e la riforma del mantenimento in Germania,* in *Familia*, 2008, 2, 22 ss., «il requisito principale resta lo stato di bisogno, rispetto al quale la ricorrenza di specifiche fattispecie può ridurre la capacità del coniuge di provvedere al mantenimento», la legge tedesca è entrata in vigore il 1° gennaio 2008; Patti, *I rapporti patrimoniali tra coniugi. Modelli europei a confronto, in Il nuovo diritto di famiglia*, in *Trattato diretto da Ferrando*, II, 2008, 229 ss. ad esempio la nuova legge francese sul divorzio 24 maggio 2004, n. 439, in vigore dal 2005, stabilisce i tre principi della "*dedramatisation*", "*concentration des effects du divorce", "simplification e pacification*", il nuovo testo dell'art. 270 *code civil* stabilisce che le possibili prestazioni patrimoniali a favore di uno degli *ex* coniugi finiscano velocemente.

[21] Corte cost., 11 febbraio 2015, n. 11, in *www.altalex.it*, con nota di Vassallo, *Assegno divorzile, Consulta: tenore di vita pregresso non è unico parametro.*

criteri fissati dall'art. 5 della legge del 1970 n. 898. L'orientamento maggioritario della Cassazione ritiene che tutti i criteri «agiscono come fattori di moderazione e diminuzione della somma considerata in astratto»[22]. La Cassazione nella sentenza del 5 febbraio 2014 afferma che l'accertamento del diritto all'assegno è formato da due fasi principalmente: nella prima il giudice in astratto controlla l'esistenza del diritto all'assegno, tenendo come riferimento l'inadeguatezza dei mezzi o l'impossibilità a procurarseli per ragioni oggettive facendo il raffronto con il tenore di vita avuto durante il matrimonio o che poteva fondarsi su aspettative maturate durante il matrimonio, nella seconda, invece il giudice valuta concretamente in base ad una visione equilibrata dei parametri inseriti nell'art. 5 che possono anche diminuire la somma considerata in astratto ed addirittura anche azzerarla quando la conservazione del tenore di vita assicurato dal matrimonio sia incompatibile con gli elementi di quantificazione[23].

5. Per quanto riguarda il tema della revisione dell'assegno divorzile[24], che nel provvedimento in esame non è stata concessa, perché il marito non si poteva esimere dall'obbligo di mantenere l'*ex* coniuge per l'aver creato una posizione debitoria a causa dell'acquisto di un immobile e per il fatto che l' accertamento dell'evasione fiscale da parte del primo dava l'incertezza sul suo attuale reddito, in quanto era di gran lunga superiore a quello dichiarato. In tema di revisione quindi innanzitutto è fondamentale l'accertamento dei giustificati motivi, il giudice deve valutare l'esistenza e l'importanza dei presupposti della revisione con criteri non matematici ma equitativi[25], tutto ciò non è sempre cosi semplice come quando ad es. il coniuge beneficiario inizia una nuova convivenza *more uxorio*, la giurisprudenza, da una parte, ha stabilito che ciò rileva per la riduzione dell'assegno solo nel caso in cui questo rapporto abbia i caratteri della stabilità e della continuità, dall'altro lato, non è chiaro quali siano gli elementi oggettivi che il giudice deve tenere da conto per fissare se ci si trova davanti ad una vera e propria convivenza

---

[22] Cass., 5 febbraio 2014, n. 2546, in *Quotidiano giuridico,* 2014, Cass., 28 ottobre 2013, n. 24252, in *Foro it.*, 2014, I, 858 ss., con nota di Casaburi, Cass., 21 ottobre 2013, n. 23797, in *Praticanti diritto.*

[23] Cass., 12 luglio 2007, n. 15611, in *Fam. dir*., 2007 con nota di Russo, *Ancora sull'assegno divorzile: la Cassazione conferma l'orientamento* e Cass., 22 agosto 2006, n. 18241, in *Foro it*., 2007, I, 770.

[24] Art. 9 della l. 1970, n. 898: «1. Qualora sopravvengano giustificati motivi dopo la sentenza che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, il tribunale, in camera di consiglio e, per i provvedimenti relativi ai figli, con la partecipazione del pubblico ministero, può, su istanza di parte, disporre la revisione delle disposizioni concernenti l'affidamento dei figli e di quelle relative alla misura e alle modalità dei contributi da corrispondere ai sensi degli artt. 5 e 6».

[25] Per una visione completa dell'*aequitas* v. Sassi, *Il ruolo delle permanenze nella formazione del mercato interno*, in *Diritto privato del mercato*, a cura di Palazzo e Sassi, Perugia, 2007, 20 ss.

more uxorio oppure quando si è di fronte solamente ad una relazione[26].

Sempre sulla problematica della revisione dell'assegno un recente provvedimento[27] ha fissato che se da un lato le successioni ereditarie che ci sono durante la convivenza matrimoniale sono importanti per l'accertamento del tenore di vita coniugale ed anche queste aiutano a stabilire la quantificazione dell'assegno dovuto al coniuge beneficiario, l'eredità acquisita dal coniuge obbligato dopo la cessazione della convivenza potrà influenzare per accertare le possibilità economiche ma non sussiste «collegamento con la situazione economica dei coniugi durante il matrimonio e con il reciproco contributo datosi nel corso di esso», non c'è un'aspettativa ragionevole e quindi è «giuridicamente inidonea a fondare affidamenti economici».

Nel provvedimento in commento, per quanto riguarda la revisione dell'assegno è fissato che «il giudice non può procedere ad una nuova ed autonoma valutazione dei presupposti e dell' entità dell'assegno, ma deve limitarsi a verificare se e in che misura le circostanze sopravvenute abbiano alterato l'equilibrio così raggiunto, e ad adeguare l'importo alla nuova situazione patrimoniale». Il provvedimento in esame cita tra l'altro una sentenza recente[28] che stabilisce appunto: il provvedimento di revisione

---

[26] Cass., 9 settembre 2002, n. 13060, v. *Matrimonio*, nn. 124-128, in *Rep. Foro it*., 2002, in *Arch. civ*., 2003, 32, ha ritenuto come convivenza *more uxorio* un rapporto durato oltre sedici anni, il Trib. Brescia, 10 aprile 2003, ha riconosciuto la convivenza *more uxorio* una relazione che durava da solo due anni; Cass., 11 agosto 2011, n. 17195, in *Fam. dir*., 2012, con nota di Figone, *La convivenza more uxorio può escludere l'assegno divorziale*, questa decisione della Cassazione cambia l'orientamento della precedente giurisprudenza sostenendo che una stabile e duratura convivenza da parte del coniuge che non ha mezzi elimina il riconoscimento di un assegno divorziale. Non c'è una legge che regolamenti la convivenza *more uxorio*, in Costituzione si può rintracciare la convivenza *more uxorio* all'interno dell'art. 2 che riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia come componente di formazioni sociali, ove si svolge la sua personalità. Possiamo ritrovare regolamentata la convivenza in alcuni aspetti, ad es. nella legge 2004 n. 40 sulla p.m.a. è stabilito all'art. 5: «possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni, di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi» sul tema in giurisprudenza v. Trib. Genova, 25 settembre 2009, in *Fam. dir*., 2010, n. 4, p. 389 s., con nota di Faletti, *Fecondazione assistita: non è accoglibile la richiesta di risarcimento dei danni morali al convivente fedifrago*, e nella legge del 1983 n. 184 riguardante l'adozione in cui è stabilito all'art. 6, comma 4: «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».

[27] Cass., 5 febbraio 2014, n. 2542, in *Fam. dir*., 2014, 771 con nota di Magli, *Acquisti ereditari pervenuti successivamente allo scioglimento del matrimonio e revisione dell'assegno di divorzio.*

[28] Cass., 2 maggio 2007, n. 10133, in *Banche dati Foro it*., 1987-2007.

dell'assegno di divorzio postula non solo l'accertamento di una sopravvenuta modifica della situazione economica degli *ex* coniugi, ma anche la idoneità di questa modifica a cambiare il precedente assetto patrimoniale formatosi con il precedente provvedimento che concedeva l'assegno, attraverso una valutazione che confronta le condizioni economiche di tutte e due le parti; nel caso in cui il motivo di revisione è di cosi tale importanza da portare alla revoca dell'assegno di divorzio, è fondamentale fare un attento accertamento degli effettivi cambiamenti e controllare se esiste o meno un nesso di causalità tra essi e la nuova situazione economica che in seguito si è creata, onde arrivare alla conclusione che l'*ex* coniuge titolare dell'emolumento dispone di mezzi che gli consentono di conservare un tenore di vita uguale a quello avuto durante il matrimonio o che le condizioni economiche del coniuge obbligato siano cosi peggiorate fino a rendere impossibile di sostenere questo peso.

Quindi in sede di revisione il giudice non può fare una nuova ed autonoma valutazione dei presupposti o dell'ammontare dell'assegno, sulla base di un diverso esame delle condizioni economiche delle parti, ma rispettando le valutazioni dichiarate durante l'attribuzione dell'emolumento deve solo controllare se ed in che misura le circostanze sopravvenute abbiano in qualche modo mutato l'equilibrio raggiunto ed ad adeguare l'importo o lo stesso della contribuzione alla nuova situazione patrimoniale[29].

ANGELA MARIA SPALAZZI CAPRONI

[29] Per la quantificazione dell'assegno, con la possibilità anche di azzerarlo si fa riferimento ai criteri fissati nella prima parte dell'art. 5, l. 898/70, v. Cass., 17 maggio 2013, n. 12077; Cass., 21 gennaio 2014, n. 1165, non massimate.

CORTE DI APPELLO DI PERUGIA – 14 gennaio 2014 – *Pres.* MAGRINI – *Est.* VADALÀ – M. F. e altri c. Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca e altri

Obbligazioni e contratti – Responsabilità – Mancato recepimento di direttiva comunitaria – Inadempimento di obbligazione *ex lege* – Prescrizione ordinaria – *Dies a quo*.

Obbligazioni e contratti – Responsabilità – Risarcimento dei danni – Prescrizione – Nuova normativa – Effetti.

Il diritto al risarcimento del danno da inadempimento della direttiva n. 82/76/CEE, riassuntiva delle direttive 16 giugno 1975, n. 75/362/CEE e n. 75/363/CEE, spettante ai soggetti che avevano seguito corsi di specializzazione medica iniziati negli anni dal 1° gennaio 1983 all'anno accademico 1990-1991 in condizioni tali che, se detta direttiva fosse stata attuata, avrebbero acquisito i diritti da essa previsti, si prescrive nel termine di dieci anni decorrente dal 27 ottobre 1999, data di entrata in vigore dell'art. 11 della legge 19 ottobre 1999, n. 370, che ha dato attuazione a tali direttive (1).

Con riferimento alla situazione dei medici specializzandi, nessuna influenza può avere la sopravvenuta disposizione di cui all'art. 4, comma 43, della legge 12 novembre 2011, n. 183 – secondo cui la prescrizione del diritto al risarcimento del danno da mancato recepimento di direttive comunitarie soggiace alla disciplina dell'art. 2947 c. c. e decorre dalla data in cui il fatto, dal quale sarebbero derivati i diritti se la direttiva fosse stata tempestivamente recepita, si è effettivamente verificato – trattandosi di norma che, in difetto di espressa previsione, non può che spiegare la sua efficacia rispetto a fatti verificatisi successivamente alla sua entrata in vigore (2).

(*Omissis*). Con atto di citazione, ritualmente notificato, la Presidenza del Consiglio dei Ministri ha proposto appello, davanti a questa Corte, avverso la sentenza emessa dal Tribunale di Perugia, in composizione monocratica, n. 1367/10, depositata in data 19 luglio 2010, con la quale il Giudice designato per la trattazione della controversia, dopo aver disatteso l'eccezione di prescrizione quinquennale proposta dall'Avvocatura dello Stato, aveva accolto parzialmente le domande, proposte dagli attori, quali medici specializzandi, nei confronti della Presidenza del Consiglio dei Ministri e aveva dichiarato il difetto di legittimazione passiva delle altre Amministrazioni convenute dagli attori, Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca Scientifica, dell'Economia e delle Finanze, della Salute e, infine, Università degli Studio di Perugia; aveva, infine, disposto la compensazione, tra le parti, delle spese del giudizio.

Gli appellanti avevano chiesto, in tesi, sul presupposto di aver frequentato scuole di specializzazione, senza avere preteso alcun emolumento, il pagamento di una somma a titolo di retribuzione, previa disapplicazione del D.Lgs. 257/91, art. 8 o applicazione retroattiva del medesimo D.Lgs.; in ipotesi, l'accertamento della responsabilità extracontrattuale dello Stato italiano, per mancata attuazione della Direttiva UE n. 82/76 e conseguente risarcimento del danno, subito dagli attori; in ipotesi, ancora, indennizzo per ingiustificato arricchimento o risarcimento in forma specifica, consistente nel riconoscimento dei titoli, derivanti dall'attività lavorativa prestata nelle strutture di riferimento.

Nel costituirsi in giudizio, l'appellante ha eccepito la prescrizione dei diritti dei medici specializzandi, indicati nell'intestazione e in subordine, ha sostenuto la non corretta individuazione, quale *dies a quo*, ai fini del decorso del termine di prescrizione, non già il conseguimento del diploma di specializzazione, bensì quello in cui si era concretamente verificato il pregiudizio. (*Omissis*).

L'appello principale è infondato.

L'eccezione di prescrizione, già proposta dall'Avvocatura dello Stato in primo grado e riproposta in questo grado del giudizio, è infondata, alla luce della più recente giurisprudenza della Corte di Cassazione in materia.

La prescrizione non è quinquennale ma decennale, secondo l'orientamento più recente della Corte Suprema, che questa Corte ritiene di condividere.

"Il diritto al risarcimento del danno da inadempimento della direttiva n. 82/76/CEE, riassuntiva delle direttive 16 giugno 1975, n. 75/362/CEE e n. 75/363/CEE, spettante ai soggetti che avevano seguito corsi di specializzazione medica iniziati negli anni dal 1° gennaio 1983 all'anno accademico 1990-1991 in condizioni tali che, se detta direttiva fosse stata attuata, avrebbero acquisito i diritti da essa previsti, si prescrive nel termine di dieci anni decorrente dal 27 ottobre 1999, data di entrata in vigore dell'art. 11 della legge 19 ottobre 1999, n. 370, che ha dato attuazione a tali direttive." (Cassazione, sezione III, sentenza n. 16104 del 26/06/2013).

"Il diritto al risarcimento del danno da inadempimento della direttiva n. 82/76/CEE, riassuntiva delle direttive 16 giugno 1975, n. 75/362/CEE e n. 75/363/CEE, spettante ai soggetti che avevano seguito corsi di specializzazione medica iniziati negli anni dal 1° gennaio 1983 all'anno accademico 1990-1991 in condizioni tali che, se detta direttiva fosse stata attuata, avrebbero acquisito i diritti da essa previsti, si prescrive nel termine di dieci anni decorrente dal 27 ottobre 1999, data di entrata in vigore dell'art. 11 della legge 19 ottobre 1999, n. 370. In riferimento a detta situazione, nessuna influenza può avere la soprav-

venuta disposizione di cui all'art. 4, comma 43, della legge 12 novembre 2011, n. 183 – secondo cui la prescrizione del diritto al risarcimento del danno da mancato recepimento di direttive comunitarie soggiace alla disciplina dell'art. 2947 cod. civ. e decorre dalla data in cui il fatto, dal quale sarebbero derivati i diritti se la direttiva fosse stata tempestivamente recepita, si è effettivamente verificato – trattandosi di norma che, in difetto di espressa previsione, non può che spiegare la sua efficacia rispetto a fatti verificatisi successivamente alla sua entrata in vigore (1° gennaio 2012). (*Omissis*).

(1-2) Risarcimento del danno da mancato recepimento di direttiva in favore dei medici specializzandi: punti fermi e questioni ancora aperte.

1. Con la pronuncia che si annota, la Corte di Appello di Perugia ha avuto modo di occuparsi di una tematica che tiene banco nella giurisprudenza di merito e di legittimità da almeno un decennio, e che ha catturato l'attenzione della dottrina per le sue rilevanti implicazioni dogmatiche su diversi versanti di diritto europeo e civile.

Trattasi della vicenda dei medici iscritti a corsi di specializzazione nell'intervallo di tempo tra il 1983 ed il 1991, rispettivamente l'anno entro il quale il legislatore italiano avrebbe dovuto recepire la direttiva 82/76/CEE, che ha modificato le direttive 75/362/CEE e 75/363/CEE, prevedente una forma di retribuzione in favore dei soggetti iscritti a tali corsi[1], e l'anno

---

[1] Più precisamente, la direttiva del Consiglio 16 giugno 1975, 75/362/CEE (in prosieguo: la «direttiva "riconoscimento"»), mira al riconoscimento reciproco dei diplomi, certificati e altri titoli di medico e comporta misure destinate ad agevolare l'esercizio effettivo del diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi. La direttiva del Consiglio 16 giugno 1975, 75/363/CEE (in prosieguo: la «direttiva "coordinamento"»), mira, da parte sua, al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative attinenti alle attività di medico. Entrambe sono state modificate, in particolare, dalla direttiva 82/76.

L'art. 2, n. 1, della direttiva «coordinamento», come modificato dall'art. 9 della direttiva 82/76, dispone in particolare che la formazione che permette il conseguimento di un diploma, certificato o altro titolo di medico specialista deve soddisfare le condizioni ivi menzionate. Vi si richiede in particolare, alla lett. c), che la formazione si svolga «a tempo pieno e sotto il controllo delle autorità o degli enti competenti, conformemente al punto 1 dell'allegato».

L'allegato alla direttiva «coordinamento», aggiunto dall'art. 13 della direttiva 82/76 e intitolato «Caratteristiche della formazione a tempo pieno e della formazione a tempo ridotto dei medici specialisti», dispone quanto segue:

«*1. Formazione a tempo pieno dei medici specialisti*

Essa si effettua in posti di formazione specifici riconosciuti dalle autorità competenti.

in cui il legislatore ha provveduto a recepire (parzialmente) le norme di derivazione europea (con D.Lgs. 257/1991).

L'avverbio "parzialmente" ha il suo peso: è infatti proprio dalla parziale omissione del legislatore che è scaturita l'intricata e annosa questione dei medici specializzandi. Precisamente, l'art. 6, n. 1, del decreto legislativo prevede una borsa di studio pari a circa 21 milioni delle vecchie Lire, ma il successivo art. 8, n. 2 precisa che le disposizioni del decreto si applicano a decorrere dall'anno accademico 1991/92. Pertanto, il diritto ad una "adeguata remunerazione", dalla direttiva del 1982 chiaramente riconosciuto a tutti gli specializzandi frequentanti di corsi con le caratteristiche delineate dalle direttive sopra viste, è stato assicurato dal legislatore italiano soltanto agli iscritti dall'anno accademico 1991/92 in poi.

Nel caso di specie, ventuno medici nel maggio del 2001 avevano adito il Giudice del Lavoro di Perugia per ottenere l'accertamento della responsabilità da fatto illecito dello Stato italiano per mancata attuazione della direttiva e conseguente condanna al risarcimento del danno.

I convenuti (ossia la Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, il Ministero dell'Economia e delle Finanze, il Ministero della Salute nonché l'Università degli Studi di Perugia) eccepivano, nel merito, l'intervenuta prescrizione delle situazioni giuridiche azionate, pari a cinque anni.

Il Giudice del lavoro, riconosciutosi incompetente, disponeva il mutamento di rito in favore del giudice ordinario. Il Tribunale di Perugia, con sentenza n. 1367/2010, accoglieva le domande di quasi tutti i medici attori. In particolare, il Giudice di primo grado, conformandosi alla sentenza n. 9147/2009 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, di pochi mesi precedente, qualificava la responsabilità come contrattuale, e fissava il *dies a quo* della prescrizione (ordinaria, e quindi decennale) nel momento in cui i singoli medici aveva conseguito l'attestato di specializzazione. Proprio in ragione di tale fissazione del termine iniziale di decorrenza, venivano respinte soltanto le domande di tre dei medici attori in giudizio, i quali avevano conseguito il proprio diploma di specializzazione tra il 1986 e il 1989, e quindi oltre dieci anni prima dall'attivazione del giudizio.

La sentenza n. 1367/2010 era fatta oggetto sia di appello principale da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri, sia di appello incidentale da parte dei ventuno medici. Entrambi gli appelli erano incentrati sul *dies a quo* prescrizionale: per la Presidenza, la prescrizione avrebbe dovuto decorrere non dal giorno del conseguimento del diploma, ma da quello in

---

Essa implica la partecipazione alla totalità delle attività mediche del servizio nel quale si effettua la formazione, comprese le guardie, in modo che lo specialista in via di formazione dedichi a tale formazione pratica e teorica tutta la sua attività professionale per l'intera durata della normale settimana lavorativa e per tutta la durata dell'anno, secondo le modalità fissate dalle autorità competenti. Tale formazione forma pertanto oggetto di una adeguata rimunerazione».

cui concretamente si era verificato il pregiudizio; per i medici, viceversa, il termine di decorrenza avrebbe dovuto slittare ancora più avanti.

La Corte d'appello, nella sentenza che si annota, ha dichiarato infondato l'appello principale, sostanzialmente in base agli stessi argomenti portati dal giudice di prime cure. L'appello incidentale veniva invece dichiarato inammissibile perché proposto oltre i termini di legge.

La (pur sintetica) pronuncia rappresenta l'occasione per fare il punto sull'annosa tematica del risarcimento del danno per mancato recepimento di direttiva non *self-executing* da parte di uno Stato membro.

Punto di partenza non può che essere, brevemente, la giurisprudenza europea riguardante la responsabilità dello Stato inerte nel recepimento delle medesime.

2. Come oltremodo noto, a fine anni '80 era ormai pacifico che, in caso di mancato recepimento di direttiva avente carattere *self-executing*, il cittadino non fosse privo di tutela, ed anzi potesse far valere in giudizio il diritto riconosciutogli dalla normativa di derivazione comunitaria e non contemplato (se non addirittura avversato) dalla normativa interna, potendo contare sul potere del giudice di disapplicare quest'ultima[2]. Permaneva, invece, privo di tutela il soggetto che si vedeva attribuire un diritto da una direttiva non avente efficacia diretta, essendo per forza di cose necessario un atto di recepimento interno da parte dello Stato di appartenenza.

Anche questo vuoto di tutela è stato colmato dalla Corte di Giustizia, in nome del principio della primazia del diritto comunitario. Ci si riferisce alla notissima sentenza Francovich[3], intervenuta proprio nel 1991 in una fattispecie avente per protagonista l'Italia e il mancato recepimento entro il termine di una direttiva in materia lavoristica. In buona sostanza, la Corte di Lussemburgo ha giudicato in linea con i Trattati il riconoscimento di una responsabilità in capo allo Stato che abbia cagionato un danno ad un proprio cittadino a causa del mancato recepimento di una direttiva non auto-esecutiva ma purtuttavia implicante un diritto in favore dello stesso.

Il principio di diritto enunciato dalla Corte di Giustizia è stato successivamente ribadito[4] ed oggi costituisce un dato assolutamente non conte-

---

[2] Con riferimento all'evoluzione del concetto di direttiva comunitaria ed alla nascita del suo carattere auto-esecutivo, si vedano Ballarino, *Direttive comunitarie*, in *Enc. giur. Treccani*; Mori, *sub* art. 288, in Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea*, Milano, 2014, 2258 ss.; Saulle, *Direttiva comunitaria*, in *Enc. dir.*, *Agg. II*, Milano, 1998, 292 ss. Per una trattazione manualistica, si vedano Draetta, *Elementi di diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2009, 270; Adam - Tizzano, *Lineamenti di diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2010, 146.

[3] CGCE, 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich c. Gov. Italia*, in *Giur. It*., 1993, I, 1, 1585.

[4] Ci si riferisce, in particolare, a CGCE, 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/96, *Brasserie du pecheur c. Rep. Fed. Germania*, in *Danno resp*., 1996, 304.

stato. Piuttosto, si è a lungo dibattuto in ordine a profili specifici relativi a tale responsabilità, *in primis* quello relativo alla sua natura e, in seguito, quello inerente il termine iniziale di decorrenza della prescrizione del diritto risarcitorio. Profili giuridici sui quali la giurisprudenza di merito e di legittimità ha avuto modo di cimentarsi proprio grazie alla vicenda che ha visto per protagonisti i medici specializzandi.

3. L'affermazione da parte della giurisprudenza comunitaria dell'esistenza di una responsabilità ascrivibile all'inerzia o comunque ad un'inadempienza commessa dal legislatore, in un primo momento è stata accolta dalla giurisprudenza interna con un certa freddezza. Ciò, essenzialmente, è dipeso dall'imbarazzo da parte dei giudici nel condannare il legislatore.

Il tema della responsabilità del legislatore non è certo nuovo[5], ed in passato era risolto nel senso che tale funzione fosse sottratta a qualsiasi tipo di responsabilità che non fosse quella politica[6]. Tale considerazione era assolutamente granitica in un sistema costituzionale tipicamente novecentesco, avente la Costituzione al suo apice e, al secondo gradino, la legge ordinaria.

Specchio di tale visione è, appunto, la prima giurisprudenza, anche successiva al caso Francovich, la quale insisteva nel negare la configurabilità di una qualche forma di responsabilità in capo allo Stato in relazione al mancato recepimento entro i termini di una direttiva comunitaria[7].

Il passaggio ad un sistema delle fonti notevolmente più complesso in virtù della sempre più incisiva attività dell'Unione Europea e, più nello specifico, della Corte di Giustizia, ha tuttavia mutato il quadro. Infatti, la Corte di Lussemburgo ha progressivamente posto maggiori vincoli in capo al legislatore, *in primis* attraverso la costruzione della categoria di direttive *self-executing* e, in seguito, con il riconoscimento di un diritto al risarcimento del danno per mancato recepimento di direttiva non auto-esecutiva. Non

---

[5] Per uno studio complessivo, anche con spunti comparatistici, sulla responsabilità del legislatore si veda Bifulco, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, Padova, 1999.

[6] Cfr., però, Id., *op. ult. cit.,* 45 ss., il quale evidenzia come il principio della irresponsabilità del legislatore ha cominciato concettualmente a venir meno con la morte del dogma della supremazia della legge, di matrice illuministica, grossomodo coeva alla nascita dello Stato pluriclasse.

[7] Si vedano, *ex plurimis,* Cass., Sez. lav., 11 ottobre 1995, n. 10617*,* in *Foro it*., 1996, I, 503; Cass., 7 luglio 1998, n. 6613, in *Foro it*., 1998, I, 2790; Cass., 10 febbraio 1998, n. 1366 e Cass., 9 gennaio 1997, n. 133*, ibidem*, I, 1469; Cass., 1° aprile 2003, n. 4915, in *Foro it*., 2003, I, 2015.

Questa giurisprudenza, e soprattutto l'argomentazione sottesa alle sue conclusioni, è stata sottoposta a serrate critiche da parte di autorevole dottrina. Cfr., per tutti, Roppo, *La responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario (con una trasgressione nel campo dell'illecito "costituzionale" del legislatore)*, in *Contr. e impr./Europa,* 1999, 118.

è allora più vero che il potere legislativo del Parlamento italiano incontra come limiti soltanto quelli fissati dalla Costituzione, e quindi dalla *Grundnorm* dell'ordinamento interno, dovendo di fatto attenersi a dei vincoli che provengono dall'esterno.

La dottrina ha così cominciato più convintamente ad esprimersi in favore del riconoscimento di una forma responsabilità per lo Stato inadempiente[8]. Tesi poi (necessariamente) filtrata nella giurisprudenza.

E così, successivamente, la Corte di Cassazione si è dimostrata più sensibile agli approdi della assolutamente inequivocabile giurisprudenza della Corte di Giustizia, non negando affatto la configurabilità di una responsabilità di tal fatta. Piuttosto, non vi è stata univocità di vedute circa la qualificazione giuridica di questa forma di responsabilità.

Un primissimo orientamento[9], col tempo largamente emarginato, escluse l'inquadrabilità del mancato recepimento di direttiva non *self-executing* nell'area dell'illecito civile. Ciò sull'assunto che i due ordinamenti, comunitario e interno, sarebbe autonomi e distinti, secondo l'insegnamento della Corte costituzionale[10], di talché «il comportamento del legislatore e suscettibile di essere qualificato come antigiuridico nell'ambito dell'ordinamento comunitario, ma non alla stregua dell'ordinamento interno, secondo principi fondamentali che risultano evidenti nella stessa Costituzione».

L'orientamento a lungo prevalente, tuttavia, è stato quello che è ha

---

[8] Oltre alle già viste riflessioni di Roppo, si possono richiamare quelle di Franzoni, *L'illecito*, in *Tratt. Resp. civ.*, 846: «Può sembrare anacronistico che l'illecito sia causato da colui che, proprio con la legge, stabilisce il discrimine fra il lecito e l'illecito. In altri termini può sembrare curioso che l'esercizio del potere sovrano possa essere fonte di danni: il legislatore deve essere estraneo a qualsivoglia pretesa. A questo rilievo si può replicare che lo Stato moderno è Stato di diritto proprio perché crea il diritto al quale esso stesso è sottoposto. Sicché anche il legislatore è soggetto alla legge e, qualora a questa contravvenga, può incorrere in responsabilità». Ambedue gli autori, dichiarandosi quindi favorevoli alla responsabilità dello Stato per omesso o scorretto recepimento di direttiva, tuttavia si mostrano cauti nel riconoscere una figura generale di responsabilità in capo allo Stato-legislatore (ad es., per aver approvato una legge incostituzionale, per aver fatto decadere un decreto legge). Sul punto, Roppo, *La responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario (con una trasgressione nel campo dell'illecito "costituzionale" del legislatore)*, cit., 118 ss.; Franzoni, *L'illecito,* cit., 852 s. Nello stesso senso, nella dottrina costituzionale, Bifulco, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, cit., 207 ss.

[9] Si vedano Cass., 5 ottobre 1006, n. 8739, in *Danno resp*., 1997, 2, 254; similmente, Cass. 11 ottobre 1995, n. 10617, in *Foro it*., 1996, I, 503.

[10] Ci riferisce, chiaramente, alla sentenza n. 170 del 1984, meglio nota come sentenza Granital, culmine di un lungo dialogo tra il nostro Giudice delle Leggi e la Corte di Lussemburgo, in cui la Consulta, appunto sposando la tesi dualistica, ravvisò la reciproca autonomia tra ordinamento interno e comunitario, di talché il rapporto tra fonti interne e fonti europee immediatamente ad efficacia diretta andrebbe risolto in base (non al criterio cronologico, né al criterio gerarchico, ma) al criterio di competenza.

ricondotto la fattispecie in esame all'art. 2043 c.c. e, quindi, al regime giuridico proprio dell'illecito aquiliano[11].

In questo quadro complessivo si inserisce la sentenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 9147/2009[12]. Le SS.UU., dopo aver richiamato gli indirizzi giurisprudenziali sul punto, hanno deciso di dare seguito a quello minoritario. Ciò, essenzialmente, in base all'adesione al modello dualistico dei rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento interno, giudicati, appunto, come due ordinamenti tra di loro assolutamente distinti. Di talché, il mancato recepimento della direttiva comunitaria entro i termini prescritti costituisce sì un illecito a livello europeo, ma non nell'ambito dell'ordinamento interno, ove tale comportamento si caratterizza come l'inadempimento di un'obbligazione *ex lege*. La responsabilità avrebbe dunque «*natura indennitaria per attività non antigiuridica*»[13] o,

---

[11] Si vedano, a mero titolo esemplificativo e limitandoci ad alcune tra le pronunce più recenti, Cass., Sez. lav., 5 ottobre 1996, n. 8739, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, 1031; Cass., 16 maggio 2003, n. 7630, in *Danno resp*., 2003, 719; Cass., 12 febbraio 2008, n. 3283, in *Resp. civ. e prev*., 2008, 1578 ss.; Cass., 11 marzo 2008, n. 6427, in *Arg. dir. lav.,* 2009, II, 531 ss. Frequente la massima in base alle quale «in tema di risarcibilità del danno subìto dal singolo in conseguenza della mancata attuazione di direttiva comunitaria non autoesecutiva da parte del legislatore italiano, deve riconoscersi il diritto del privato al risarcimento del danno *ex* art. 2043 c.c., sia che l'interesse leso giuridicamente rilevante sia qualificabile come interesse legittimo sia come diritto soggettivo, qualora lo Stato-membro non abbia adottato i provvedimenti attuativi nei termini previsti dalla direttiva stessa e allorché si verifichino le seguenti condizioni, conformemente ai principi più volte enunciati dalla corte di giustizia: a) che la direttiva preveda l'attribuzione di diritti in capo ai singoli soggetti; b) che tali diritti possano essere individuati in base alle disposizioni della direttiva; c) che sussista il nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo a carico dello Stato e il pregiudizio subìto dal soggetto leso».

[12] Cass., Sez. un., 17 aprile 2009, n. 9147, in *Foro it.*, 2010, I, 74 s., con nota di Scoditti, *La violazione comunitaria dello Stato tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*; in *Corr. giur.*, 2009, 1345 s., con nota di di Majo, *Contratto e torto nelle violazioni comunitarie ad opera dello Stato*; in *Europa. dir. priv.*, 2010, 311 s., con nota di Guffanti Pesenti, *Riflessioni in materia di tardiva trasposizione di direttive comunitarie*; in *Danno resp.*, 2010, 19 s. con nota di Conti, *La natura "non illecita" dell'illecito comunitario*; in *Resp. civ.*, 2010, 346 s., con nota di Riccio, *Responsabilità dello Stato per omessa o tardiva o anomala attuazione di direttive comunitaria. Questioni teoriche ed applicazioni pratiche della sua corretta qualificazione*; in *Nuova giur. civ. comm*., 2009, 1012 s., con nota di Pasquinelli, *Le sezioni unite e la responsabilità dello Stato-legislatore*.

[13] Come si vedrà più avanti, l'affermazione secondo la quale il comportamento sarebbe non-antigiuridico per il diritto interno è stato oggetto di non poche critiche dottrinali, tanto che la stessa Corte di cassazione, appena due anni più tardi, ha cercato di correggere il tiro. Ad ogni modo, con tale arresto la Corte pare aver evocato la categoria degli atti leciti dannosi, utilizzata per una variegata serie di ipotesi e da autorevole dottrina non vista di buon occhio. Sul punto, anche per alcuni riferimenti dottrinari, cfr. Continisio, *L'obbligazione "indennitaria" dello Stato per attività "non antigiuridica": nomina sunt consequentia rerum?*, in *Resp. civ.*, 2012, 671.

semplificando, natura *latu sensu* contrattuale[14].

Ora, non sfuggirà certo che questo tipo di soluzione porta con sé notevoli vantaggi nei confronti di parte attrice, che nella fattispecie erano proprio dei medici che avevano frequentato corsi di specializzazione in un periodo antecedente al 1991.

Vantaggi rinvenibili sia sotto il profilo probatorio[15] sia, soprattutto, nel diverso regime prescrizionale applicabile, essendo il termine prescrizionale ordinario, connesso ai crediti derivanti da inadempimento, doppio rispetto a quello che il codice civile riserva ai crediti aventi come fonte un fatto illecito. In effetti, non sembra scorretto affermare che la Cassazione sia stata mossa anche e soprattutto da esigenze di giustizia sostanziale[16].

Non sono mancate in dottrina note critiche alla soluzione cui è pervenuta la Corte di Cassazione in questo arresto[17]. Tra di esse, la più penetrante,

---

[14] Così concludono le Sezioni Unite: «In conclusione, per realizzare il risultato imposto dall'ordinamento comunitario con i mezzi offerti dall'ordinamento interno, si deve riconoscere al danneggiato un credito alla riparazione del pregiudizio subito per effetto del c.d. fatto illecito del legislatore di natura indennitaria, rivolto, in presenza del requisito di gravità della violazione ma senza che operino i criteri di imputabilità per dolo o colpa, a compensare l'avente diritto della perdita subita in conseguenza del ritardo oggettivamente apprezzabile e avente perciò natura di credito di valore, rappresentando il danaro soltanto l'espressione monetaria dell'utilità sottratta al patrimonio. Ne consegue che la pretesa risarcitoria azionata dal C., insorta nel momento in cui il pregiudizio si è verificato, è assoggettata al termine di prescrizione ordinaria (decennale) perché diretta all'adempimento di un'obbligazione ex lege (di natura indennitaria), riconducibile come tale all'area della responsabilità contrattuale».

[15] È ben noto, infatti, che il modello di responsabilità *ex* art. 1218 c.c. ripartisce l'onere probatorio sbilanciandolo in sfavore del debitore. Per il creditore, infatti, è sufficiente provare il titolo su cui si fonda l'obbligazione, dovendo semplicemente allegare la sussistenza dell'inadempimento posto in essere dal debitore; spetterà invece a quest'ultimo dimostrare che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile. Viceversa, nel modello sotteso alla responsabilità extracontrattuale al creditore (ossia il danneggiato) spetta provare l'esistenza del fatto dannoso, ivi compreso il nesso causale che lega l'azione (l'omissione) al danno, nonché, soprattutto, il dolo o la colpa del debitore danneggiante.

[16] Nello stesso senso Pasquinelli, *Le sezioni unite e la responsabilità dello Stato-legislatore*, cit.

[17] Numerosi i commenti, prevalentemente critici, della dottrina. Si segnalano i contributi di Riccio, *Responsabilità dello Stato per omessa o tardiva o anomala attuazione di direttive comunitaria. Questioni teoriche ed applicazioni pratiche della sua corretta qualificazione*, cit.; Pasquinelli, *Le sezioni unite e la responsabilità dello Stato-legislatore*, cit.; Conti, *La natura "non illecita" dell'illecito comunitario*, cit.; Guffanti Pesenti, *Riflessioni in materia di tardiva trasposizione di direttive comunitarie*, cit., 327 ss.; di Majo, *I diritti dei medici specializzandi e lo Stato inadempiente*, in *Corr. giur.*, 2011, 1429; Di Todaro, *Sulla responsabilità dello Stato per omessa o inesatta trasposizione di direttiva comunitaria e sulla irretroattività dei termini di prescrizione*, in *Giur. cost.*, 2012, 2398-2409.

oltreché delicata, è quella che poggia sull'assunto in base al quale oggi non sarebbe più sostenibile il modello dualista, che vede i due ordinamenti – comunitario ed interno – tra di loro autonomi e separati. In effetti, non può non evidenziarsi come, nei suoi più recenti arresti, la Corte Costituzionale sembri aver abbandonato la tesi dualistica del rapporto tra ordinamento euro-unitario ed ordinamento interno, preferendo parlare (in adesione alla tesi monistica) di un unico ordinamento integrato.

In particolare, inevitabile il richiamo alla sentenza n. 86 del 2012[18], in cui la Consulta supera senza ambiguità di sorta la posizione da essa assunta nella sentenza Granital circa i rapporti tra ordinamenti. Invero, ivi può leggersi che «il testo dell'art. 117, primo comma, Cost., introdotto dalla legge costituzionale del 18 ottobre 2001, n. 3 (Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione)[…] ha ribadito che tali vincoli si impongono al legislatore nazionale (statale, regionale e delle Province autonome). Da tale quadro normativo costituzionale consegue che, con la ratifica dei Trattati comunitari, l'Italia è entrata a far parte di un ordinamento giuridico autonomo e coordinato con quello interno, ed ha trasferito, in base al citato art. 11 Cost., l'esercizio di poteri, anche normativi, nelle materie oggetto dei Trattati medesimi. Le norme dell'Unione europea vincolano in vario modo il legislatore interno, con il solo limite dell'intangibilità dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inviolabili dell'uomo, garantiti dalla Costituzione (*ex plurimis*: sentenze n. 102 del 2008; nn. 349, 348 e 284 del 2007; n. 170 del 1984)»[19].

Dato per acquisito, dunque, che la tesi dualistica è ormai tramontata, v'è da osservare che alla soluzione cui sono pervenute le Sezioni Unite – che

---

[18] Corte cost., 12 aprile 2012, n. 86, in *Foro it.*, 2012, 6, 1, 1639.

[19] Categorica la conclusione che da questo quadro complessivo trae Celotto, *La dimensione europea delle fonti del diritto,* in *www.federalismi.it*, secondo il quale «il quadro delle fonti è necessariamente unitario e non è più tempo per arroccarsi in precisazione e distinguo. La Corte sviluppa il proprio ruolo di giudice anche del diritto comunitario, mettendo definitivamente da parte i rischi di isolazionismo che discendevano dalle posizioni del decennio scorso. Le fonti vanno lette in una dimensione europea in cui il modello giustiziale si è ampliato, nel dialogo (costruttivo) e nel conflitto (latente) con le Corti sovranazionali. Un sistema europeo di fonti non può essere applicato che da una struttura di giudici europeo, in cui i giudici italiani debbono partecipare in fase ascendente e discendente. Senza remore».

V'è da segnalare, peraltro, che secondo parte della dottrina la prima svolta nel senso indicato nel testo da parte della Corte costituzionale c'è stato con la sentenza 102/2008 e la successiva ordinanza 103/2008, con cui la Corte, in un giudizio in via principale, ha statuito la possibilità in capo alla stessa di sollevare una questione pregiudiziale innanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Sulla rilevanza di tali arresti si rinvia a Pesole, *La Corte Costituzionale ricorre per la prima volta al rinvio pregiudiziale. Spunti di riflessione sull'ordinanza n.103 del 2008*, in *www.federalismi.it*. Con specifico riguardo ai risvolti delle medesime sul piano dei rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario, invece, Bartole, *Pregiudiziale comunitaria ed "integrazione" di ordinamenti*, in *Le Regioni*, 2008, 898-903.

pure nel loro *iter* argomentativo sembrano aver fatto leva sull'autonomia reciproca tra i due ordinamenti – può pervenirsi persino con maggiore coerenza sistematica proprio postulando l'integrazione tra ordinamento interno ed ordinamento europeo.

Infatti, può senz'altro sostenersi che, in questo mutato sistema delle fonti e dei rapporti tra Europa e Stato italiano, quest'ultimo assuma un obbligo di recepimento della direttiva non già soltanto nei confronti dell'Europa medesima, ma anche e soprattutto nei confronti dei propri cittadini. Com'è stato correttamente evidenziato, infatti, «la corretta ricostruzione dei rapporti tra i due ordinamenti in chiave di responsabilità contrattuale dovrebbe seguire i seguenti passaggi: la posizione della norma europea non self-executing determina l'insorgere a carico dello Stato a) non soltanto dell'obbligo per così dire pubblicistico – in quanto operante nei confronti dell'Unione europea – al puntuale adeguamento del diritto interno, b) ma anche dell'obbligo – sempre di marca europea – di natura privatistica alla riparazione degli eventuali danni subiti dai beneficiari della norma nell'eventualità della mancata o inesatta attuazione della direttiva europea, c) sicché tale ultima condotta si riflette nel diritto interno e si traduce nell'obbligo dello Stato di ristorare i beneficiari, il quale pertanto assume i contorni di un effetto della responsabilità per inadempimento implicito nella duplice valenza dell'imposizione del vincolo di adeguare il diritto interno al diritto dell'Unione»[(20)].

Appunto, si verifica da parte dello Stato la violazione di un obbligo precostituito nei confronti dei propri cittadini, di talché l'illecito extracontrattuale (e la connessa responsabilità c.d. del passante) non si rivela idonea a fondare la responsabilità per mancato recepimento di direttiva comunitaria[(21)].

[(20)] Così Piraino, *L'inadempimento dello Stato all'obbligo di attuazione delle direttive europee delle direttive europee e il problema del risarcimento del danno*, in *Europa. dir. priv.*, 2012, 3, 747 s. Sostanzialmente nello stesso senso Riccio, *Responsabilità dello Stato per omessa o tardiva o anomala attuazione di direttive comunitaria. Questioni teoriche ed applicazioni pratiche della sua corretta qualificazione*, cit.

[(21)] Questa linea di pensiero è stata successivamente fatta propria dalla stessa Corte di cassazione. In particolare, con la sentenza 10813/2011 (la quale, sotto il profilo pratico, assume rilievo per aver spostato in avanti in maniera rilevante il *dies a quo* del termine prescrizionale, come si vedrà *infra*) i giudici di legittimità hanno preso in considerazione le critiche dottrinali, innescando una sorta di dialogo costruttivo.

La Corte, esordendo con la precisazione che la dottrina avrebbe "frainteso" il senso dell'arresto delle Sezioni Unite del 2009, ha infatti chiarito che quest'ultime non avevano affatto inteso negare il carattere di anti-giuridicità alla condotta dello Stato, ma piuttosto rilevato che tale condotta anti-giuridica non è riconducibile all'area extracontrattuale, sussistendo un previo obbligo giuridico dello Stato nei confronti dei propri cittadini, consistente proprio nel recepimento delle direttive comunitarie. Rapporto obbligatorio riconducibile ai "fatti" di cui all'art. 1173 c.c.;

4. Negli arresti successivi al 2009 la Suprema Corte di cassazione non ha affatto capitolato di fronte alle (pur numerose) critiche dottrinali, confermando pressoché unanimemente il carattere indennitario e *latu sensu* contrattuale della responsabilità da ascrivere allo Stato in caso di mancato recepimento di direttiva comunitaria non *self-executing*. Anzi, di più: potremmo dire che la Corte ha rilanciato, sempre spinta (ed anzi stavolta in maniera assolutamente palese) dalle già evidenziate esigenze di giustizia sostanziale, *id est* di maggior tutela possibile in favore dei medici specializzandi.

La pronuncia simbolo di tale "rilancio" è la già citata sentenza n. 10813 del 2011, la quale, appunto, ha segnato un ulteriore (e decisivo) passo in avanti nella tutela della posizione dei medici specializzandi. Se, infatti, la sentenza delle Sezioni Unite del 2009, dando una diversa veste giuridica alla responsabilità, aveva fatto passare il termine prescrizionale da 5 a 10 anni, tale arresto ha inciso sul *dies a quo* del suddetto termine, spostandolo (almeno con riferimento ad alcune posizioni) notevolmente in avanti.

Anzitutto, tale inadempimento viene ritenuto «permanente». Detto altrimenti, nel momento in cui scade il termine per il recepimento della direttiva il legislatore non si trova nell'impossibilità giuridica di determinare il recepimento. La potestà legislativa permane, e quella di non riconoscere i diritti previsti da direttive non auto-esecutive è una scelta squisitamente politica. Così stando le cose, «il diritto al risarcimento del danno per equivalente si ricollega de die in die alla permanenza della condotta di inadempimento. I soggetti interessati legittimamente si trovano in una situazione di attesa e conservano il loro diritto risarcitorio», fintantoché il legislatore non provveda al recepimento.

Dato questo assunto, sembrerebbe quasi automatico concludere, con riferimento alla posizione dei medici specializzandi, che il termine prescrizionale cominci a decorrere dalla data di entrata in vigore del D.Lgs. n. 257/1991, come del resto sostenuto da parte della dottrina e della giurisprudenza. Ad avviso della Corte di cassazione, invece, così non è, dovendosi distinguere due casi, a seconda del tipo di inadempimento (sul lato oggettivo o sul lato soggettivo) posto in essere dal legislatore.

In caso di inadempimento oggettivo (che sussisterebbe allorquando una direttiva viene attuata nei confronti di tutti i soggetti destinatari, ma non tutti i diritti vengono riconosciuti), i creditori dovrebbero ragionevolmente ritenere che lo Stato membro non procederà a successivi atti di adempi-

---

fatti che, precisamente, sono costituiti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Testualmente, «la fonte normativa della idoneità del fatto a produrre l'obbligazione in questione discende direttamente dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, manifestatasi per la prima volta con la nota sentenza 19 novembre 1991, Francovich, cause C-6/90 e C-9-90 e, quindi, precisata - come ricordato dalle Sezioni Unite - dalla sentenza 5 marzo 1996, Brasserie du Pecheur e Factortame 3, cause C-46/93 e C-48/93».

mento. L'inadempimento, in tal caso, è quindi definitivo, e comincerebbe a decorrere il termine prescrizionale (decennale).

In caso di inadempimento soggettivo (ossia quando la legge di recepimento non prende in considerazione tutti i soggetti aventi diritto alla prestazione prevista dalla direttiva), viceversa, chi, ai sensi della direttiva, avrebbe diritto a veder riconosciuto un proprio interesse, continuerebbe a vantare una legittima aspettativa circa il futuro adempimento da parte del legislatore, di talché « la loro condizione resta assolutamente immutata dopo l'adozione dell'atto legislativo de quo». Necessaria conseguenza sarebbe che «il carattere permanente dell'inadempienza quale fonte dell'obbligo risarcitorio non viene in alcun modo meno, perché tale obbligo non è in alcun modo toccato. Così come la prescrizione non correva prima non può correre dopo, perché la situazione dei soggetti in questione è rimasta immutata».

Al termine di questo inquadramento puramente teorico, la Corte di cassazione applica i relativi principi di diritto alla fattispecie dei medici specializzandi.

Da questo punto di vista, occorre considerare che, a seguito di un pronunciamento della Corte di giustizia[22], il legislatore è intervenuto nuovamente sulla materia dopo otto (lunghi) anni, precisamente con l'art. 11 della Legge n. 370 del 1999. La legge ha avuto come effetto non quello di riconoscere il diritto patrimoniale contemplato dalla direttiva a tutti gli specializzandi del periodo 1983-1991, ma quello di allargare la platea degli specializzandi già contemplata dal D.Lgs. 257/1991, ricomprendendovi coloro i quali, ammessi alle specializzazioni dall'anno accademico 1983-1984 all'anno accademico 1990-1991, fossero stati destinatari di talune sentenze favorevoli passate in giudicato del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio.

Ebbene, ancorché anche quest'ulteriore intervento legislativo abbia provveduto ad un adempimento soltanto parziale sotto il profilo soggettivo, la Corte di cassazione ha qualificato la legge del 1999 come un inadempimento definitivo[23].

---

[22] CGCE, 25 febbraio 1999, n. 131, *Carbonari e altri c. Univ. studi Bologna e altri*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 4, 341. I principi di diritto di questa pronuncia sono stati successivamente ribaditi da CGCE, 3 ottobre 2000, n. 371, *Gozza*, in *Foro it.*, 2011, IV, 69.

[23] Così, infatti, conclude il Supremo Collegio: «ebbene, in base alle considerazioni che si sono venute svolgendo, si deve ritenere che l'entrata in vigore della suddetta norma, avvenuta il giorno successivo alla sua pubblicazione in Gazzetta Ufficiale (giusto l'art. 13), cioè il 27 ottobre 1999, abbia determinato una situazione nella quale la condotta di inadempimento dello Stato verso i soggetti esclusi, cioè quelli dei corsi di specializzazione per gli indicati anni accademici estranei ai giudicati richiamati dalla norma, fino a quel momento determinante con efficacia permanente l'obbligo risarcitorio, ha cessato di poter essere ragionevolmente intesa come tale. Con la conseguenza che, essendo divenuto l'obbligo risarcitorio apprezzabile come un effetto della condotta di inadempimento ormai definitivo, si deve ritenere che da tale pubblicazione sia iniziato il decorso della prescrizione ordinaria decennale

Anche ad una lettura non approfondita, sembra cogliersi la sensazione che l'*iter* argomentativo prescelto dalla Suprema Corte sia a tratti forzato. Detto diversamente, non pare profano affermare – come del resto fatto da pressoché unanime dottrina, come a breve si vedrà – che la Suprema Corte abbia "piegato" concetti giuridici formali per andare incontro ad esigenze sostanziali. Lungi dal recitare la mesta parte della "bocca della legge", la Cassazione ha impiegato lo strumento dell'interpretazione per far pendere la bilancia verso la parte dei medici specializzandi che hanno azionato il proprio diritto risarcitorio in un tempo ormai lontano rispetto al 1991 (anno in cui l'inadempimento del legislatore avrebbe potuto ritenersi compiuto) o rispetto all'anno di conferimento del diploma di specializzazione.

Di non secondaria importanza rilevare, peraltro, che non si trattava affatto di una conclusione necessitata dalla giurisprudenza comunitaria, certamente severa nei riguardi del legislatore poco solerte ed attento. Come del resto evidenziato nella stessa pronuncia, infatti, la nota sentenza Emmott[24], coeva della sentenza Francovich, è stata di recente superata da un indirizzo molto meno rigoroso, principalmente rappresentato dalla sentenza Danske Slagterier del 2009[25][25]. Essa, intervenendo su un caso in cui la questione pregiudiziale era stata posta proprio circa l'applicazione di un termine di prescrizione previsto dall'ordinamento interno - quello tedesco - all'azione di risarcimento danni da carente trasposizione di una direttiva, ha statuito che «*il diritto comunitario non osta a che il termine di prescrizione di un'azione di risarcimento nei confronti dello Stato, basata sulla carente trasposizione di una direttiva, inizi a decorrere dalla data in cui i primi effetti lesivi di detta scorretta trasposizione si siano verificati e ne siano prevedibili altri, anche qualora tale data sia antecedente alla corretta trasposizione della direttiva in parola*»[26].

Ictu oculi, il tenore di questa pronuncia, avrebbe dovuto condurre la Corte di cassazione a posizionare il *dies a quo* del termine prescrizionale nel

---

ai sensi dell'art. 2046 c.c., della pretesa risarcitoria, dapprima invece non iniziato perché la condotta di inadempimento era apprezzabile come condotta permanente. Ne discende che il diritto al risarcimento del danno da mancata adeguata remunerazione della frequenza della specializzazione degli specializzandi medici ammessi alle scuole negli anni 1983-1991 si intende prescritto solo alla condizione che i medesimi non abbiano agito giudizialmente o compiuto non abbiano compiuto atti interruttivi del corso della prescrizione decennale entro il 27 ottobre 2009».

[24] CGCE, 25 luglio 1991, C-208/90, *Emmot*, in *eur-lex.europa.eu*

[25] CGCE, Grande Sezione, 14 marzo 2009, C-445-06, *Danske Slagterier*, in *eur-lex.europa.eu*

[26] Ancor più recente è CGCE, 15 maggio 2011, causa C-452/09, in *Foro it.*, 2011, 6, IV, 281, peraltro scaturita da un rinvio pregiudiziale fatto dalla Corte d'Appello di Firenze in relazione proprio al diritto vivente italiano circa il *dies a quo*. Tuttavia, tale sentenza ha optato per una soluzione "pilatesca", essendosi limitata sostanzialmente a sconfessare la tesi secondo la quale il termine iniziale avrebbe dovuto farsi coincidere con la sentenza Carbonari del 1999.

1991, e precisamente nella data di entrata in vigore del D.Lgs. 257/1991, o al più alla data di conseguimento del diploma di specializzazione, se successiva[27]. Ed invece, si ripete, la Corte ha preferito seguire un sentiero più impervio, al fine di salvare dalla mannaia della prescrizione tante pretese azionate, già in precedenza raddoppiata nella sua entità grazie alla riconduzione della responsabilità nell'area contrattuale.

Come si è accennato, anche nei confronti di questa sentenza si è levato un discreto coro di critiche.

Essenzialmente, è il carattere permanente dell'illecito a non convincere, dando vita ad «una sorta di obbligo risarcitorio non ancora conchiuso», giustificato dalla «"perdurante" possibilità che ha l'obbligato di adempiere tardivamente, in via specifica o per equivalente, provvedendo anche al ritardo». Ecco, tale lettura non ha persuaso, poiché «dovrebbero invece essere le sole circostanze fattuali inerenti alla maturazione del diritto (specie con riguardo alle condizioni soggettive dei beneficiari e all'effetto lesivo) a rendere il diritto prescrittibile in linea generale e fermo restando che, in itinere, adempimenti tardivi possono certo ipotizzarsi ma, interferendo, essi, nel percorso prescrizionale, solo per la parte satisfattiva»[28].

Le circostanze fattuali inerenti alla maturazione del diritto, nel caso di specie, sono rintracciabili nel primo intervento di recepimento, il quale ha disvelato la chiara *intentio* da parte del legislatore di non voler tenere conto della posizione dei medici iscritti a corsi di specializzazioni antecedentemente al 1991. Una *intentio* vieppiù chiara se si considera che il legislatore, a suo tempo, si decise ad intervenire soltanto a seguito di una pronuncia della Corte di Giustizia (sentenza 7 luglio 1987, C-49/86) la quale aveva dichiarato che la Repubblica Italiana, non avendo adottato nel termine prescritto le disposizioni necessarie, era venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza del Trattato.

L'astratta possibilità da parte del legislatore di intervenire nuovamente, questa volta prendendo in considerazione ogni situazione, nel pieno rispetto della direttiva comunitaria, non vale certo a spostare in avanti il termine prescrizionale[29]. La collocazione del *dies a quo* nel 1999, e precisamente

---

[27] In realtà, il panorama giurisprudenziale in ordine al termine iniziale di decorrenza della prescrizione è a dir poco variegato. Una sintesi del quadro piuttosto completa la si può trovare in La Malfa Ribolla, *Ritardata attuazione delle direttive comunitarie e adeguata remunerazione dei medici specializzandi: tra prescrizione del diritto ed effettività della tutela*, in *Resp. civ*., 2012, 596 s.

[28] Tutte le citazioni sono di di Majo, *I diritti dei medici specializzandi e lo Stato inadempiente*, cit., 1440.

[29] *Mutatis mutandis*, sarebbe come dire che se un creditore ricco e facoltoso, alla scadenza di termine ultimo per il pagamento, decide di corrispondere soltanto metà del (modico) importo pattuito, la prescrizione del diritto al residuo comincerebbe a decorrere non dal momento della parziale elargizione, ma da un momento successivo, dal quale potrebbe trarsi la chiara volontà di non voler adempiere l'obbligazione.

con la data di entrata in vigore di una nuova legge disciplinante la situazione dei medici, appare piuttosto arbitraria proprio alla luce delle stesse premesse edificate dalla Corte. Invero, così come l'intervento legislativo del 1991 non avrebbe dato certezza circa la non-volontà di recepire la direttiva, allo stesso modo il successivo intervento, pur condizionato dalla sentenza Carbonari, avrebbe potuto anch'esso reputarsi parziale e tale da ingenerare negli specializzandi ancora privi di tutela l'aspettativa circa un futuro interessamento da parte del Parlamento.

5. Se la giurisprudenza successiva si è sostanzialmente conformata all'arresto del 2011[30], lo stesso non vale per il legislatore, tutt'altro che deciso ad accettare "l'ultima parola" sulla questione. Ciò per la semplice ragione che il combinato tra responsabilità contrattuale (e quindi prescrizione decennale) e *dies a quo* ravvicinato ha rimesso in gioco molte azioni risarcitorie date per morte, con evidenti riflessi sull'erario pubblico.

Ecco così che è intervenuto l'art. 4, comma 43, della Legge n. 183 del 2011, ai sensi del quale «la prescrizione del diritto al risarcimento del danno derivante da mancato recepimento nell'ordinamento dello Stato di direttive o altri provvedimenti obbligatori comunitari soggiace, in ogni caso, alla disciplina di cui all'articolo 2947 del codice civile e decorre dalla data in cui il fatto, dal quale sarebbero derivati i diritti se la direttiva fosse stata tempestivamente recepita, si è effettivamente verificato».

Ora, a parte l'interpretabile passaggio circa il *dies a quo*, forse inidoneo a porre nel nulla la ricostruzione giurisprudenziale sull'illecito permanente, il riferimento all'art. 2947 non lascia adito a dubbi: quale che sia la natura che la giurisprudenza voglia dare a tale responsabilità, la prescrizione è pari a cinque anni.

Come da altri correttamente osservato, «l'azione dirimente del Parlamento nazionale avrebbe dovuto, quindi, provocare un ripensamento della stessa *ratio decidendi* elaborata nelle sentenze in oggetto»[31]. Così, però, non è stato[32].

---

[30] Cfr., *ex multis*, Cass., 20 luglio 2012, n. 12725, in *Resp. civ.*, 2012, 707; Cass., 26 giugno 2013, n. 16104, in *Cass. civ. on line*; Cass., 10 luglio 2013, n. 17068, *ivi*; Cass., ord. 20 marzo 2014, n. 6606, *ivi*. Si veda, però, *contra*, Cass., Sez. lav., 15 aprile 2013, n. 9071, *ivi*, secondo cui il termine prescrizionale (decennale) comincia a decorrere dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 257/1991.

[31] Lazari, *Il giudice complesso e la responsabilità dello Stato*, in *Danno resp.*, 2012, 1228.

[32] Per un isolato esempio di sentenza della giurisprudenza di merito che ha qualificato la disposizione richiamata come norma di interpretazione autentica si veda Trib. Roma, 12 aprile 2012, n. 7347, in *Giur. cost.*, 2012, 2389 ss., con nota di Di Todaro, *Sulla responsabilità dello Stato per omessa o inesatta trasposizione di direttiva comunitaria e sulla irretroattività dei termini di prescrizione*, cit.

Invero, da un lato la Corte di cassazione ha dato seguito all'impostazione complessiva circa la natura della responsabilità ascrivibile allo Stato cristallizzatasi con la sentenza 10813/2011, confermando cioè il suo carattere indennitario e la sua riconduzione nell'area contrattuale e, conseguentemente, l'applicazione del termine ordinario di prescrizione. Dall'altro lato, è stato escluso che l'intervento legislativo potesse incidere sulle ipotesi di inadempimento verificatesi anteriormente, non trattandosi di una disposizione di interpretazione autentica[33].

Il risultato è stato in sostanza il seguente. Il legislatore, pur adottando una norma a carattere generale, è intervenuto per arginare le azioni risarcitorie esperite dai medici specializzandi; la giurisprudenza, optando per l'opzione ermeneutica sopra vista, ha invece impedito che tale norma si applicasse proprio ai medici specializzandi.

6. A seguito dell'arresto del 2011, dunque, sembra ormai consolidato un orientamento giurisprudenziale particolarmente favorevole per i medici specializzandi. Rimane da vedere se l'orizzonte della tutela possa essere ulteriormente ampliato o se, piuttosto, proprio con la sentenza 10813/2011 è stato raggiunto l'apice.

Invero, a ben esaminare la Direttiva 82/76/CEE, possono rintracciarsi ulteriori margini di estensione della tutela, con riguardo a quei medici i quali abbiano frequentato corsi di specializzazione antecedentemente all'ultima data utile per il recepimento della direttiva medesima, vale a dire il 31 dicembre 1982.

La giurisprudenza, sia di merito[34] che di legittimità[35], nega decisamente che anche questa platea di medici abbia diritto al risarcimento del danno da mancato recepimento di direttiva, sull'assunto che il diritto alla "adeguata remunerazione" sarebbe stato assicurato dalla direttiva in questione soltanto a chi avrebbe cominciato a seguire i corsi dopo la data di recepimento[36].

---

[33] Chiarissima, in questo senso, Cass., 9 febbraio 2012, n. 1917, in *CED Cassazione*, 2012, la quale si è espressa nel senso che l'articolo di legge interessato, «operando solo per l'avvenire, secondo il criterio generale fissato dall'art. 12 preleggi, e, quindi potendo spiegare la sua efficacia rispetto ai fatti verificatisi successivamente alla sua entrata in vigore, risulta irrilevante nel presente giudizio, come nei giudizi similari. Infatti, essendo il suo oggetto di disciplina la regolamentazione della prescrizione del diritto al risarcimento del danno, derivante da mancato recepimento di normative comunitarie cogenti e dal verificarsi in capo ad un soggetto di un fatto che, se fosse stata attuata la direttiva, avrebbe dato al soggetto il diritto da essa previsto, la norma potrà disciplinare soltanto la prescrizione di diritti di tal genere insorti successivamente alla sua entrata in vigore e, quindi, derivanti da fattispecie di mancato recepimento verificatesi dopo di essa e non da fattispecie di mancato recepimento verificatesi anteriormente».

[34] Cfr., *ex plurimis*, App. Roma, 14 maggio 2013, n. 3696; App. Roma, 11 giugno 2012.

[35] Cfr. Cass., 14 febbraio 2014, n. 3439; Cass., 25 luglio 2013, n. 18067.

[36] Si segnala, tuttavia, Trib. Napoli, 28 gennaio 2013, il quale ha riconosciuto

Si tratta, tuttavia, di un ragionamento approssimativo, il quale non tiene conto del reale contenuto dell'art. 13 della Direttiva 76 del 1982.

Ai sensi di questa disposizione, infatti, la formazione dei medici specialisti «implica la partecipazione alla totalità delle attività mediche del servizio nel quale si effettua la formazione, comprese le guardie, in modo che lo specialista in via di formazione dedichi a tale formazione pratica e teorica tutta la sua attività professionale per l'intera durata della normale settimana lavorativa e per tutta la durata dell'anno, secondo le modalità fissate dalle autorità competenti. Tale formazione forma pertanto oggetto di adeguata remunerazione».

La congiunzione coordinante "pertanto" lascia chiaramente intendere che il diritto alla "adeguata remunerazione" risulta correlato alla frequentazione di corsi aventi determinate caratteristiche, senza che il momento in cui la frequenza ha preso avvio abbia alcun peso. Detto diversamente, il legislatore italiano, in base alla Direttiva 82/76, aveva l'obbligo di prevedere, entro il termine ultimo del 31 dicembre 1982, il diritto ad un'adeguata remunerazione non dei medici specialisti iscritti ad un corso di specializzazione iniziato successivamente a questa data, bensì dei medici specialisti iscritti ad un corso di specializzazione avente le caratteristiche specifiche enunciate nella direttiva.

A tal proposito, si consideri che l'Italia ha recepito le Direttive "*riconoscimento*" e "*coordinamento*" del 1975 con la legge n. 217 del 1978, e che la Direttiva del 1982, introduttiva del diritto alla "adeguata remunerazione", non ha inciso sui requisiti minimi dei corsi di specializzazione. Ciò porta alla ragionevole conclusione che anche ai medici iscritti a corsi di specializzazione prima del 31 dicembre 1982, ma dopo l'entrata in vigore della L. 217/1978, andrebbe riconosciuta la tutela risarcitoria, appunto perché l'inadempienza "soggettiva" del legislatore riguarda anche loro, sempre che, naturalmente, essi abbiano agito in giudizio anteriormente al 27 ottobre 2009.

FEDERICO PANI

---

il diritto al risarcimento del danno ad un medico che aveva cominciato a frequentare il corso nell'a.a. 1980/81, limitatamente però all'ultimo anno di corso, perché successivo alla data di recepimento della direttiva.

I

TRIBUNALE DI PERUGIA – Sez. II – 21 gennaio 2014 – *Est.* Moggi – P.M. c. F.G. e Casa di Cura P.S.

Responsabilità civile – Sanità e sanitari – Responsabilità dell'ente ospedaliero – Natura contrattuale – Sussistenza.

L'ente ospedaliero risponde a titolo contrattuale per i danni subiti da un privato a causa della non diligente esecuzione della prestazione medica da parte di un proprio dipendente (1).

II

TRIBUNALE DI PERUGIA – Sez. II – 25 gennaio 2014 – *Est.* Moggi – G.F. c. Azienda Sanitaria Regionale dell'Umbria e Gestione Liquidatoria Disciolta ULSS n. 3.

Danni in materia civile – Danno in genere – Sanità e sanitari – Enti ospedalieri.

La responsabilità della struttura sanitaria è di tipo contrattuale, instaurandosi, tra il paziente e l'ente ospedaliero, un contratto atipico a prestazioni corrispettive, il c.d. contratto di spedalità, che si conclude con l'accettazione da parte del paziente in ospedale ai fini del ricovero. In relazione a questo contratto sorgono, dunque, a carico dell'ente, obblighi lato sensu *alberghieri, obblighi di messa a disposizione del personale medico ausiliario, di quello paramedico, oltre che l'obbligo di apprestare le attrezzature necessarie per il trattamento sanitario* (2).

III

TRIBUNALE DI PERUGIA – Sez. I – 3 marzo 2014 – *Est.* Miccichè – P.L. c. Gestione Liquidatoria Disciolta ULSS n. 3 e Unipol s.p.a.

Responsabilità civile – Sanità e sanitari – Responsabilità professionale – Onere della prova – Ripartizione.

La natura contrattuale della responsabilità medica si riflette anche dal punto di vista dell'onere probatorio in quanto il paziente ha l'onere di dimostrare soltanto l'esistenza del rapporto contrattuale limitandosi a dedurre l'inadempimento del debitore, astrattamente efficiente alla produzione del danno mentre il debitore della prestazione, ovvero la struttura

sanitaria nell'ambito della quale operi evidentemente il sanitario, può andare esente da responsabilità provando che l'inadempimento non vi è stato o che è dipeso da fatto non imputabile o che, pur sussistendo, non è causa del danno (3).

I

La domanda proposta dall'attrice P. è volta ad ottenere il risarcimento dei danni derivanti dalla responsabilità professionale del convenuto Dott. G. e della Casa di Cura (…) S.r.l., struttura nell'ambito della quale il medico convenuto ha operato.

Occorre in proposito premettere in punto di diritto che, per costante giurisprudenza, l'ente ospedaliero (o la casa di cura privata) risponde a titolo contrattuale per i danni subiti da un privato a causa della non diligente esecuzione della prestazione medica da parte di un proprio dipendente (in tal senso cfr. Cassazione civile, sez. III, 28 maggio 2004, n. 10297, Cassazione civile, sez. III, 14 luglio 2004, n. 13066; Cassazione civile, sez. III, 19 aprile 2006, n. 9085). In particolare, secondo quanto sempre sostenuto dalla giurisprudenza, il rapporto che si instaura tra il paziente e l'ente ospedaliero (o la casa di cura privata) ha fonte in un contratto atipico a prestazioni corrispettive – il c.d. contratto di spedalità –, che si conclude con l'accettazione da parte del paziente in ospedale ai fini del ricovero o di una visita ambulatoriale; in relazione a questo contratto sorgono a carico dell'ente, accanto ad obblighi *lato sensu* alberghieri, obblighi di messa a disposizione del personale medico ausiliario, di quello paramedico e dell'apprestamento di tutte le attrezzature necessarie, anche in vista di eventuali complicazioni; a fronte di tali obblighi a carico dell'ospedale, sorge per l'altra parte l'obbligazione di versare il corrispettivo per la prestazione resa, restando irrilevante che questa obbligazione sia estinta dal paziente, dal suo assicuratore, dal servizio sanitario nazionale o da altro ente. Da ciò deriva che la responsabilità dell'ente nei confronti del paziente – avente, come detto, natura contrattuale – può conseguire, a norma dell'art. 1218 c.c., all'inadempimento di quelle obbligazioni che sono direttamente a carico dell'ente debitore (ad esempio, in ragione della carente o inefficiente organizzazione relativa alle attrezzature o alla messa a disposizione di medicinali o del personale medico ausiliario e paramedico, o alle prestazioni di carattere alberghiero) ovvero, a norma dell'art. 1228 c.c., all'inadempimento della prestazione medico-professionale svolta direttamente dal sanitario, che assume la veste di ausiliario necessario del debitore (in tal senso, cfr. Cassazione civile, sez. III, 26 gennaio 2006, n. 1698 e, da ultimo, Cassazione civile, sez. III, 3 febbraio 2012 n. 1620).

A sua volta, secondo l'indirizzo ormai affermatosi in giurisprudenza (cfr. in particolare Cassazione civile, sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589,

Cassazione civile, sez. III, 19 aprile 2006, n. 9085; Cassazione civile, sez. unite, 11 gennaio 2008 n. 577), anche la responsabilità del medico dipendente ospedaliero deve qualificarsi contrattuale, al pari di quella dell'ente gestore del servizio sanitario, non già per l'esistenza di un pregresso rapporto obbligatorio insorto tra le parti, bensì in virtù di un rapporto contrattuale di fatto originato dal c.d. "contatto" sociale.

Trattandosi di obbligazione professionale, la misura dello sforzo diligente necessario per il relativo corretto adempimento va considerata in relazione al tipo di attività dovuta per il soddisfacimento dell'interesse creditorio. Al riguardo, in base al combinato disposto di cui all'art. 1176 c.c., comma 2, e all'art. 2236 c.c. la diligenza richiesta è non già quella ordinaria del buon padre di famiglia (cfr. Cassazione civile, sez. III, 13 gennaio 2005, n. 583) bensì quella ordinaria del buon professionista, e cioè la diligenza normalmente adeguata in ragione del tipo di attività e delle relative modalità di esecuzione; nell'adempimento dell'obbligazione professionale va infatti osservata la diligenza qualificata ai sensi dell'art. 1176 c.c., comma 2, quale modello di condotta che si estrinseca nell'adeguato sforzo tecnico, con impiego delle energie e dei mezzi normalmente ed obiettivamente necessari od utili, in relazione alla natura dell'attività esercitata, volto all'adempimento della prestazione dovuta ed al soddisfacimento dell'interesse creditorio nonché ad evitare possibili eventi dannosi; lo specifico settore di competenza in cui rientra l'attività esercitata richiede infatti la specifica conoscenza ed applicazione delle cognizioni tecniche che sono tipiche dell'attività necessaria per l'esecuzione dell'attività professionale.

Le valutazioni sin qui compiute comportano rilevanti conseguenze in tema di onere della prova. Partendo dal principio enunciato in termini generali dalle Sezioni Unite con la sentenza 30 ottobre 2001, n. 13533 – secondo cui, rimasta inadempiuta una obbligazione, il creditore il quale agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto e il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento, con l'ulteriore precisazione, in tale prospettiva, che eguale criterio di riparto deve ritenersi applicabile anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, posto che allora al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione, ad esempio, di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza), mentre graverà, ancora una volta, sul debitore l'onere di dimostrare il contrario –, la giurisprudenza, dopo avere

ripercorso l'evoluzione della teoria delle obbligazioni, con la progressiva erosione della legittimazione teorica e dell'utilità pratica della distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato, ha affermato che l'inadempimento rilevante nell'ambito dell'azione di responsabilità per risarcimento del danno nelle obbligazioni c.d. di comportamento – coincidenti con quelle tradizionalmente definite di mezzi, in cui è la condotta del debitore ad essere dedotta in obbligazione, essendo la diligenza tendenzialmente considerata quale criterio determinativo del contenuto del vincolo e il risultato caratterizzato da aleatorietà, siccome dipendente anche da altri fattori esterni – non è qualunque inadempimento, ma solo quello astrattamente efficiente alla produzione del danno; da ciò la giurisprudenza ha tratto l'ulteriore e decisiva conseguenza che, una volta che il creditore – ovvero il paziente – abbia dimostrato il contratto (o contatto sociale) e l'insorgenza o l'aggravamento della patologia, con l'allegazione di inadempienze specifiche, idonee a provocarli, grava sulla controparte – il medico o la struttura ospedaliera – dimostrare o che l'inadempimento non vi è stato ovvero che, pur essendovi stato, non ha determinato il danno lamentato; il che comporta che l'allegazione del creditore non può attenere ad un inadempimento, qualunque esso sia, ma ad un inadempimento, per così dire, qualificato, e cioè astrattamente efficiente alla produzione del danno (cfr. *ex multis* Cassazione civile, sez. III, 21 luglio 2011 n. 15993; Cassazione civile, sez. III, 7 giugno 2011 n. 12274; Cassazione civile, sez. unite, 11 gennaio 2008 n. 577).

Ebbene, passando dall'astratto al concreto, nel caso di specie, è pacifico e non contestato che l'attrice P. è stata sottoposta ad intervento chirurgico dal convenuto Dott. G., dipendente della Casa di Cura Porta Sole S.r.l.; risulta dunque provato, in quanto non contestato, il rapporto contrattuale tra la P. ed il Dott. G. e la Casa di Cura (…) S.r.l.

A fronte di ciò, l'attrice, fin dall'atto di citazione introduttivo del giudizio, ha altresì specificamente allegato l'inadempimento del convenuto Dott. G., inadempimento astrattamente riferibile anche alla Casa di Cura (…) S.r.l. ai sensi dell'art. 1228 c.c., consistente nell'errata scelta della tecnica operatoria.

Ebbene, sotto questo profilo – l'unico specificamente lamentato dall'attrice – al Dott. G. non è imputabile alcun inadempimento, in quanto, secondo quanto risultante dalla consulenza tecnica, anche all'esito dell'acquisizione del parere di un esperto di malattie dell'apparato locomotore e fisioterapia, l'intervento chirurgico cui fu sottoposta la P. era clinicamente indicato, idoneo e condivisibile rispetto alla patologia riscontrata (la paziente al momento dell'intervento presentava infatti una situazione patologica al piede sinistro già evoluta, con alluce valgo e griffe delle altre dita, e ciò in un contesto più ampio caratterizzato da importante ifoscoliosi sinistro convessa del rachide dorsale con asimmetria

della gabbia toracica che determinava un carico posturale asimmetrico sui piedi); la scelta di eseguire l'intervento con la tecnica chirurgica di Rengauld-Valenti, una delle varie tecniche utilizzabili per l'intervento in caso di alluce valgo, deve ritenersi dunque condivisibile, in quanto costituisce un tipo di intervento particolarmente indicato nei soggetti con piede in avanzato stato di malattia degenerativa-infiammatoria, che non presenta rischi particolari, è scarsamente invasivo e consente un carico precoce ed una buona motilità articolare. Pertanto, si deve concludere che l'incompleta correzione della situazione patologica del piede sinistro della P. lamentata da quest'ultima sia da ascriversi alla situazione generale del piede della paziente, che fu comunque valutata antecedentemente all'intervento, tanto da condurre alla scelta della tecnica meno invasiva e con maggiori probabilità di successo.

Le conclusioni cui è giunto il consulente tecnico appaiono condivisibili, anche perché sono il frutto di un attento esame del caso di specie, compiuto anche attraverso l'acquisizione del parere di uno specialista, e non risultano superate dalle osservazioni critiche svolte dal consulente di parte dell'attrice; in effetti, il fatto che il medico specialista non abbia visitato l'attrice non pare rilevante, posto che l'esame della medesima attrice è stato comunque compiuto direttamente dal consulente tecnico d'ufficio.

Per tale ragione, si deve ribadire anche in questa sede che non vi è ragione di disporre la rinnovazione della consulenza tecnica, per come invero già disposto con l'ordinanza del 14-23.2.2012.

D'altro canto, anche l'espletamento della prova testimoniale a suo tempo richiesta dall'attrice con la memoria ex art. 184 c.p.c. appare in questo quadro superflua.

In conclusione, escluso l'inadempimento del Dott. G. agli obblighi sullo stesso incombenti per come allegati dall'attrice, la domanda nei confronti del medesimo Dott. G. deve essere rigettata.

E conseguentemente, deve essere rigettata anche la domanda nei confronti della Casa di Cura (…) S.r.l. (*Omissis*).

II

(*Omissis*). La domanda attorea è volta ad ottenere il risarcimento dei danni derivati dalla somministrazione di emoderivati infetti; l'attore G. lamenta infatti che a causa di tali somministrazioni, effettuate all'epoca di un suo ricovero presso il Policlinico Monteluce di Perugia nel 1980-1981, egli avrebbe contratto l'epatite C e, quindi, avrebbe subito un danno alla salute, ed imputa la responsabilità di tali danni all'Azienda Sanitaria Locale ove era stata effettuata la trasfusione, nel caso di specie, è pacifico e non contestato che l'attore G. è stata sottoposto a due somministrazioni di emoderivati presso il Policlinico Monteluce

di Perugia, facente parte della disciolta USL n. 3 del Perugino; risulta dunque provato, in quanto non contestato, il rapporto contrattuale tra il G. e la disciolta USL n. 3 del Perugino; e dalla documentazione in atti risulta altresì provata la somministrazione di emoderivati (doc. 1 fasc. att.).

Ancora dalla documentazione in atti risulta altresì che, successivamente alle somministrazioni in questione, a seguito di ulteriori controlli, nel corso di un ricovero nel 1983 presso l'Ospedale di Fabriano, a carico del G. veniva riscontrata la positività al virus dell'epatite B, poi successivamente negativizzatasi, e quindi, nel corso di un ulteriore controllo nel 1997, la positività al virus dell'epatite C, con diagnosi di epatite cronica attiva HCV correlata (doc. 3 fasc. att.).

A fronte di ciò, l'attore, con l'atto di citazione introduttivo del giudizio e (...) con l'atto di citazione per chiamata in causa del terzo, ha altresì allegato l'inadempimento della controparte; o meglio, non ha specificamente individuato il contenuto dell'obbligo rimasto inadempiuto ma ha genericamente lamentato di avere patito una somministrazione di emoderivati infetti.

Rispetto a tale allegazione, si deve preliminarmente evidenziare che non può essere riconosciuto automaticamente l'inadempimento per il solo fatto che il paziente abbia subito il contagio, in quanto ciò comporterebbe l'attribuzione alla convenuta di una responsabilità sostanzialmente oggettiva; piuttosto, bisogna considerare che gli obblighi a carico della struttura ai fini della declaratoria della sua responsabilità vanno posti in relazione sia agli obblighi normativi esistenti al tempo dell'intervento e relativi alle trasfusioni di sangue, quali quelli relativi alla identificabilità del donatore e del centro trasfusionale di provenienza (c.d. tracciabilità del sangue), che agli obblighi più generali di cui all'art. 1176 c.c. nell'esecuzione delle prestazioni che il medico o la struttura possono aver violato nella singola fattispecie. Sotto questo profilo, però, si deve considerare che il contenuto di tali obblighi varia nel tempo, al variare delle normative e delle conoscenze mediche, e che, comunque, come accennato supra, il concreto contenuto degli obblighi facenti capo al medico e alla struttura sanitaria in un dato momento di tempo è necessariamente diverso da quello degli obblighi sussistenti in capo al Ministero; pertanto, diverso deve necessariamente essere anche il contenuto del giudizio di responsabilità.

In quest'ottica, come rilevato dall'Azienda Sanitaria convenuta e dalla Gestione liquidatoria terza chiamata, si deve necessariamente evidenziare che nel 1980-1981, epoca a cui risalgono le somministrazioni di emoderivati oggetto di causa, il virus dell'epatite C non era ancora conosciuto ed i relativi test di identificazione furono messi a punto solo nel 1988; a ciò si deve aggiungere che i test per l'epatite C vennero resi

obbligatori solo con il Decreto del Ministero della Sanità 21 luglio 1990; inoltre, solo con la L. 4 maggio 1990, n. 107 in tema di "Disciplina per le attività trasfusionali relative al sangue umano ed i suoi componenti e per la produzione di plasmaderivati", con il D.M. 27 dicembre 1990, in tema di "Caratteristiche e modalità per la donazione del sangue ed emoderivati" e con il D.M. 15 gennaio 1991 in tema di "Protocolli per l'accertamento della idoneità del donatore di sangue ed emoderivati" è stato previsto che fossero annotati gli estremi delle sacche di sangue trasfuso al paziente, al fine di rendere possibile la loro tracciabilità in relazione al donatore ed anche per verificare l'espletamento dei test relativi all'assenza di virus; più in generale, si deve considerare che fino al 1990 in Italia non è mai stato adottato un "Piano sangue e plasma a livello nazionale" e che, poiché il quantitativo di sangue raccolto all'interno del territorio italiano è sempre stato molto inferiore alle necessità, in questo periodo si è continuato invece a far uso, in assoluta maggioranza, di sangue, plasma e farmaci derivati di importazione (proveniente dall'America o dall'Africa); tale "piano sangue e plasma" è stato infatti finalmente previsto solo con la citata L. 4 maggio 1990, n. 107 e quindi è stato concretamente attuato solo nel 1994 con il primo Piano Sangue e Plasma italiano.

Tenuto conto di quanto precede ed a fronte della - pur generica - affermazione da parte della medesima USL di avere comunque provveduto ad effettuare tutti i controlli all'epoca previsti dalla legge, tenuto conto dell'assoluta mancanza di allegazioni da parte dell'attore sul punto, certamente l'eventuale somministrazione di emoderivati infetti al G. non può essere imputata alla violazione, da parte della disciolta USL n. 3 del Perugino, di norme che ancora non erano state adottate.

D'altro canto, non può neanche sostenersi che la responsabilità della medesima USL si possa fondare sulla violazione del canone generale della diligenza di cui all'art. 1176 c.c. per la mancata adozione di metodi indiretti di valutazione e di individuazione degli anticorpi, in quanto, proprio per quanto evidenziato supra in merito alla differente posizione (e responsabilità) delle singole aziende rispetto al Ministero, mentre può essere imputata al Ministero la mancata previsione dell'obbligo di utilizzare determinate tecniche di accertamento, ormai conosciute e diffuse nella comunità scientifica, non si può viceversa imputare alla singola struttura sanitaria di non avere adottato tali tecniche, non previste come obbligatorie dalla legge.

In senso contrario non paiono pertinenti i principi affermati nella giurisprudenza da ultimo citata dall'attore – Cassazione civile, sez. III 20 aprile 2010 n. 9315 –, la quale riguarda una trasfusione eseguita nel 1984, che il giudice di merito aveva accertato non essere necessaria, rispetto alla quale il paziente non avrebbe prestato il proprio consenso,

ove correttamente informato; nel caso di specie, infatti, l'attore non ha allegato alcun inadempimento all'obbligo di informazione ed invero, come già evidenziato *supra*, pur a fronte dell'affermazione delle controparti di avere eseguito tutti i controlli all'epoca previsti, non ha neanche tempestivamente e specificamente lamentato la mancata effettuazione dei test per l'epatite B, i quali avrebbero forse potuto impedire anche il contagio per l'epatite C per la quale all'epoca non erano stati ancora predisposti i relativi test diagnostici.

Conseguentemente, in conclusione, deve ritenersi che l'eventuale somministrazione di emoderivati infetti ai danni del G. non sia imputabile alla disciolta USL n. 3 del Perugino.

Ne deriva che la domanda attorea deve essere rigettata anche sotto questo profilo.

III

(*Omissis*). La domanda attorea è fondata e, pertanto, meritevole di accoglimento, nei limiti di seguito esposti.

1. Inquadramento giuridico della fattispecie.

L'odierna azione va ricondotta nell'ambito della responsabilità di tipo contrattuale.

Ed infatti è ormai del tutto pacifico, nella giurisprudenza di legittimità e di merito, il principio secondo cui la responsabilità del medico, sia che agisca su richiesta diretta del paziente sia che agisca per il tramite di una struttura sanitaria, ha carattere negoziale contrattuale e si fonda sul contatto sociale che si instaura tra detti soggetti, generando un obbligo di protezione dall'ampio contenuto in favore del paziente; identica prospettazione giuridica va fatta per quanto riguarda il rapporto tra paziente e struttura sanitaria, dato che l'accettazione del paziente in una struttura deputata a fornire assistenza sanitario-ospedaliera comporta «la conclusione di un contratto di prestazione d'opera atipico di spedalità con la medesima, e quindi la responsabilità da contatto del medico dipendente dall'ente ospedaliero verso il paziente» (cfr. C. Cass. n. 24791/08).

L'accertata natura contrattuale della responsabilità medica ha degli importanti effetti in punto di ripartizione dell'onere della prova; in applicazione, infatti, dei noti principi elaborati in materia (primariamente contenuti nella sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 13533/01), il paziente (nella sua veste di creditore della prestazione medica) è tenuto a dimostrare la sola esistenza del rapporto contrattuale e ben può limitarsi a dedurre l'inadempimento del debitore, astrattamente efficiente alla produzione del danno. Il debitore della prestazione,

invece, ovvero nel nostro caso la struttura sanitaria nell'ambito della quale operava il sanitario che ha eseguito l'intervento, al fine di andare esente da responsabilità deve provare che l'inadempimento non vi è stato o che è dipeso da fatto non imputabile o che, pur integrato, non è stato causa del danno (cfr., sul punto, SS.UU. Cass. n. 577/08; C. Cass. n. 1524/10).

Nel caso odierno, atteso che non è in discussione l'esistenza, certa, di un rapporto di spedalità, va evidenziato, per un verso, come l'attrice abbia compiutamente assolto all'onere probatorio su essa gravante (deducendo la sussistenza del rapporto ed allegando l'inadempimento del medico), per altro verso, come non possa dirsi adempiuto l'onere, gravante sulla convenuta Gestione Liquidatoria, di provare la non imputabilità a sé (e, prima, ancora, ai sanitari da essa dipendenti) dell'inadempimento contestato.

2. Fondatezza, nel merito, della domanda.

La ricostruzione dei fatti offerta nell'atto introduttivo, ed in particolare il susseguirsi degli interventi operati in occasione del ricovero, non è stata contestata da parte della convenuta, ed ha trovato conferma nella relazione medico legale a firma dei consulenti nominati dal giudice, prof. F.R. e prof. P.F., le cui conclusioni la scrivente integralmente condivide, siccome coerenti e, anche nel metodo, immuni da incongruenze logico giuridiche.

Riferiscono i menzionati professionisti nella relazione di consulenza in atti che l'indicazione chirurgica per l'evacuazione dell'ematoma sottodurale cronico parietotemporale destro è stata corretta; ciò non di meno, i cc.tt.uu. evidenziano profili di imperizia relativi alla scelta della tempistica dell'intervento, evidenziando in particolare che il quadro clinico presentato dal paziente al momento del ricovero non era così grave da giustificare un intervento immediato, ossia senza avere prima praticato gli accertamenti preoperatori del caso; ciò ancor più nel caso in esame, in considerazione della terapia antiaggregante assunta dal paziente da anni. Specificano, in particolare, i cc.tt.uu. che ciò che si sarebbe dovuto fare e non si è fatto, nel caso di specie, era indagare quale era l'assetto emocoagulativo, al fine di ottimizzare i parametri della coagulazione ematica prima di sottoporre il paziente ad un intervento chirurgico che, in presenza di alterazioni su base farmacologica della coagulazione, sarebbe stato ad elevatissimo rischio di emorragie le quali, oltre a costituire un rischio di per se, rendono più ardua l'operatività del chirurgo.

A conferma del fatto che l'intervento chirurgico avrebbe potuto essere procrastinato di alcuni giorni, ossia fino a quando non vi fosse certezza di una sufficiente emocoagulazione e salvo aggravamenti del quadro clinico per altro assai improbabili – dicono i cc.tt.uu. – vi è il fatto che dall'esame neurologico al ricovero il paziente risultasse sveglio, isocorico con lieve emiparesi sinistra.

A questo primo profilo di censura se ne aggiunge un altro; ed in particolare, se pure, come detto, fu corretta la scelta del tipo di intervento chirurgico da effettuare, essendo la craniectomia in anestesia locale l'intervento più praticato nel trattamento della patologia riscontrata, vi è che quando, come nella specie (n.d.r.), l'ematoma è multioculato e delimitato da spesse membrane, non sempre è possibile con tale approccio chirurgico evacuare completamente l'ematoma e praticare una adeguata asportazione delle membrane; in tali casi è opportuno che il chirurgo non insista ma si limiti ad aprire la membrana parietale e ad evacuare l'ematoma nei limiti del possibile. In caso di insuccesso, documentato sia sul versante clinico che su quello radiologico, va praticato un intervento di craniotomia in anestesia generale.

Il detto approccio cautelativo non fu posto in essere dal dott. Paradiso.

Ed infatti, come dimostrato dalla TAC post-operatoria, il P. presentava alcuni focolai lacero-contusivi in sede temporale destra, non presenti prima dell'intervento e quindi da considerarsi quali esiti dello stesso.

Questi i comportamenti incongrui tenuti dal sanitario che effettuò il primo intervento, intempestivo ed imperito, sul P.

Quanto alle conseguenze derivate dall'intervento, consistite nell'immediato in un prolungamento del ricovero con obbligo di secondo intervento chirurgico, e sotto il profilo strettamente patologico in esiti neurologici in forma di disartria e lieve emiparesi sinistra, si evidenzia nella perizia che molto probabilmente l'ematoma sottodurale ed i conseguenti trattamenti chirurgici hanno accelerato l'evoluzione della patologia neuropsicologica del paziente. I focolai lacero contusivi, prodotti durante il primo intervento chirurgico, hanno realizzato un danno parenchimale in un cervello già sofferente per la vasculopatia cerebrale ischemica.

Quanto fin qui evidenziato è già sufficiente a ritenere accertata in termini adeguati la sussistenza del nesso causale, imponendosi però, a questo punto ed a tal proposito, alcune riflessioni.

In tempi recenti la Cassazione Civile ha inteso discostarsi dai noti criteri di accertamento della causalità usati dalla giurisprudenza in sede penale, sottolineando che l'accertamento del nesso causale in ambito civile ben può basarsi su criteri del tutto difformi da quelli richiesti nel diritto penale (cfr. C. Cass. civ. n. 21619/07) e che può accedersi ad una soglia meno elevata di probabilità rispetto a quella penale; in altri termini, secondo i recenti orientamenti della giurisprudenza di legittimità, sussiste nesso di causalità tra il comportamento del sanitario ed il pregiudizio subito dal paziente tutte le volte che, procedendo attraverso un criterio probabilistico – la cd. regolare della preponderanza dell'evidenza o del "più probabile che non" (da intendersi quale probabilità logica de-

sumibile dagli elementi di conferma disponibili nel caso concreto e dalla contemporanea esclusione di possibili elementi alternativi) – si ritenga che l'opera del medico abbia causato un danno o concorso a causare il danno o, per il caso di condotta omissiva, quell'opera, ove tempestivamente e correttamente svolta, avrebbe avuto serie ed apprezzabili possibilità di evitare il danno verificatosi.

Nel caso di specie l'elevata probabilità riferita in perizia è criterio del tutto sufficiente a ritenere accertato il nesso causale civilisticamente inteso tra la condotta imprudente ed intempestiva del dott. Paradiso e le complicanze seguite al primo intervento.

Avvalora quanto detto fin qui, da ultimo, anche il fatto che nel corso del giudizio non siano emerse fondate ipotesi causali alternative all'accertato esito infausto del primo intervento, non potendo all'uopo reputarsi sufficienti le deduzioni di parte convenuta circa l'asserita gravità dello stato di salute iniziale del P. (a fronte delle quali l'intervento del dott. Paradiso sarebbe valso, in tesi, a scongiurare peggiori conseguenze); la detta gravità di stato di salute iniziale non ha trovato, invero, alcun riscontro nelle valutazioni offerte dai periti nominati dal giudice.

È, pertanto, compiutamente raggiunta la prova circa l'an della responsabilità.

Diretta conseguenza dell'accertata l'esistenza di un comportamento colposo del medico, idoneo a generare l'obbligazione risarcitoria, è l'insorgenza di responsabilità in capo alla struttura sanitaria ospedaliera convenuta.

Tale conclusione si fonda, come noto, sul disposto di cui all'art. 1228 c.c., secondo cui il debitore che nell'adempimento dell'obbligazione si avvale dell'opera di terzi risponde anche dei fatti (dolosi o) colposi di costoro (*ex multis*, C. Cass. n. 22390/06); costituisce criterio di imputazione a carico della struttura ospedaliera la circostanza che l'attività sanitaria rivolta all'adempimento risulti svolta da persone inserite nell'organizzazione aziendale, di cui essa si avvale per rendere la prestazione.

La responsabilità dell'ente gestore del servizio ospedaliero e quella del medico dipendente hanno entrambe radice nell'esecuzione non diligente o errata della prestazione sanitaria da parte del medico, per cui, accertata la stessa, risulta contestualmente accertata la responsabilità a contenuto contrattuale di entrambi (C. Cass. n. 10297/04). (*Omissis*).

(1-3) La responsabilità della struttura sanitaria.

1. La costruzione di un capillare sistema sanitario, la sempre più crescente interazione tra il sistema della responsabilità civile e l'art. 32 Cost.,

unitamente al progresso scientifico e alla crescita delle aspettative di cura, hanno determinato che «la primitiva ammirazione o gratitudine per gli straordinari progressi della medicina» si trasformasse «in insopprimibile desiderio di rivalsa per le ipotesi di fallimento delle cure»[1].

Tale evoluzione è stata puntualmente scandita dal formante giurisprudenziale che, naturale banco di prova della tutela normativamente apprestata al supremo bene salute, *in subiecta materia* ha ricostruito la responsabilità della struttura ospedaliera in un'accentuata prospettiva di tipo organizzativo ed aziendale, dove le prestazioni sono rese da una pluralità di soggetti dotati delle più diverse qualifiche, spesso tra loro interagenti, di tal guisa spostando l'accento dalla concezione dell'attività medica quale prestazione intellettuale a carattere personale, in oggetto di attività d'impresa.

Le decisioni in epigrafe, collocandosi nel solco della consolidata giurisprudenza della Suprema Corte sul punto, affrontano in maniera compiuta le tematiche della a) configurabilità e qualificazione della responsabilità della struttura sanitaria, con particolare riferimento al profilo della responsabilità dell'ente ospedaliero per i danni cagionati in proprio e dal dipendente nell'esercizio della professione medica, b) contenuto e criterio di ripartizione dell'onere probatorio tra paziente danneggiato e ente convenuto in giudizio.

2. L'interposizione della struttura ospedaliera fra il paziente ed il medico ha determinato, in primo luogo, il problema dell'inquadramento del relativo rapporto, ciò che, negli anni, ha dato origine a divergenti ricostruzioni ermeneutiche.

Già anteriormente all'istituzione del Servizio Sanitario Nazionale, invero, la giurisprudenza oscillava tra l'affermazione di una responsabilità diretta dell'amministrazione per violazione della norma primaria fondamentale del *neminem laedere* di cui all'articolo 2043 c.c. (ritenuta limite invalicabile anche dell'attività amministrativa[2]) e l'indicazione a favore di una responsabilità da inadempimento dell'obbligazione di diagnosi e cura assunta dalla struttura in virtù del contratto concluso con il paziente all'atto del consenso al trattamento da quest'ultimo prestato[3].

Tale ultima impostazione era tuttavia, avversata da quanti attribuendo

---

[1] PARADISO, *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 326.

[2] Cfr. Cass., 25 luglio 1967, n. 2039, in *Foro it.*, I, 1004; Cass., 18 marzo 1968, n. 822, in *Rep. Foro it.*, 1969, voce *Responsabilità civile*, 211; Cass., 6 maggio 1971, n. 1282, in *Foro it.*, 1971, I, 1546; Cass., 5 gennaio 1979, n. 31, *Giur. it.*, 1979, I, 1, 954.

[3] Cfr. Cass., 21 dicembre 1978, n. 6141, in *Foro it.*, 1979, I, 4; Cass., 24 marzo 1979, n. 1716, *ivi*, 1980, I, 1115; Trib. Padova, 9 agosto 1985, *ivi*, 1986, I, 1995, con nota di ZENO ZENCOVICH.

preminente rilevanza alla natura della struttura, assumevano il "contratto" potesse riconoscersi esclusivamente al rapporto instaurato con una casa di cura privata, non anche a quello con l'ospedale pubblico, regolato, invece, da un atto amministrativo[4].

Lo scenario interpretativo è mutato in senso prettamente (e definitivamente) contrattualistico con il varo della L. 23 dicembre 1978 n. 833.

Per vero, l'istituzione del sistema sanitario nazionale e, suo tramite, l'assunzione della tutela della salute come diritto fondamentale dell'individuo e come interesse della collettività, la dilatazione in senso orizzontale degli spazi di manifestazione del consenso in relazione agli accertamenti ed ai trattamenti sanitari, al luogo di cura o di ricovero, alla scelta del medico di fiducia, hanno fatto maturare il convincimento che il servizio sanitario fosse predisposto a favore e a vantaggio dei cittadini che ad esso si rivolgono.

In tale prospettiva, l'ente sanitario non si trova in una posizione di supremazia rispetto al privato cittadino, bensì di sostanziale parità. A seguito della domanda di salute espressa dal cittadino, in virtù del suo accesso al nosocomio, si costituisce un rapporto giuridico innervato dal diritto soggettivo di questi alla (richiesta e fruizione della) prestazione sanitaria, cui fa da contraltare l'obbligo dell'ospedale di erogarla.

La preesistenza di questo rapporto farebbe sì che la responsabilità dell'ente per il danno a questo causato dalla non diligente esecuzione della prestazione medica verso l'utente, abbia natura contrattuale[5].

Tale ricostruzione è stata successivamente fatta propria dalla Corte di legittimità a Sezioni Unite, la quale ha statuito che: «*Appunto perché si costituisce un rapporto giuridico tra i due soggetti, strutturato da un diritto soggettivo e da un correlato dovere di prestazione, la responsabilità dell'ente pubblico verso il privato per il danno a questi causato dalla non diligente esecuzione della prestazione non è extracontrattuale, essendo configurabile questo tipo di responsabilità quando non preesista tra danneggiante e danneggiato un rapporto giuridico nel cui ambito venga svolta dal primo l'attività causativa del danno. Sicché per esclusione, la responsabilità dell'ente pubblico, gestore del servizio pubblico, va qualificata contrattuale, intesa, in tal senso, come responsabilità insorta nel compimento di una attività dovuta nell'ambito di un preesistente rapporto giuridico, privato o pubblico, tra i due soggetti*»[6].

---

[4] Cattaneo, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, 347.

[5] Cfr. in dottrina Galgano, *Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1984, 710 ss.. In giurisprudenza, Cass., 1° marzo 1988, n. 2144, in *Foro it*., 1988, I, 2296, annotata da Principigalli, nonché in *Nuova giur. civ. comm*., 1988, I, 604, con nota di Pucella; Cass., 27 maggio 1993, n. 5939, in *Foro it*., 1993, voce *Professioni intellettuali*, n. 113; Cass., 22 novembre 1993, n. 11503, in *Foro it*., 1994, I, 2479; Cass., 19 maggio 1999, n. 4852, in *Resp. civ. prev*., 1999, 995, annotata da Gorgoni; Trib. Biella, 11 novembre 1996, in *Giur. merito*, 1997, 1055; App. Torino, 20 giugno 1997, in *Foro it.*, 1998, I, 586.

[6] Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno resp*., 788 ss. Secondo ta-

3. Definita la natura contrattuale della responsabilità della struttura sanitaria, si è posto il *quid iuris* in merito al contenuto delle prestazioni gravanti sulla struttura.

Anche con riferimento a tale profilo, differenti sono stati gli orientamenti interpretativi.

Secondo una prima teorica, mercé l'immedesimazione organica tra l'ente e il medico dipendente[7], l'attività posta in essere dall'ente che eroga il servizio sanitario coinciderebbe con l'attività professionale svolta dai professionisti sanitari che operano al suo interno, sicché il contratto struttura/paziente va assimilato a quello di prestazione d'opera intellettuale, con conseguente applicazione analogica della disciplina che regola il rapporto medico-paziente e dunque degli artt. 2229 ss. c.c.[8].

In tale prospettiva, la struttura è direttamente responsabile del fatto colposo del sanitario e l'accertamento del comportamento non diligente di quest'ultimo costituisce presupposto indispensabile per l'affermazione della sua responsabilità[9].

La ricostruzione testé delineata, tuttavia, è stata oggetto di critiche serrate.

In primo luogo l'idea che la struttura sanitaria assuma la veste di medico collettivo che stipula contratti di prestazione d'opera con il paziente appariva

---

luni in siffatte argomentazioni è evidente l'influsso esercitato dalla dottrina secondo cui fra le nozioni di pubblico servizio e contratto, da un lato, contratto e diritto soggettivo alla fruizione del servizio, dall'altro, non vi sarebbe alcuna incompatibilità, stante l'obbligo a contrarre esistente a carico dell'amministrazione sanitaria e già prima a carico del medico. Sul punto cfr. GALGANO, *Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria*, cit., 712.

[7] Cass. 5 gennaio 1979, n. 31, cit.; Cass., 1° marzo 1988, n. 2144, cit.; Trib. Lanciano 9 maggio 1978, in *Giur. it*., 1979, I, 1, 369; Trib. Vicenza, 27 gennaio 1990, in *Foro it*., 1991, voce *Responsabilità civile*, n. 81; in *Nuova giur. civ. comm.,* 1999, I, 734 ss.; Trib. Verona, 4 marzo 1991, in *Giur. merito*, 1992, 823 ss.

[8] PETTI, *Danno da attività medico sanitaria. Il risarcimento dei danni: biologico, genetico, esistenziale*, Torino, 2001, 612.

[9] Cass., 1° marzo 1988, n. 2144, cit., dove si legge «*Nel servizio pubblico sanitario, l'attività svolta dall'ente pubblico gestore del servizio a mezzo dei suoi dipendenti, nell'adempimento del dovere di prestazione verso il privato richiedente (titolare del corrispondente diritto soggettivo), è di tipo professionale medico; similare all'attività svolta dal medico che abbia concluso con il paziente un contratto d'opera professionale. Ed appunto per questa similarità, la responsabilità è analoga a quella del professionista medico privato*». La Corte traendo spunto dalla rilevata parità di posizione tra il paziente e la struttura escluse l'applicabilità degli artt. 22 e 23, d.P.R. 10 gennaio 1957 n. 3 (richiamata dall'art. 27, d.P.R. 761/1979), trattandosi di normativa relativa alle ipotesi di danni arrecati a terzi (privati) dagli impiegati civili dello Stato per i comportamenti attivi od omissivi da essi tenuti nell'ambito dell'esercizio dei poteri pubblicistici. L'inquadramento del contratto concluso tra il paziente e la struttura ospedaliera in termini di contratto d'opera professionale era già stata enunciata da Cass., 24 marzo 1979, n. 1716, cit., 1115.

da un lato anacronistica e dall'altro riduttiva rispetto al contenuto più ampio dell'obbligazione assunta dall'ente[10]. A ciò si aggiungevano la difficoltà di giustificare l'applicazione della disciplina prevista per il contratto d'opera intellettuale ad un rapporto, quale quello struttura/paziente, privo del carattere personalistico della prestazione; l'impossibilità di estendere la tesi dell'immedesimazione organica alle case di cura private; l'inopportunità di desumere la natura intellettuale dell'attività della struttura dal fatto che tale natura avessero i servizi da essa "prodotti"; la non condivisibilità dell'inevitabile appiattimento della responsabilità della struttura su quella del sanitario determinato da detta impostazione[11].

Sulla scorta di tali osservazioni alla tradizionale qualificazione che concepiva la responsabilità dell'ente come speculare a quella del sanitario dipendente, individuandone la fonte nel contratto d'opera intellettuale concluso con il paziente, se ne è via via sovrapposta una più ampia, propensa al riconoscimento di una responsabilità dell'ente autonoma rispetto a quella del medico.

Invero, in tale innovativa prospettiva il rapporto struttura/ malato è stato ricostruito in chiave di contratto atipico, a prestazioni corrispettive, dal contenuto complesso, cui è stato attribuito il *nomen iuris* di "contratto di spedalità" o "di assistenza sanitaria"[12].

Detto contratto si conclude all'atto della accettazione del paziente presso la struttura al momento del ricovero o di una visita ambulatoriale e «*risulta incentrato su di una prestazione complessa a favore dell'ammalato, definibile sinteticamente di assistenza sanitaria, formata da un fascio di prestazioni di carattere intellettuale tecnico, alberghiero.. a seconda dei casi, di sorveglianza*»[13].

---

[11] VINCIGUERRA, *Nuovi (ma provvisori?) assetti della responsabilità medica*, in *Danno resp.*, 2008, 788.

[12] Cfr., ad esempio, già Trib. Verona, 15 ottobre 1990, in *Foro it.*, 1991, I, 261; Trib. Udine, 13 maggio 1991, *ivi.*, 1992, I, 549; Trib. Monza, 7 giugno 1995, in *Resp. civ. prev.*, 1996, 389.

[13] In giurisprudenza cfr. Trib. Verona, 15 ottobre 1990, in *Foro it,* 1991, I, 261, dove si legge che «*fra USL e il paziente viene implicitamente ma inequivocabilmente stipulato un contratto atipico di spedalità, in cui le prestazioni a carico dell'ente non si esauriscono nell'espletamento della prestazione sanitaria, in guisa che il contratto, pur prevedendolo, non coincide con la conclusione di un mandato professionale*». Conf. Pret. Tolmezzo, 21 aprile 1998, in *Resp. civ. prev.*, 1998, 1550, secondo cui «*l'accettazione in ospedale da parte dell'ente ospedaliero ai fini del ricovero comporta la conclusione di un contratto di natura atipica, incentrato su di una prestazione complessa, a favore dell'ammalato, definibile sinteticamente di "assistenza sanitaria", formata da una fascia di prestazioni di carattere intellettuale, tecnico,* lato sensu *alberghiero e, a seconda dei casi, di sorveglianza. Appare pertanto improprio l'usuale riferimento al contratto d'opera intellettuale di cui all'art. 2229 e ss. c.c. (in particolare all'art. 2236 c.c.), la cui disciplina potrà semmai trovare applicazione analogica, previa attenta verifica della sussistenza del presupposto della eadem ratio*

Si tratta di una prestazione articolata, che ingloba al suo interno, oltre alle prestazioni *stricto sensu* mediche, di diagnosi e cura, generali e specialistiche (ciò a cui la struttura provvede per il tramite dell'opera intellettuale dei professionisti sanitari propri dipendenti) anche una serie altra di prestazioni, sostanzialmente di tipo organizzativo[14], scaturenti da altrettanti «*obblighi accessori (…) cosiddetti di protezione*» del supremo bene salute[15].

Si pensi, nel dettaglio, ma a mero titolo esemplificativo, alla garanzia della salubrità degli ambienti sanitari, degli strumenti, del personale, delle sale operatorie, strumentale, ad esempio, alla prevenzione dall'insorgenza delle c.d. infezioni nosocomiali[16]; alle prestazioni connesse alla disponibilità di personale qualificato in numero sufficiente e nei momenti necessari[17],

---

in riferimento alle singole prestazioni diagnostiche e terapeutiche di natura più specificamente medica. (…) Sia in riferimento alle obbligazioni principali che a quelle accessorie altro dato caratterizzante in senso pregnante il rapporto contrattuale in esame attiene alla natura del soggetto obbligato, inteso come struttura organizzata, all'interno della quale operano singoli soggetti professionalmente qualificati (medici, infermieri, inservienti …) e alla necessità di calibrare l'esatta definizione del concetto di inadempimento, oltre che in riferimento alla natura e alla funzione sociale del contratto come sopra delineato, anche in riferimento a questo elemento. Con ciò si intende dire che appaiono configurabili ipotesi di inadempimento da parte dell'ente ospedaliero, in caso di sua inidoneità organizzativa in riferimento alle tipologie di prestazioni rese, a prescindere dalla possibilità o meno di accertare e/o identificare un comportamento colposo di un singolo soggetto operante all'interno dell'organizzazione, posto che la realizzazione della prestazione sopra definita come assistenza - sanitaria spesso dipende dalla funzionalità di un intero apparato organizzativo piuttosto che da un singolo individuo: fermo restando, naturalmente, la necessità ai fini del riconoscimento del diritto al risarcimento del danno della sussistenza del nesso di causalità immediata e diretta tra l'inadempimento contrattuale e il pregiudizio lamentato a norma dell'art. 1223, c.c.». Si legga, ancora, Trib. Monza, 1995, cit., secondo cui «*La prestazione dell'organizzazione sanitaria consiste non soltanto nel fornire la cura al degente, ma anche nel procurargli l'assistenza post operatoria, e tutte quelle prestazioni necessarie ad adempiere all'obbligo principale dell'organizzazione sanitaria, ovverosia di curare il malato; obblighi di assistenza e di custodia che possono descriversi come di protezione rispetto a quello principale, nella misura in cui questi siano rispetto a quello serventi (…). In altre parole, l'organizzazione sanitaria ha come oggetto della propria complessa prestazione, la quale ha indubbiamente i connotati dell'impresa o del servizio, non solo la prestazione medica; ciò che il legislatore del 1978 ha riconosciuto, nel delineare la nozione di "servizio sanitario nazionale", definendolo come "il complesso delle funzioni, delle strutture, dei servizi e delle attività destinate alla promozione, al mantenimento, al recupero della salute fisica e psichica di tutta la popolazione"*».

[14] Breda, *La responsabilità della struttura sanitaria tra esigenze di tutela e difficoltà ricostruttive*, cit., 1051. In giurisprudenza, cfr. Cass., Sez. un., 13 aprile 2007, n. 8826, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 1824.

[15] Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 576, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 1824.

[16] Cfr. Cass., 1° dicembre 2010, n. 24401, in *www.deiure.it*.

[17] Cass., 13 aprile 1973, n. 1055, in *www.deiure.it*, relativa all'inosservanza

alla sorveglianza sul coordinamento dei servizi[18], all'utilizzazione di attrezzature adeguate sulla base del raggiunto livello tecnologico[19], all'assistenza post-operatoria, alla vigilanza[20] e alla custodia dei pazienti[21]; ancora, alle prestazioni riconducibili al contratto d'albergo, quali la somministrazione del vitto e la predisposizione di un ambiente per la degenza quanto più accogliente e sicuro, anche in relazione alla tipologia dei pazienti ricoverati[22]; infine alla corretta informativa sul consenso, e alla regolare tenuta della cartella clinica[23].

È evidente, dunque come l'attività del medico non costituisca che solo un momento di una più complessa prestazione, alla cui realizzazione funge un assetto organizzativo istituzionalmente diretto ad erogare servizi sanitari, al punto che si è opportunamente definita "responsabilità da carenza o da inefficienza organizzativa"[24].

---

delle prescrizioni della tecnica psichiatrica in ordine al numero di infermieri occorrenti per ciascun malato di mente, uno dei quali aveva colpito l'infermiere a lui addetto; Trib. Monza, 22 ottobre 2001, in *Giur. milanese*, 2003, 133, relativa alla responsabilità di una struttura ospedaliera per il decesso di una bambina schizofrenica, lanciatasi dall'undicesimo piano attraverso una finestra priva di inferriate, dopo aver approfittato della disattenzione di un inserviente che nel dedicarsi ad altre attività all'interno della stanza non aveva potuto impedire il salto.

[18] Cfr. Trib. Udine, 13 maggio 1991, cit., relativa ad alcune disfunzioni, quali il mancato funzionamento di un monitor o il difettoso procedere di un lettino.

[19] Cfr. App. Napoli, 14 settembre 1979, in *Foro pad.*, 1979, I, 202, per il caso di un apparecchio radiologico erroneamente tarato dal produttore; la sentenza ha dichiarato la responsabilità tanto del produttore quanto della struttura, per la mancata preventiva effettuazione di sperimentazioni di controllo.

[20] Cfr. Trib. Trieste, 30 aprile 1993, in *Rep. Foro it.*, 1994, voce *Sanitario*, n. 353, in *Resp. civ. prev.*, 1994, n. 302, inerente ad un caso di lesioni riportate a seguito di un tentativo di suicidio di un paziente affetto da delirium tremens causato da etilismo acuto.

[21] Cass., 4 agosto 1987, n. 6707, in *Foro it*., 1988, I, 1629, relativa ad un caso di rapimento di un neonato dal nido presso cui si trovava a seguito del parto.

[22] Puccella, *Prestazione medica negligente - Responsabilità dell'ente ospedaliero*, in *Nuova giur. civ. comm*., 1988, I, 614.

[23] Cfr. Cass., 21 luglio 2003, n. 11316, in *www.deiure.it*.

[24] In tali termini, esplicitamente, *ex multiis*, Trib. Varese, 16 giugno 2003, in *Danno resp*., 2004, 891, con nota di Amato, *Note a margine di un caso di responsabilità autonoma della struttura ospedaliera*; Trib. Venezia, 10 maggio 2004, in *Danno resp*., 2005, 426, con nota di Agnino, *Non fidarsi è meglio: responsabilità da cartella clinica "reticente"*. Così è censurabile l'operato della struttura sanitaria per la mancata presenza di un medico specialista a causa della quale sia precluso l'utilizzo di apparecchiature sofisticate ed il ricorso alle tecniche più avanzate o l'attuazione di protocolli gestionali corretti Ed ancora, la struttura è responsabile della razionale ed adeguata dislocazione dei vari servizi,cosicché le urgenze possano essere fronteggiate con le necessaria tempestività consentendo il rapido intervento degli specialisti ed il pronto trasferimento del paziente nel reparto più idoneo alla sua cura. Analogamente è stato ritenuto necessario che i locali siano idonei per am-

A ciò consegue, dunque, l'apertura ad autonome forme di responsabilità dell'ente, che prescindono dall'accertamento di una condotta negligente dei singoli operatori (medici e paramedici), e trovano, invece, la propria fonte nell'inadempimento delle obbligazioni direttamente riferibili ad esso.

Ebbene, così ricondotta la responsabilità della struttura ad un autonomo contratto (di spedalità), si profila un doppio binario di "rispondenza" per la struttura di cura, la quale, risponde:

1. dell'inadempimento delle obbligazioni direttamente a suo carico, ordinariamente, ovvero ai sensi dell'art. 1218 c.c.[25];
2. dell'inesatto adempimento delle obbligazioni mediche in senso stretto, che svolge attraverso i medici e il personale ausiliario inserito nella propria organizzazione, a norma del disposto dell'art. 1228 c.c., di tal guisa abbandonando ogni richiamo, alquanto artificioso, alla disciplina del contratto d'opera professionale.

4. La lettura combinata delle pronunce in commento offre l'occasione per precisare la completa equiparazione della struttura privata a quella pubblica quanto al regime di responsabilità testé descritto.

A detta conclusione si è pervenuti considerando che identico, soprattutto, è l'interesse per la cui tutela e realizzazione ospedali pubblici e case di cura private operano (la salute del paziente, tutelato quale diritto fondamentale dalla Costituzione) e che equivalenti sono gli obblighi che a livello normativo gravano sui due tipi di strutture verso i fruitori dei relativi servizi, identiche le prestazioni ad essi richieste[26], posto, peraltro, che il legislatore si è mosso nella direzione di parificare le strutture private a quelle pubbliche,

---

piezza e sotto il profilo igienico alle funzioni che vi si svolgono; inoltre è censurabile la mancanza di moderne apparecchiature terapeutiche e diagnostiche e la loro non perfetta manutenzione. La struttura sanitaria sarà in ogni caso responsabile pure «*per i farmaci non idonei, sia per tipologia che per essere "superati" da altri più efficaci, dovendo somministrare i farmaci più efficaci e sicuri sul mercato e incombendo sulla stessa struttura e sui suoi sanitari un generico obbligo di aggiornamento professionale in ordine alle indicazioni terapeutiche e cliniche, comprensivo anche dei nuovi farmaci esistenti in commercio*». In tal senso CHINDEMI, *Il danno da perdita di chance*, Milano, 2001, 963 ss.; TIBERIO, CHIARA, *Il rischio da insufficienza organizzativa e strutturale nell'esperienza del chirurgo d'urgenza*, in *Resp. civ. prev*., 2001, 514 ss.

[25] La responsabilità della casa di cura privata nei confronti del paziente ha dunque natura contrattuale e può conseguire a norma dell'art. 1218 c.c., all'inadempimento di quelle obbligazioni che sono direttamente a carico dell'ente debitore. Può anche conseguire, a norma dell'art. 1228 c.c., all'inadempimento della prestazione medico-professionale svolta direttamente dal sanitario, che assume la veste di ausiliario necessario del debitore: cfr. Cass., 14 luglio 2004, n. 13066, in *www.dejure.it*.

[26] Trib. Monza, 7 giugno 1995, cit.

lasciando al cittadino la libera scelta del luogo di cura tra tutte le strutture ed i professionisti accreditati dal servizio sanitario nazionale, in quanto in possesso dei requisiti minimi richiesti dalla legge e che abbiano accettato il sistema della remunerazione a prestazione.

Le considerazioni che precedono rendono doveroso lo sforzo di apprestare costantemente strumenti di tutela adeguati ed omogenei, senza possibilità di limitazioni di responsabilità o di differenze risarcitorie dovute ad elementi meramente formali, quali la diversa natura, pubblica o privata, della struttura sanitaria[27]. Di tal ché, come di recente statuito dal Supremo Consesso a Sezioni Unite «*non assume, in particolare, più rilevanza, ai fini della individuazione della natura della responsabilità della struttura sanitaria se il paziente si sia rivolto direttamente ad una struttura sanitaria del SSN, o convenzionata, oppure ad una struttura privata o se, invece, si sia rivolto ad un medico di fiducia che ha effettuato l'intervento presso una struttura privata. In tutti i predetti casi è ipotizzabile la responsabilità contrattuale dell'ente*»[28].

5. Il riconoscimento di un'autonoma responsabilità dell'ente ospedaliero per i danni sofferti dai propri pazienti a causa di un *deficit* organizzativo rende necessario chiarire cosa debba intendersi per "buona organizzazione", individuando il livello minimo di efficienza strutturale ed organizzativa esigibile dagli enti sanitari.

Si tratta di un'operazione assolutamente delicata e complessa, nella quale va contemperata l'esigenza di tutela del creditore, «*nel senso di non accollare al paziente stesso il rischio da inefficienza della struttura ospedaliera...*"[29], con quello di ragionevolezza nella esigibilità della condotta della struttura sanitaria, cui d'altro canto, "*non sembra né ragionevole né giusto addossare all'ente ospedaliero qualunque rischio connesso alla organizzazione della sua struttura*"[30].

Va dato atto che, nel tempo, si sono registrati numerosi interventi normativi volti a imporre determinati standard di organizzazione.

---

[27] Cfr. Miriello, *Nuove e vecchie certezze sulla responsabilità medica*, in *Resp. civ.*, 2009, 3 ss. Analogamente, Lepre, *Attività medica in regime intramurario e responsabilità della struttura sanitaria*, *ivi*, 2001, 698.

[28] Cfr. la più volte citata Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno resp.*, 2008, 788 ss., 871, con nota di Nicolussi, e 1002, con nota di Gazzarra. Conformi, nella giurisprudenza di legittimità, Cass., 28 novembre 2007, n. 24742, in *www.dejure.it*; Cass., 30 giugno 2011, n. 14402, *ivi*; e in quella di merito: Trib. Piacenza, 6 marzo 2012, n. 146, in *Resp. civ. prev.*, 2013, 244 ss. *Contra*, si veda Cass., 18 agosto 2011, n. 16866, in *www.deiure.it* e Trib. Milano, 22 aprile 2008, in *Danno resp.*, con nota di Breda.

[29] Iudica, *Danno alla persona per inefficienza della struttura sanitaria*, in *Resp. civ. prev.*, 2001, 9. Nello stesso senso, Agnino, *Responsabilità della struttura ospedaliera: si rafforza la tutela per i «malati»*, in *Danno resp.*, 2005, 545.

[30] Iudica, *Danno alla persona per inefficienza della struttura sanitaria*, cit., 9.

Si pensi, a mero titolo esemplificativo, alla individuazione dei requisiti minimi strutturali delle strutture private accreditate, valevoli anche per le strutture pubbliche, operata con d.P.R. 14 gennaio 1997 (*Approvazione dell'atto di indirizzo e coordinamento alle regioni e alle Province autonome di Trento e Bolzano, in materia di requisiti strutturali, tecnologici ed organizzativi minimi per l'esercizio delle attività sanitarie da parte delle strutture pubbliche e private*) ancora, al il *d.P.C.M. 1° settembre 2000,* rubricato "*Atto di indirizzo e coordinamento in materia di requisiti strutturali, tecnologici ed organizzativi minimi per l'esercizio delle attività sanitarie relative alla medicina trasfusionale*" e al *d.P.C.M. 20 gennaio 2000* relativo requisiti strutturali, tecnologici ed organizzativi minimi per i centri residenziali di cure palliative.

Inoltre, il legislatore ha ritenuto di intervenire in specifici settori di attività.

In proposito, ai fini che qui interessano, vanno menzionati, il decreto del Ministero della Sanità 21 luglio 1990, con il quale è stato reso obbligatorio il test per l'epatite C; la legge 4 maggio 1990 n. 107, in tema di «*Disciplina per le attività trasfusionali relative al sangue umano ed i suoi componenti e per la produzione di plasmaderivati*»; il d.m. 27 dicembre 1990, in tema di «*Caratteristiche e modalità per la donazione del sangue ed emoderivati*», infine il d.m. 15 gennaio 1991 in tema di «*Protocolli per l'accertamento della idoneità del donatore di sangue ed emoderivati*».

Tali norme sono di certo utili per determinare il contenuto dell'obbligo che fa capo all'ente sanitario, con la conseguenza che l'inosservanza delle stesse (*id est* il mancato adeguamento allo parametro organizzativo in esse indicato) comporta la configurabilità di una responsabilità *ex* art. 1218 c.c.

Tuttavia occorre considerare che: a) in molti settori dell'attività sanitaria manca un'apposita normazione di questo tipo; b) anche nei settori regolamentati, non sempre può affermarsi *sic et simpliciter* che l'osservanza della disposizione normativa determini l'esenzione da responsabilità dell'ente.

In dette ipotesi, invero, si ritiene che la struttura sanitaria continuerà ad essere responsabile delle inefficienze ascrivibili alla violazione del dovere di diligenza qualificata di cui all'art. 1176, comma 2 c.c.

Una concretizzazione di tale principio potrebbe desumersi dalla disciplina in tema di responsabilità del produttore. All'uopo, una dottrina, ritenendo di potere considerare la struttura sanitaria come una vera e propria impresa "professionista" e il paziente come il "consumatore" dei servizi sanitari, ha proposto di ricavare i criteri per determinare il contenuto del dovere di organizzazione e dotazione tecnica dell'ente sanitario dall'*art. 5, d.p.r. 24.5.1988, n. 224* – relativo alla c.d. responsabilità del produttore –, configurando in tal modo, a carico dell'ente ospedaliero, «*un obbligo di fornire al paziente la sicurezza di uno standard organizzativo tollerabile, perché corrispondente a quello che, tenuto conto del luogo, del tempo, delle circostanze, e delle altre strutture ospedaliere affini, si può considerare normale*

e tale che il paziente medio di buona fede può ragionevolmente attendersi e ragionevolmente prevedere»[31].

In tale prospettiva il provvedimento adottato dal Tribunale di Perugia in data 25 gennaio 2014, correttamente osserva che «*gli obblighi a carico della struttura ai fini della declaratoria della sua responsabilità vanno posti in relazione agli obblighi normativi esistenti al tempo dell'intervento e relativi alle trasfusioni di sangue*».

6. Le pronunce che si annotano affrontano altresì, il tema della responsabilità della struttura sanitaria per inesatta esecuzione della prestazione di diagnosi e cura da parte del medico dipendente.

Come già osservato e, compiutamente ribadito dalle pronunce in commento, superata la concezione tradizionale che ancorava la responsabilità dell'ente a quella del professionista intellettuale, tale fattispecie si ritiene governata dal disposto dell' art. 1228 c.c., il quale sotto la rubrica "responsabilità per fatto degli ausiliari", prevede che «*salva diversa volontà delle parti, il debitore che nell'adempimento dell'obbligazione si avvale dell'opera di terzi risponde anche dei fatti dolosi o colposi di costoro*».

La *ratio* della disposizione riposa nella necessità di tutelare il creditore, che, esposto nell'esecuzione della prestazione all'ingerenza di soggetti a lui estranei, ha diritto di continuare a fare affidamento sulla responsabilità del debitore originario (specialmente quando soggetto d'indubbia solvibilità), senza che il ricorso all'ausiliario importi una sostituzione di altri soggetti[32] a quello originariamente responsabile[33]. In tal senso, la norma individua nel debitore e non nell'ausiliario il soggetto vincolato ex contractu, affinché «… *l'esecuzione del rapporto non imponga al creditore, senza la sua accettazione, le particolari ingerenze di soggetti che, a lui estranei, siano responsabili in proprio in sostituzione del debitore originario*»[34].

In passato, il fondamento di simile responsabilità si ravvisava nell'obbligo di vigilanza e/o di controllo dell'ente ospedaliero sulla prestazione professionale di competenza dei propri ausiliari. Da ciò la responsabilità

---

[31] IUDICA, *Danno alla persona*, cit., 11 s., alle cui conclusioni aderisce AGNINO, *Responsabilità della struttura*, cit., 546.

[32] Ovvero d'altri patrimoni, agli effetti dell'art. 2740 c.c., esposti alle azioni esecutive del creditore-danneggiato.

[33] BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1979, 454, il quale precisa «*il soggetto che crea o attua un rapporto giuridico con il terzo attraverso l'attività di un cooperatore che rimane estraneo al rapporto, assume nei confronti del terzo i risultati positivi e le conseguenze dannose di tale attività*». Cfr. anche VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile. Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile*, 2005, 774. In giurisprudenza, cfr. Cass., 17 maggio 2001, n. 6756, in *www.deiure.it*.

[34] BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma,1979, 41.

della struttura sanitaria ai sensi della succitata disposizione per errata scelta dei terzi di cui si fosse avvalsa, ovvero per omessa vigilanza sulla condotta da questi assunta nello svolgimento delle mansioni[35].

Con il tempo, tuttavia, il rilievo attribuito ai profili *culpa in vigilando* e *in eligendo* è progressivamente scemato, ritenendosi che, a prescindere da qualsiasi valutazione in merito allo sforzo diligente impiegato nella scelta e/o nella utilizzazione dei propri ausiliari, la responsabilità della struttura consegua alla mera circostanza di essersi servita dell'operato di terzi allo scopo di esecuzione della prestazione sanitaria nei confronti del paziente, ciò che implica per essa struttura l'assunzione del rischio della correttezza o meno della condotta dai medesimi posta in essere, secondo il principio *cuius commoda eius incommoda*[36].

Orbene, se la mera assunzione del rischio d'opera di terzi basta a fondare la predetta responsabilità della struttura pare inevitabile che la giurisprudenza, una volta accertato che il danno sofferto dal paziente sia scaturito dall'imperito e negligente comportamento del sanitario, arrivi di diritto a condannare la struttura *ex* art. 1228 c.c., ravvisando una ipotesi di responsabilità oggettiva che troverebbe la propria ragion d'essere nell'impossibilità per la struttura sanitaria (pubblica o privata che sia) di fornire una propria prova liberatoria, diversa ed ulteriore rispetto a quella rimessa al sanitario chiamato a dimostrare la diligente esecuzione della prestazione di diagnosi e cura e/o il verificarsi di eventi imprevisti e imprevedibili, del tutto indipendenti dalla propria condotta.

Invero, sebbene con precipuo riferimento alla prova liberatoria, la struttura possa andare esente da responsabilità dimostrando l' inesistenza dei

---

[35] *Ex multiis*, Trib. Roma, 28 giugno 1982, in *Temi Romana*, 1982, 601 ss.

[36] Cfr. Cass., 8 gennaio 1999, n. 103, in *Resp. civ. prev.*, 1999, 683, ove si legge che «*La responsabilità della casa di cura è responsabilità per inadempimento dell'obbligazione che la stessa casa di cura assume di prestare la propria organizzazione aziendale per l'esecuzione dell'intervento richiesto (…) all'adempimento dell'obbligazione ora indicata è collegata la remunerazione della prestazione promessa, in essa incluso anche il costo, inteso come rischio, dell'esercizio dell'attività di impresa (…) naturalmente nel rischio prima indicato è compreso anche quello della distribuzione delle competenze tra i vari operatori, delle quali il titolare dell'impresa risponde ai sensi dell'art. 1228 c.c. (…) l'art. 1228 c.c. svolge esattamente la funzione di attribuire il rischio dell'attività degli ausiliari della prestazione a chi si appropria dei vantaggi della prestazione*». Conformemente, in dottrina Iudica, *Danno alla persona per inefficienza della struttura sanitaria*, cit., 13, ha sostenuto che «*La struttura ospedaliera, pubblica o privata, è ormai considerata alla stregua di una vera e propria impresa, e non importa se profit o no profit, governata dalle regole della economicità e della imprenditorialità, che opera sul mercato dal lato dell'offerta di servizi (di natura medico sanitaria) per venire incontro alla domanda degli utenti che di essi hanno bisogno. È naturale, perciò, in questa prospettiva, che il rischio di impresa debba essere sopportato, nella sua interezza, da chi la esercita, cioè dall'imprenditore, ancorché si tratti di impresa sanitaria, e che dunque non venga addossato, senza ragioni formali, a terzi e tanto meno riversato sulle spalle dei consumatori utenti*».

presupposti della responsabilità per fatto altrui, quali il rapporto di preposizione e la relazione di causalità (*rectius*, di occasionalità necessaria) tra il danno e l'esercizio delle incombenze da parte dell'ausiliario, va dato atto che le sempre più avvertite esigenze di massima tutela del paziente hanno comportato una lettura in chiave sempre più "oggettiva" dell'art. 1228 c.c.

All'uopo, ai fini della declaratoria di responsabilità della struttura sanitaria non è necessario che tra essa ed il medico vi sia un vero e proprio rapporto di lavoro subordinato[37]. Nel concetto di ausiliario sono, infatti, ricompresi tutti coloro dei quali il debitore si serve nell'esecuzione della prestazione, indipendentemente dal rapporto che ne caratterizza i rispettivi obblighi[38]. Nemmeno rileva, peraltro, che il sanitario che esegue l'intervento sia anche sanitario di fiducia del paziente, ove la scelta cada comunque su di un soggetto inserito nell'organizzazione aziendale[39]. Inoltre, ai fini della occasionalità necessaria, la struttura sanitaria non potrebbe giovarsi di una distinzione tra condotta dolosa o colposa del proprio ausiliario: la preponente è responsabile di tutte le ingerenze dannose della condotta del dipendente e, conseguentemente dei danni che il medico può arrecare in ragione di quel particolare "contatto" instaurato col paziente[40], pur quando la condotta costituisca un abuso.

7. La ricostruzione in termini di contrattuali del rapporto struttura-paziente determina importanti conseguenze sul piano della ripartizione e del contenuto degli oneri probatori.

Sul punto, il Tribunale di Perugia, facendo applicazione dei criteri di distribuzione dell'onere della prova in relazione al rapporto contrattuale tra struttura sanitaria e paziente – progressivamente elaborati dalla giurisprudenza e di recente ribaditi dalle Sezioni Unite – afferma che in tema di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria (e di responsabilità

---

[37] Cass., 8 gennaio 1999, n. 103, in *Resp. civ. prev*., 1999, 683, con nota di Sanna, *I mille volti della responsabilità medica: la responsabilità della casa di cura privata*.

[38] Cfr. la recentissima App. Palermo, 23 gennaio 2013, n. 2129. In dottrina cfr. Stanzione, Zambrano, *Attività sanitaria e responsabilità civile*, Milano, 1998, 538 ss.; Nocco, *La responsabilità medica e le regole giurisprudenziali*, in Comandè, Turchetti (a cura di), *La responsabilità sanitaria. Valutazione del rischio e assicurazione*, Padova, 2004, 71 ss.

[39] Cfr. Cass., Sez. un., 13 aprile 2007, n. 8826, cit., 2007, 1824; Cass., 14 luglio 2004, n. 13066, cit.; Trib. Milano, 8 agosto 2005, in *Giustizia a Milano*, 2005, 51.

[40] Alla responsabilità medica è così trasposta la regola già enunciata nella responsabilità aquiliana di padroni e committenti, secondo la quale «*il dolo del commesso nel compiere il fatto dannoso non esclude il rapporto di occasionalità necessaria con le mansioni affidategli, da intendersi nel senso che l'illecito è stato reso possibile o comunque agevolato dal rapporto di lavoro con il committente, che pertanto ne risponde ai sensi dell'art. 2049 c.c.*». Cfr. Cass., 14 novembre 1996, n. 9984, in *Resp. civ. e prev.*, 1998, 455.

professionale da contatto sociale del medico), ai fini del riparto dell'onere probatorio l'attore, paziente danneggiato, deve limitarsi a provare l'esistenza del contratto (o il contatto sociale) e l'insorgenza o l'aggravamento della patologia ed allegare l'inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato, rimanendo a carico del debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante[41]. Tale approdo giurisprudenziale costituisce applicazione, nello specifico settore della responsabilità sanitaria, del principio della vicinanza della prova, elaborato in via generale dalla nota sentenza Cassazione, Sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533[42], secondo cui l'onere probatorio tra le parti deve distribuirsi in base alle regole generali vigenti in materia contrattuale, le quali non differiscono a seconda che si tratti di inadempimento *tout court* o di inesatto adempimento, né in base al tipo di obbligazione o alla domanda con la quale si agisce in giudizio (adempimento coattivo, risoluzione, risarcimento). Infatti, in ogni caso, il creditore è tenuto a provare la fonte del proprio diritto limitandosi alla mera allegazione dell'inadempimento della controparte, mentre grava sul debitore convenuto l'onere di provare il fatto estintivo, cioè l'avvenuto adempimento.

Nel 2004, la Suprema Corte con tre storiche pronunce[43], ha per la prima volta trasposto tale principio nelle cause di responsabilità medica.

Attualmente, pertanto, costituisce orientamento consolidato – al quale si richiamano anche le sentenze in commento – quello secondo cui, in base al principio di riferibilità o vicinanza della prova, compete al medico, che è in possesso degli elementi utili per paralizzare la pretesa del creditore, provare l'incolpevolezza dell'inadempimento (ossia della impossibilità della prestazione per causa non imputabile al debitore e la diligenza nell'adempimento, tanto più se l'esecuzione della prestazione consista nell'applicazione di regole tecniche, sconosciute al creditore in quanto estranee al bagaglio della comune esperienza e specificamente proprie di quello del debitore nella specie specialista di una professione protetta)[44].

FLAVIA RUSSO

---

[41] Cfr. da ultimo Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit.

[42] In *Corr. giur.*, 2001, 1565.

[43] Cass., 28 maggio 2004, n. 10297; Cass., 19 maggio 2005, n. 9471; Cass., 21 giugno 2004, n. 11488, tutte in *Danno resp.*, 2005, 23 ss.

[44] CIATTI, *Responsabilità medica e decisione sul fatto incerto*, Padova, 2002, 167 ss.

DIRITTO PENALE

UFFICIO DEL GIUDICE PER LE INDAGINI PRELIMINARI (decreto) – 10 settembre 2014 – *Est.* Semeraro – R. A.

Archiviazione – Opposizione della persona offesa – Requisiti di ammissibilità – Investigazione suppletiva – Elementi di prova – Necessità – Irrilevanza investigazioni suppletive – Difetto incidenza concreta sul tema della decisione – Inammissibilità dell'opposizione – Deliberazione *de plano* – Ragioni (c.p.p., art. 410).

Il giudice per le indagini preliminari può deliberare de plano sull'inammissibilità dell'opposizione della persona offesa alla richiesta di archiviazione del P.M. non solo nel caso in cui non siano state indicate investigazioni suppletive, ma anche quando queste vengano ritenute irrilevanti, non già sotto il profilo prognostico del loro esito, bensì per il difetto di incidenza concreta sul tema della decisione, in quanto finalizzate ad approfondire gli stessi temi di indagine già esaminati e giudicati inidonei a ritenere configurabile il reato denunciato (1).

(*Omissis*). Avverso la richiesta di archiviazione del p.m. hanno proposto opposizione le persone offese. Va premesso che condizioni di ammissibilità, ai sensi dell'art. 410, comma 2, c.p.p., della opposizione alla richiesta di archiviazione sono l'indicazione dell'oggetto della investigazione suppletiva e dei relativi mezzi di prova.

Infatti, la persona offesa che deduca in sede di opposizione alla richiesta di archiviazione solo argomenti relativi alla fondatezza della notizia di reato non ha diritto alla fissazione dell'udienza in camera di consiglio (cfr. Cass. Sez. 6ª n. 21226 del 03/04/2013, alla cui motivazione si rimanda che opera una interpretazione letterale e sistematica dell'art. 410 c.p.p.).

L'indicazione dell'oggetto della investigazione suppletiva e dei relativi mezzi di prova deve essere concreta e specifica e l'investigazione suppletiva deve possedere i caratteri della pertinenza e della rilevanza, intendendosi per pertinenza l'inerenza alla notizia di reato e per rile-

vanza l'incidenza concreta sulle risultanze dell'attività compiuta nel corso delle indagini preliminari (Cass. Sez. Unite, Sentenza n. 2 del 14/02/1996): di entrambi i profili, del provvedimento che dichiara l'inammissibilità dell'opposizione, deve essere data adeguata motivazione, la quale in ordine all'irrilevanza della investigazione suppletiva può essere desunta implicitamente anche da quella relativa alla manifesta infondatezza della "*notitia criminis*", onde verificare che non vi sia stato un uso distorto del potere di evitare il contraddittorio; cfr. in tal senso Cass. Sez. 5° sent. n. 53 del 12/1/1999 – 25/2/1999; cfr. Cass. Sez. 5°, sentenza n. 21939 del 06/05/2010: "L'opposizione alla richiesta di archiviazione può ritenersi idonea a legittimare l'intervento della persona offesa nel procedimento (e quindi ad instaurare il contraddittorio nel previsto rito camerale) in quanto contenga quegli elementi di concretezza e di specificità previsti tassativamente dall'art. 410, primo comma, cod. proc. pen., consistenti nell'indicazione dell'oggetto delle indagini suppletive e dei relativi elementi di prova che devono caratterizzarsi per la pertinenza, ossia l'inerenza rispetto alla notizia di reato, e per la rilevanza, ossia l'incidenza concreta sulle risultanze dell'attività compiuta nel corso delle indagini preliminari").

Trattandosi d'investigazione "suppletiva", la persona offesa ha l'onere di indicare quei mezzi di prova volti a dimostrare un *quid pluris* rispetto a quanto già raccolto nella fase delle indagini preliminari. Deve cioè indicare un mezzo di prova volto a dimostrare un fatto "nuovo" o ad integrare un atto investigativo carente.

Pertanto, il giudice per le indagini preliminari può deliberare "*de plano*" sull'inammissibilità dell'opposizione della persona offesa alla richiesta di archiviazione del P.M. non solo nel caso in cui non siano state indicate investigazioni suppletive, ma anche quando queste vengano ritenute irrilevanti, non già sotto il profilo prognostico del loro esito, bensì per il difetto di incidenza concreta sul tema della decisione, in quanto finalizzate ad approfondire gli stessi temi di indagine già esaminati e giudicati inidonei a ritenere configurabile il reato denunciato.

È stata poi ritenuta inammissibile l'opposizione ove il mezzo di prova richiesto sia l'interrogatorio dell'indagato, non costituendo quest'ultimo uno strumento d'indagine ma di garanzia e di difesa (cfr. Cass. Sez. 2ª, Sentenza n. 158 del 27/11/2012).

È possibile di conseguenza dichiarare l'inammissibilità dell'opposizione in caso di remissione di querela o anche in caso di reato procedibile a querela, ove la querela non sia stata presentata o sia stata presentata tardivamente.

Ciò perché (cfr. Cass., Sez. 5, 10.5.1996, n. 4746) la mancanza di una condizione di procedibilità, come la querela, osta all'inizio di qualsiasi attività processuale, e quindi, di qualsiasi altra indagine in fatto (cfr.

nello stesso senso Cass. Sez. Unite, Sentenza n. 49783 del 24/09/2009: La declaratoria di improcedibilità per difetto di querela prevale su quella determinata dall'estinzione del reato per morte dell'imputato giacché la mancanza di una condizione di procedibilità osta a qualsiasi altra indagine in fatto). Di conseguenza, ogni ulteriore accertamento è irrilevante.

Va poi osservato che l'irrilevanza dell'investigazione suppletiva può essere desunta implicitamente anche dalla motivazione relativa alla manifesta infondatezza della "*notitia criminis*".

Va poi ricordato che il controllo del giudice sulla richiesta di archiviazione è limitato soggettivamente ed oggettivamente, nel senso che il Giudice per le indagini preliminari non può emettere un ordine di imputazione coatta nei confronti di persona non indagata o per reati diversi da quelli per il quale il pubblico ministero ha richiesto l'archiviazione.

In tali casi il Giudice per le indagini preliminari deve limitarsi ad ordinare al p.m. le iscrizioni nel registro di cui all'art. 335 cod. proc. pen. della persona non indagata o del "nuovo" reato sottoposto al suo giudizio (cfr. in tal senso Cass. Sez. Unite, Sentenza n. 4319 del 28/11/2013).

Orbene, nel caso in esame la manifesta infondatezza della notizia di reato di calunnia rende in primo luogo inammissibile le opposizioni presentate dalle persone offese.

Infatti, se non veritiere sono risultate le affermazioni dell'indagato, dall'altro per potersi configurare il reato di calunnia è necessario non che tali dichiarazioni siano false, bensì che attribuiscano ad un determinato soggetto condotte che siano idonee ad integrare un reato.

Le frasi riferite dall'indagato non contengono alcuna attribuzione di condotte costituenti un reato. Tale non è la ventilata connivenza – neanche camorristica – o la detenzione di un dipendente della società o ancora l'ambiguo riferimento al rapporto di parentela.

La difficoltà di individuare i reati falsamente attribuiti alle persone offese emerge anche dalla stessa formulazione dell'incolpazione da parte della Procura della Repubblica di Firenze: nell'incolpazione infatti i reati di cui sarebbero state accusate le persone sono totalmente omessi.

È pertanto condivisibile la valutazione del p.m. che, nella richiesta di archiviazione, motiva anche sulla diversa qualificazione giuridica dello stesso fatto nel reato di diffamazione, ritenendo però l'improcedibilità per mancanza di querela.

Rispetto però a tale ipotesi di reato, contrariamente a quanto sostenuto dalle difese […], il reato è effettivamente improcedibile per difetto di querela.

Infatti, solo la persona offesa […] ha presentato querela nei confronti dell'indagato: da tale querela è però sorto – come rappresentato negli atti di opposizione – un altro procedimento penale, nel quale la persona offesa potrà far valere le sue ragioni.

Nel caso in esame infatti non trova applicazione l'invocato art. 122 c.p.

Secondo il costante indirizzo della giurisprudenza […] l'art. 122 c.p. si applica soltanto nell'ipotesi di reato unico con pluralità di persone offese, ciascuna delle quali è titolare di un autonomo diritto di querela. La sostanziale unicità del fatto fa sì che la querela proposta da uno solo dei soggetti passivi è sufficiente a rimuovere l'ostacolo all'esercizio dell'azione penale ed a rendere il reato perseguibile per tutti, anche per i non-querelanti che possono così costituirsi parte civile.

Però, presupposto del concetto di reato unico è che il fatto-reato, ancorché produttivo di conseguenze pregiudizievoli per una pluralità di persone, si realizzi attraverso un unico illecito penale al quale sia correlata un'unica sanzione.

Solo la coincidenza, in senso naturalistico, tra unicità di azione ed unicità di reato giustifica, infatti, stante la sostanziale identità, la prevalenza dell'interesse punitivo dello Stato rispetto all'interesse dei singoli, facendo sì che per la punibilità del reato che offenda più persone sia sufficiente la querela proposta da uno solo dei soggetti lesi. (*Omissis*).

Pertanto, tutte le investigazioni suppletive richieste sono prive di pertinenza (cioè di inerenza alla notizia di reato) e di rilevanza (che è l'incidenza concreta sulle risultanze dell'attività compiuta nel corso delle indagini preliminari) perché mai potrebbero portare all'esercizio dell'azione penale per le considerazioni ora esposte. (*Omissis*).

(1) "L'irrilevanza dell'investigazione suppletiva" nel vaglio d'ammissibilità dell'opposizione dell'offeso dal reato

Sommario: 1. *Considerazioni introduttive* - 2. *Le prerogative dell'offeso dal reato nell'ambito delle scelte abdicative del pubblico ministero* - 3. *I presupposti di ammissibilità dell'opposizione di cui all'art. 410 c.p.p.* - 4. (Segue): *"l'irrilevanza dell'investigazione suppletiva" nell'interpretazione giurisprudenziale*

1. *Considerazioni introduttive*

Chiamato a valutare l'ammissibilità dell'opposizione presentata dalla persona offesa avverso la richiesta di archiviazione del pubblico ministero, il g.i.p. può deliberarne *de plano* l'inammissibilità non solo nel caso in cui non siano state indicate investigazioni suppletive, ma anche qualora le stesse siano state "inutilmente indicate", ovverosia qualora le stesse si appalesino irrilevanti per il difetto di incidenza concreta sul tema della decisione, in quanto finalizzate ad approfondire gli stessi temi di indagine già esaminati

e già giudicati inidonei a ritenere configurabile il reato denunciato. Questa, in estrema sintesi, la massima enucleabile dal provvedimento che qui si annota, con il quale il Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Perugia affronta la tematica concernente l'opposizione alla richiesta di archiviazione formulata dalla persona offesa in dissenso rispetto alle scelte abdicative del pubblico ministero.

Dopo aver richiamato le condizioni di ammissibilità dell'opposizione in parola — espressamente codificate dall'art. 410, comma 1, c.p.p. nell'indicazione dell'«oggetto della investigazione suppletiva» e dei «relativi mezzi di prova» — l'Organo Giudicante si sofferma sui caratteri "strutturali" delle medesime, così come progressivamente delineati in via giurisprudenziale. Assumono, così, autonomo rilievo giuridico, ai fini della preliminare valutazione di ammissibilità della spiegata opposizione demandata al g.i.p., taluni specifici attributi dell'investigazione suppletiva — quali quelli della «pertinenza» e della «rilevanza» — che, pur estranei al lessico codicistico, concorrono a definire il presupposto *ex lege* previsto. Giova, a questo punto e sin da ora, precisare come, in modo pressoché pacifico, la pertinenza è stata ricondotta all'inerenza alla notizia di reato, laddove la rilevanza è stata interpretata in relazione all'incidenza concreta sulle risultanze dell'attività compiuta nel corso delle indagini preliminari.

Ed invero — come si avrà modo di osservare in modo più approfondito nel prosieguo — la materia di cui ci si occupa è stata oggetto, negli anni, della costante attenzione interpretativa della giurisprudenza di legittimità, che ha contribuito a circostanziare l'ambito di operatività dei requisiti normativi cui il legislatore subordina l'ammissibilità dell'opposizione dell'offeso dal reato.

L'esame della decisione in commento costituisce, dunque, valida occasione per una riflessione sistematica, che, partendo dallo studio delle prerogative dell'offeso dal reato nel quadro delle scelte di inazione del pubblico ministero, si focalizzi, poi, sui presupposti — normativi e, soprattutto, giurisprudenziali — di ammissibilità dell'opposizione alla richiesta di archiviazione disciplinata dall'art. 410 c.p.p.

2. *Le prerogative dell'offeso dal reato nell'ambito delle scelte abdicative del pubblico ministero*

Destinataria, rispetto al codice previgente [1], di significative prerogative

---

[1] Come sottolinea Aprile, *Il ruolo della persona offesa nelle recenti riforme del processo penale*, in *Cass. pen.*, 2003, 1722, il codice di rito del 1930 conferiva alla persona offesa «una posizione sostanzialmente secondaria rispetto a quella degli altri soggetti processuali, negandole espressamente la titolarità di diritti ed attribuendole alcune specifiche facoltà — presentare memorie, indicare elementi di prova e proporre indagini per l'accertamento della verità — esercitabili esclusivamente nella fase istruttoria (art. 306 c.p.p. 1930)». Secondo quest'ultima previsione normativa,

sia nella fase procedimentale sia nella fase processuale vera e propria, la persona offesa dal reato [2] ha acquisito dignità di autonomo soggetto processuale, legittimato, *ex* art. 90, comma 1, c.p.p., ad interloquire direttamente con il giudice e con il p.m., presentando memorie e indicando elementi di prova «in ogni stato e grado del procedimento», con esclusione del solo giudizio di cassazione.

È stata, invece, riproposta — stante la non necessaria coincidenza di entrambe le qualità nei due soggetti — la differenziazione tra la figura della persona offesa — identificabile, con terminologia ormai invalsa nella letteratura specialistica [3], nella vittima del reato, cioè a dire in colui che è titolare del bene giuridico leso o messo in pericolo dal reato — e quella della parte civile — individuabile, viceversa, nel danneggiato dal reato, facoltizzato, ai sensi dell'art. 74 c.p.p., a far valere nel processo penale una pretesa patrimoniale di natura restitutoria o risarcitoria [4].

---

l'offeso aveva soltanto la facoltà di «indicare elementi di prova e proporre indagini per l'accertamento della verità» (comma 1), fermo restando che «l'esercizio di questa facoltà non [conferiva] alla predetta persona alcun altro diritto nel procedimento» (comma 2). Per una ricostruzione, in chiave storica, del ruolo processuale della persona offesa, cfr. Tranchina, *La vittima del reato nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 2010, 4051.

[2] Sul ruolo e sulle prerogative di tale soggetto del procedimento penale nella disciplina del codice di rito del 1988, cfr., *ex multis*, Amodio, *Persona offesa dal reato*, in Amodio-Dominioni (diretto da), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, I, Milano, 1989, 533 ss.; Bresciani, *Persona offesa dal reato*, in *Dig. disc. pen.*, IX, Torino, 1995, 527 ss.; Pansini, *Contributo dell'offeso e snodi procedimentali*, Padova, 2004, *passim*; Paulesu, *Persona offesa dal reato*, in *Enc. dir.*, Ann. II, t. I, Milano, 2008, 593 ss.; Pennisi, *Persona offesa*, in *Enc. dir.*, I Agg., Milano, 1997, 790 ss.; Quaglierini, *Le parti private diverse dall'imputato e l'offeso dal reato*, Milano, 2003, 155 ss.; Tessa, *La persona offesa dal reato nel processo penale*, Torino, 1996, *passim*; Tranchina, *Persona offesa*, in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1990, 1 ss. Sotto il codice previgente, cfr. Aimonetto, *Persona offesa dal reato*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 318 ss.; Giarda, *La persona offesa dal reato nel processo penale*, Milano, 1971, *passim*.

[3] Al proposito, cfr., soprattutto, Kostoris, *La tutela della persona offesa nel procedimento penale*, in Aa.Vv., *La vittima del reato, questa dimenticata*, Roma, 2001, 43 ss. e Paulesu, *Persona offesa dal reato*, cit., 539, note 1 e 2 ed ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

Significativa di questa linea di tendenza legislativa è la novella relativa al procedimento penale davanti al giudice di pace e la previsione, in essa contenuta, dell'inedito istituto del ricorso immediato della persona offesa al giudice di pace *ex* art. 21 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, a proposito del quale si discute se si tratti di forma di azione penale privata. Al riguardo, cfr., per tutti, Pansini, *Contributo dell'offeso e snodi procedimentali*, cit., 140.

[4] Sulla tematica, *ex multis*, Amodio, *Parte civile, responsabile civile e civilmente obbligato per la pena pecuniaria*, in Amodio-Dominioni (diretto da), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, cit., 433 ss.; Chiliberti, *Azione civile e nuovo processo penale*, II ed., Milano, 2006, 312 ss.; Ichino, *La parte civile nel processo penale: la legittimazione*, Padova, 1989, *passim*; Mancuso, *La parte civile, il respon-*

Nella fase delle indagini preliminari, sono regolamentati soltanto i diritti e le facoltà riconosciute alla persona offesa: oltre al diritto di nominare un proprio difensore (art. 101 c.p.p.), si segnalano il diritto di ricevere l'informazione di garanzia (art. 369 c.p.p.), nonché l'avviso da parte del p.m. circa l'effettuazione di un accertamento tecnico irripetibile, con facoltà di partecipare alle relative attività anche a mezzo di un proprio consulente tecnico (art. 360, commi 1 e 3, c.p.p.), la facoltà di richiedere al p.m. di promuovere l'incidente probatorio (art. 394 c.p.p.), il diritto di partecipare con il proprio difensore all'udienza camerale fissata per l'espletamento dell'incidente probatorio, di prendere visione ed estrarre copia delle cose e dei documenti acquisiti nel corso dell'incidente probatorio e di rivolgere, per mezzo del proprio difensore e per il tramite del giudice, domande alle persone sottoposte all'esame (art. 401, commi 1, 5 e 8, c.p.p.), il diritto di interloquire sulla richiesta di proroga del termine delle indagini, partecipando anche all'eventuale udienza camerale fissata dal G.i.p. (art. 406, commi 3 e 5, c.p.p.), il diritto di presentare opposizione alla richiesta di archiviazione e di partecipare all'udienza camerale (artt. 408, 409 e 410 c.p.p.), il diritto di sollecitare il procuratore generale ad avocare le indagini preliminari (artt. 412, comma 1, e 413 c.p.p.), nonché il diritto di ricevere notifica dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari quando si procede per i reati di cui agli artt. 572 e 612-*bis* c.p. (art. 415-*bis*, comma 1, c.p.p.).

Instaurata la fase processuale, salvo taluni diritti e facoltà eccezionalmente riconosciuti alla persona offesa [5], è la parte civile — la cui costituzione è ammessa, infatti, *ex* art. 79 c.p.p., solo nel corso dell'udienza preliminare o, al più tardi, *in limine litis* non oltre il momento in cui sono compiuti dal giudice gli accertamenti relativi alla regolare costituzione delle parti — a disporre delle ordinarie prerogative processuali.

Tanto premesso per necessaria completezza espositiva, non può dubitarsi come, tra le elencate prerogative dell'offeso dal reato, l'opposizione contemplata dall'art. 410 c.p.p. si ponga come una tra le più qualificanti

---

sabile civile e il civilmente obbligato per la pena pecuniaria, in SPANGHER (diretto da), *Trattato di procedura penale*, I, *I soggetti*, a cura di Dean, Torino, 2009, 521 ss.; PENNISI, *Parte civile*, in *Enc. dir.*, I Agg., Milano, 1997, 790 ss.

[5] Si intende fare riferimento alla proponibilità, da parte della persona offesa (non costituita parte civile), del ricorso per cassazione avverso la sentenza di non luogo a procedere nei casi di nullità previsti dall'art. 419, comma 7, c.p.p. (art. 428, comma 2, c.p.p.), nonché al diritto di ricevere avviso relativo a giorno, ora e luogo stabiliti per il compimento dell'atto urgente di cui all'art. 467, comma 1, c.p.p., nella fase preliminare al dibattimento (art. 467, comma 2, c.p.p.).

e rilevanti [6]. Assoluta novità dell'attuale assetto processuale [7], attuativa delle indicazioni rinvenibili nella legge delega [8] e, in parte, ispirata dalle previsioni di sistemi processuali limitrofi [9], l'opposizione alla richiesta di archiviazione consente alla persona offesa dal reato di assumere un ruolo decisivo nelle dinamiche della vicenda archiviativa [10], manifestando il proprio dissenso rispetto alle scelte abdicative del titolare delle indagini preliminari [11] ed attivando, così, un «secondo meccanismo di controllo»,

---

[6] Sull'istituto disciplinato dall'art. 410 c.p.p., si vedano, tra i molti, Carli, *L'opposizione della persona offesa alla richiesta di archiviazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 78; Colamussi, *La tutela processuale dell'offeso dal reato nel procedimento di archiviazione*, in *Cass. pen.*, 1997, 82; Di Nicola, *L'opposizione della persona offesa all'archiviazione*, *ivi*, 1999, 567; Macchia, *La richiesta di archiviazione: presupposti, eventuale procedimento in contraddittorio e provvedimenti giudiziali di rigetto*, *ivi*, 1998, 2741; Morelli, *Opposizione alla richiesta di archiviazione*, in *Studium iuris*, 2009, 426; Nigro, *L'opposizione della persona offesa alla richiesta di archiviazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 43; Trapella, *Sul contraddittorio dopo l'opposizione della vittima alla richiesta di archiviazione*, *ibidem*, 1277, nonché, più di recente, Fonti, *L'opposizione della persona offesa alla richiesta di archiviazione*, in *Arch. pen.*, 2013, 405.

[7] Per una dettagliata ricostruzione, anche bibliografica, relativa all'introduzione dell'istituto nell'attuale codice di rito, cfr. Dean, *L'impromovibilità dell'azione penale*, Milano, 1996, 109-110. Per spunti di approfondimento concernenti l'archiviazione, disciplinata dal disposto di cui all'art. 74, comma 3, c.p.p. 1930 («il pubblico ministero, qualora reputi che per il fatto non si debba promuovere l'azione penale, richiede il giudice istruttore di pronunciare decreto. Il giudice istruttore, se non ritiene di accogliere la richiesta, dispone con ordinanza l'istruttoria formale»), cfr., invece, la monografia di Carulli, *L'archiviazione*, Milano, 1958, *passim*, nonché il contributo enciclopedico di Cordero, *Archiviazione*, *in Enc. dir.*, Milano, II, 1958, 1025.

[8] Secondo la direttiva n. 51 dell'art. 2 della legge 16 febbraio 1987, n. 81, il nuovo codice di rito avrebbe dovuto, infatti, prevedere la «facoltà della persona offesa dal reato di richiedere che non si proceda ad archiviazione senza avvisarla» e il «conseguente obbligo del pubblico ministero di comunicare alla stessa la richiesta di archiviazione», con «facoltà della persona offesa dal reato, entro un congruo termine dalla comunicazione, di formulare al giudice istanza motivata di fissazione dell'udienza preliminare».

[9] Quali il *Klageerzwingungsverfaheren* di cui ai §§ 172-175 della StPO e la *citation directe* propria dell'ordinamento francese. Al proposito, cfr. Carli, *L'opposizione della persona offesa alla richiesta di archiviazione*, cit., 80, nota n. 8 e 84 ss., al quale si rinvia anche per ulteriori indicazioni bibliografiche.

[10] In argomento, tra i numerosi contributi, si segnalano quelli di Aprile-Silvestri, *Le indagini preliminari e l'archiviazione*, II ed., Milano, 2011, 723 ss.; Bonsignori, *Archiviazione*, in *Enc. dir.*, Agg. I, Milano, 1997, 119 ss.; Caianiello, *Archiviazione (dir. proc. pen.)*, *ivi*, Ann. II, t. I, Milano, 2008, 59 ss.; Caprioli, *L'archiviazione*, Napoli, 1994, *passim*; Conti C., *Archiviazione*, in Spangher (diretto da), *Trattato di procedura penale*, III, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, a cura di Garuti, Torino, 2009, 729 ss.; Dean, *L'impromovibilità dell'azione penale*, cit., *passim*; Dean-Fonti, *Archiviazione*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., 2005, 36 ss.; Giostra, *L'archiviazione: lineamenti sistematici e questioni interpretative*, II ed., Torino, 1994, *passim*; Padula, *L'archiviazione. Modelli, questioni e scelte operative*, Milano, 2005, *passim*; Sammarco, *La richiesta di archiviazione*, Milano, 1993, *passim*.

[11] Secondo Sammarco, *La richiesta di archiviazione*, cit., 267, opponendosi, l'of-

oltre a quello di natura giurisdizionale di competenza del g.i.p., in ordine alla «completezza delle indagini preliminari» e alla «asserita sussistenza dei presupposti per archiviare» [12].

Finalizzata a tutelare l'interesse persecutorio della vittima del reato e, nel contempo, a scongiurare il rischio di «archiviazioni derivanti da carenze nelle indagini» [13], l'opposizione alla richiesta di archiviazione assurge, in definitiva, a peculiare forma di controllo dell'osservanza del principio di obbligatorietà dell'azione penale costituzionalmente garantito dall'art. 112 Cost. [14]. Il peculiare contenuto dell'atto oppositivo — che, come noto, deve esplicarsi nella necessaria indicazione, a pena di ammissibilità, dell'oggetto dell'investigazione suppletiva e dei relativi elementi di prova — è preordinato, altresì, a sollecitare la verifica dell'osservanza del principio di completezza delle indagini [15].

---

feso dal reato esercita il proprio «inviolabile diritto di intervento nel procedimento di archiviazione».

[12] Le citazioni riportate nel testo sono di Grevi, *Archiviazione per «inidoneità probatoria» ed obbligatorietà dell'azione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 1299-1300.

[13] Così Corte cost., 15 febbraio 1991, n. 88, in *Giur. cost.*, 1991, 586. Sul principio in questione, cfr., specialmente, Siracusano, *La completezza delle indagini preliminari nel processo penale*, Torino, 2005, 41, nota n. 118.

[14] Sottolineano, tra gli altri, la *ratio* della disciplina archiviativa, predisposta dal legislatore quale corollario del principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale posto dall'art. 112 Cost., Alonzi, *Contenuti e limiti del controllo giurisdizionale sull'inazione del pubblico ministero*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 955; Conti C., *Archiviazione*, cit., 772; Grevi, *Archiviazione per «inidoneità probatoria»*, cit., 1299; Valentini Reuter, *Le forme di controllo sull'esercizio dell'azione penale*, Padova, 1994, 141.

Volto a perseguire analogo obiettivo è, altresì, l'istituto dell'avocazione delle indagini preliminari, con il quale la persona offesa stimola il controllo gerarchico da parte del procuratore generale presso la Corte d'appello sull'inerzia del pubblico ministero o direttamente, in forza del combinato disposto di cui agli artt. 413 e 412, comma 1, c.p.p., nel caso in cui il pubblico ministero non abbia assunto alcuna determinazione all'esito delle indagini preliminari o, indirettamente, con la stessa opposizione alla richiesta di archiviazione, considerato che, ai sensi dell'art. 409, comma 3, c.p.p. (richiamato dall'art. 410, comma 3, c.p.p.), dell'udienza camerale fissata a seguito dell'opposizione deve essere dato avviso anche al procuratore generale. Sull'istituto in questione, cfr. Cassiani, *Il potere di avocazione. Profili ordinamentali dell'ufficio del pubblico ministero*, Padova, 2009, *passim*; Dean-Seghetti, *Avocazione delle indagini preliminari*, in *Dig. disc. pen.*, VI, Torino, 1992, 475 ss.; Di Bitonto, *Avocazione*, in *Enc. dir.*, Ann. III, Milano, 2010, 104 ss.; Ead., L'*avocazione facoltativa*, Torino, 2006, *passim*; Nacar, *Indagini preliminari (avocazione delle)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. II, Torino, 2004, 382 ss.; Sau, *Avocazione*, in *Enc. giur.*, Roma, 2001, 1 ss.

[15] Per la sua decisiva importanza, conviene riportare taluni dei passaggi più salienti della già citata pronuncia della Corte costituzionale del 1991. Dopo aver opportunamente precisato che «azione penale obbligatoria non significa … consequenzialità automatica tra notizia di reato e processo, né dovere del p.m. di iniziare il processo per qualsiasi *notitia criminis*», la Consulta individua il limite implicito alla stessa obbligatorietà. Con espressione divenuta assai nota, il Giudice delle

Principio, quest'ultimo, sancito da una nota pronuncia della Corte costituzionale e divenuto fondamentale criterio valutativo del controllo, attivato *motu proprio* o su sollecitazione dell'offeso dal reato, delle scelte di inazione dell'organo dell'accusa da parte del giudice per le indagini preliminari destinatario della relativa richiesta di archiviazione.

Al fine di garantire effettività all'esercizio del diritto oppositivo, l'attuale codice di rito assegna alla persona offesa dal reato, nell'ambito del procedimento archiviativo, tre fondamentali prerogative, le prime due «funzionali e prodromiche all'esercizio del diritto di proporre opposizione» [16] e la terza ad essa susseguente. La persona offesa ha, innanzitutto, diritto di essere informata, previa manifestazione di volontà in tal senso, dell'eventuale scelta abdicativa compiuta dal rappresentante della pubblica accusa (art. 408, comma 2, c.p.p.); ha diritto di esaminare gli atti anche al fine di presentare opposizione contro quest'ultima (art. 408, comma 3, c.p.p.); ha, infine, diritto di interloquire, in camera di consiglio, sulla controversia archiviativa sorta o dall'autonomo dissenso del giudice per le indagini preliminari o dalla presentazione di un'opposizione ritenuta ammissibile (artt. 409, comma 2, e 410, comma 3, c.p.p.).

Per quanto concerne il diritto informativo, l'organo inquirente ha l'obbligo di notificare l'avviso della richiesta di archiviazione alla persona offesa che, nella *notitia criminis* o successivamente alla sua presentazione[17],

---

leggi, nell'occasione, ha affermato che «il processo non [deve] essere instaurato quando si appalesi oggettivamente superfluo». In definitiva, «il problema dell'archiviazione sta nell'evitare il processo superfluo senza eludere il principio di obbligatorietà ed anzi controllando caso per caso la legalità dell'inazione», con la necessità di verificare «l'adeguatezza tra i meccanismi di controllo delle valutazioni di oggettiva non superfluità del processo e lo scopo ultimo del controllo, che è quello di far sì che i processi concretamente non instaurati siano solo quelli risultanti effettivamente superflui». La verifica in questione si esplica sotto due versanti: da un lato, «quello dell'adeguatezza al suddetto fine della regola di giudizio dettata per individuare il discrimine tra archiviazione ed azione»; dall'altro, «quello del controllo del giudice sull'attività omissiva del pubblico ministero, sì da fornirgli la possibilità di contrastare le inerzie e le lacune investigative di quest'ultimo ed evitare che le sue scelte si traducano in esercizio discriminatorio dell'azione (o inazione) penale» (in questi termini, si è espressa Corte cost., 15 febbraio 1991, n. 88, cit.).

[16] Così Fonti, *L'opposizione della persona offesa*, cit., 407.

[17] Per quanto attiene ai tempi di presentazione della dichiarazione, il legislatore si cura di specificare soltanto quello iniziale, stabilendo che essa può essere presentata «nella notizia di reato o successivamente alla sua presentazione», nulla prevedendo a proposito del termine finale. L'omessa indicazione in questione aveva dato luogo ad un contrasto interpretativo: secondo un primo indirizzo giurisprudenziale, l'istanza poteva essere presentata fino a che non fosse intervenuta la pronuncia del giudice sulla richiesta di archiviazione (in tal senso, cfr. Cass., sez. IV, 7 aprile 1999, Ciarrocchi, in *Mass. Uff.*, 214240; Id., sez. V, 21 maggio 1997, Giovannelli, *ivi*, 208370; Id., sez. VI, 10 maggio 1995, Piscitelli, in *Cass. pen.*, 1997, 1392); secondo altro orientamento, invece, la dichiarazione doveva essere proposta prima che il pubblico ministero avesse inoltrato la richiesta e gli atti al giudice per le indagini preliminari (cfr., al riguardo, Cass., sez. IV, 21 marzo 2002, Tosatti, in *Mass. Uff.*,

abbia dichiarato, espressamente [18], di volerne essere informata, presso il difensore dalla stessa eventualmente nominato (art. 33 disp. att. c.p.p.) o, in mancanza, presso il domicilio di quest'ultima [19].

In assenza di esplicite previsioni normative, ci si è a lungo interrogati sulle possibili conseguenze derivanti dall'omessa notifica dell'avviso richiesto dalla persona offesa, soprattutto nel caso in cui il giudice, non avvedutosi dell'omissione, avesse archiviato *de plano*. A tal proposito, è intervenuta la Corte costituzionale che, con una importante sentenza interpretativa di rigetto, ha ritenuto configurabile, in siffatta eventualità, una nullità eccepibile con il ricorso per cassazione. Nonostante il principio di tassatività vigente in materia di impugnazioni, la Consulta ha ritenuto che la ricorribilità in cassazione — prevista dal legislatore solo nei confronti delle ordinanze emesse al termine della procedura camerale per far valere le nullità di cui agli artt. 409, comma 6, e 127, comma 5, c.p.p. — dovesse ritenersi operante, a maggior ragione, nel caso di omissione dell'avviso al quale fosse, poi, seguita la pronuncia del decreto di archiviazione *de plano*. Un'inosservanza di tal genere, compromettendo *ab origine* la possibilità di instaurare il contraddittorio camerale, costituisce — ad avviso del Giudice delle leggi — vizio «ancor più grave di quello derivante dall'omesso avviso alla persona offesa che abbia proposto opposizione, della data fissata per la stessa udienza in ordine al quale, pure, l'art. 409, comma 6, c.p.p. la legittima espressamente a ricorrere per cassazione» [20].

223315; Id., sez. VI, 30 marzo 2000, Rizzuto, *ivi*, 217189; Id., sez. V, 9 giugno 1997, Pane, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1997, 438; Id., sez. VI, 18 dicembre 1995, Fiocco, in *Cass. pen.*, 1997, 1393). Il dissidio interpretativo è stato risolto dalle Sezioni unite che, aderendo al secondo dei due richiamati indirizzi, hanno individuato il termine ultimo per la presentazione della richiesta da parte della persona offesa nel momento in cui il pubblico ministero stesso, con la trasmissione al giudice per le indagini preliminari della richiesta di archiviazione, si è spogliato del procedimento, investendone un'autorità diversa. In questo momento, trae, infatti, origine una nuova fase del procedimento, cosicché, se fosse consentita la presentazione anche oltre questo momento, si determinerebbe un'indebita regressione processuale, in quanto il giudice per le indagini preliminari dovrebbe ritrasmettere gli atti all'autorità (p.m.) ormai spogliatasi del procedimento (Cass., sez. un., 30 giugno 2004, Apruzzese, in *Giur. it.*, 2005, 577). A commento di tale fondamentale decisione, cfr. Amato, *Così le Sezioni unite fissano i limiti entro cui può agire la persona offesa*, in *Guida dir.*, 2004, n. 35, 63; Iasevoli, *Il diritto di proporre opposizione come pretesa autonoma rispetto alla dichiarazione della persona offesa di voler essere informata della richiesta di archiviazione*, in *Cass. pen.*, 2004, 3551 e Varraso, *Diligenza postuma della persona offesa e ipertrofia dei ruoli*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 1246.

[18] Dichiarazione, quest'ultima, peraltro, costantemente considerata come un atto formale non suscettibile di essere sostituito da atti equipollenti (al proposito, cfr., in giurisprudenza, Cass., sez. V, 6 novembre 1991, Pesce, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1992, 590; Id., sez. IV, 30 maggio 1990, Mascioli, in *Riv. pen.*, 1991, 414 e, in dottrina, Carli, *L'opposizione della persona offesa alla richiesta di archiviazione*, cit., 92).

[19] Cfr. Conti C., *Archiviazione*, cit., 772.

[20] In questi termini, Corte cost., 16 luglio 1991, n. 353, in *Giur. cost.*, 1991,

Benché non sia esente da «qualche discutibile artificio esegetico»[21], la pronuncia in questione ha avuto l'innegabile merito di colmare la deficitaria disciplina codicistica, consentendo di assimilare il regime di impugnabilità del decreto di archiviazione a quello dell'ordinanza in tutti i casi in cui il primo si sostituisca alla seconda «in modo indebito» [22].

Quanto, invece, al diritto di prendere visione degli atti, non vi è dubbio, nonostante l'omessa previsione, che esso ricomprenda anche la possibilità di estrarre copia. Come si è efficacemente detto al riguardo, «consentire … alla persona offesa la semplice visione degli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero, negandole la possibilità di estrarne copia, costituisce anomalia operativa così macroscopica che a confutarla valgono più le ragioni della logica di quelle, pur incontrovertibili, dell'ermeneutica giuridica» [23].

Allo specifico contenuto dell'atto oppositivo — oggetto del vaglio giudiziale di ammissibilità della spiegata opposizione — sono dedicate le considerazioni che seguono.

3. *I presupposti di ammissibilità dell'opposizione di cui all'art. 410 c.p.p.*

Benché estranea al *genus* delle impugnazioni (avendo ad oggetto non un provvedimento del giudice, ma la richiesta archiviativa del pubblico ministero) [24], l'opposizione attribuisce all'offeso dal reato il diritto al con-

---

2820, a commento della quale cfr. Giuliani, *Sul ricorso per cassazione della persona offesa dal reato contro il decreto di archiviazione*, *ivi*, 1992, 2295, nonché Giarda, *Commento alla sent. cost. n. 353 del 1991*, in *Corr. giur.*, 1991, 1095 e Uccella, *La persona offesa come soggetto non secondario del procedimento di archiviazione: brevi «chiose» ad una sentenza riequilibratrice*, in *Giur. it.*, 1992, I, 37.

[21] Così Dean, *L'impromovibilità dell'azione penale*, cit., 124, richiamando le perplessità manifestate da chi ha criticato la scelta di astenersi dal dichiarare, *expressis verbis*, l'incostituzionalità della «mancata previsione di uno strumento che avrebbe potuto consentire alla persona offesa dal reato di essere adeguatamente tutelata» (Giarda, *Commento alla sent. cost. n. 353 del 1991*, cit., 1096) e da chi ha censurato la soluzione comunque adottata, sottolineando come, alla luce del principio di tassatività delle nullità, «il problema non [fosse] tanto [quello di] dilatare la portata dell'art. 409 comma 6° c.p.p. fino a desumerne … l'impugnabilità del decreto di archiviazione», quanto, piuttosto, quello di «dilatare la portata dell'art. 127 commi 1° e 3° c.p.p. fino a desumerne una previsione di nullità anche per l'inosservanza degli artt. 408 commi 2° e 3° e 410 comma 2° c.p.p.» (Caprioli, *L'archiviazione*, cit., 430).

[22] Per questa espressione, Dean, *L'impromovibilità dell'azione penale*, cit., 125.

[23] Cfr., al proposito, Dean, *L'impromovibilità dell'azione penale*, cit., 112-113.

[24] Sul punto, Fonti, *L'opposizione della persona offesa*, cit., 406. In giurisprudenza, cfr., tra le più recenti, Cass., sez. II, 16 marzo 2006, p.o. in proc. R.S., in *Mass. Uff.*, 234243; Id., sez. II, 13 gennaio 2004, Cassa Risparmio di Carpi, in *Riv. pen.*, 2005, 1248; Id., sez. IV, 4 novembre 2003, Buccignoli, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2005, 101; Id., sez. VI, 18 ottobre 2003, Stara, in *Riv. pen.*, 2005, 355; Id., sez. II, 30 gennaio 2003, Riccetti, in *Mass. Uff.*, 223904.

traddittorio nell'udienza camerale [25] (precludendo al g.i.p. l'adozione del decreto *de plano*) solo se il relativo atto oppositivo sia dotato di specifici requisiti, previsti a pena di inammissibilità dell'opposizione medesima. Come si è già avuto occasione di anticipare, la persona offesa, nel richiedere — nel termine (peraltro non perentorio) di dieci giorni [26] dalla notificazione dell'avviso della richiesta di archiviazione [27] — la prosecuzione delle

---

[25] In forza di quanto previsto dall'art. 410, comma 3, c.p.p., «fuori dei casi previsti dal comma 2», cioè a dire quando l'opposizione sia ammissibile, «il giudice provvede a norma dell'articolo 409, commi 2, 3, 4 e 5» (e, dunque, nel contraddittorio camerale), «ma, in caso di più persone offese, l'avviso per l'udienza è notificato al solo opponente». A differenza dell'udienza camerale fissata *iussu iudicis*, con «distinzione ambigua, per certi aspetti persino irragionevole» (così Dean, Sub *art. 408 c.p.p.*, in Gaito (a cura di), *Codice di procedura penale ipertestuale*, I ed., Torino, 2001, 1428), l'avviso non è, dunque, notificato indistintamente a tutte le persone offese, ma ai soli opponenti.

[26] In virtù di recente modifica normativa, «per i delitti commessi con violenza alla persona, l'avviso della richiesta di archiviazione è in ogni caso notificato, a cura del pubblico ministero, alla persona offesa ed il termine [in questione] è elevato a venti giorni». Trattasi della disposizione contenuta nel comma 3-*bis* dell'art. 408 c.p.p., aggiunto dall'art. 2, comma 1, lett. g) del decreto legge 14 agosto 2013, n. 93, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 ottobre 2013, n. 119. Per un commento della novella normativa, cfr. Iasevoli, *Pluralismo delle fonti e modifiche al c.p.p. per i delitti commessi con violenza alla persona*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 1390.

[27] Si ritiene, in modo pressoché pacifico tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, che l'atto oppositivo, depositato successivamente al termine di cui all'art. 408, comma 3, c.p.p., ma in un momento anteriore alla pronuncia del giudice, sia comunque ammissibile, fermo restando il rischio — cui la persona offesa si espone — che il giudice abbia già provveduto *de plano* sulla richiesta archiviativa dell'organo d'accusa. In dottrina, per tutti, Conti C., *Archiviazione*, cit., 776 e, in giurisprudenza, Cass., sez. II, 16 marzo 2006, p.o. in proc. R.S., cit. Si è, nel contempo, precisato che il termine *de quo*, ai sensi dell'art. 126 disp. att. c.p.p. (a mente del quale «nel caso previsto dall'art. 408, comma 2, del codice, il pubblico ministero trasmette gli atti al giudice per le indagini preliminari dopo la presentazione dell'opposizione della persona offesa ovvero dopo la scadenza del termine indicato nel comma 3 del medesimo articolo»), ha natura dilatoria per il pubblico ministero e per il g.i.p., considerato che, fino alla scadenza del medesimo termine, sono loro, rispettivamente, inibite la trasmissione degli atti e la pronuncia sulla richiesta (cfr., per tutti, Dean, *L'improvvisibilità dell'azione penale*, cit., 113, richiamando, a tal proposito, l'inequivoco dettato delle *Osservazioni Governative all'art. 115* bis *prog. def. disp. att. c.p.p.*, in Conso-Grevi-Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura penale dalle leggi delega ai decreti delegati*, VI (*Le norme di attuazione di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale*), tomo I (*Le norme di attuazione con le relative norme regolamentari*), 1990, 336, nelle quali si leggeva che «la disposizione [in questione] mira a razionalizzare gli adempimenti correlati alla eventuale opposizione della parte offesa alla richiesta di archiviazione, evitando l'invio degli atti al giudice prima dell'esaurimento degli adempimenti stessi») e che il g.i.p., investito dell'opposizione tardiva, è, in ogni caso, obbligato — sempre che, beninteso, l'opposizione sia ammissibile — a fissare l'udienza camerale, integrandosi, in caso contrario, secondo *i dicta* della Corte costituzionale del 1991, una nullità deducibile con il ricorso per cassazione (Conti C., *Archiviazione*, cit., p. 777 e, in giurisprudenza, Cass., sez. V, 31 marzo 2010, p.o. in proc. B.R., in *Mass. Uff.*, 247511).

indagini preliminari, deve, invero, necessariamente indicare, a pena (per l'appunto) di inammissibilità, «l'oggetto dell'investigazione suppletiva e i relativi elementi di prova» [28].

Non ogni dissenso rispetto alle determinazioni del pubblico ministero può essere, dunque, validamente espresso con l'opposizione, ma esclusivamente soltanto quello che, avendo di mira la non completezza delle indagini preliminari, punta «ad ampliare il panorama conoscitivo utile ai fini della decisione sull'*an* dell'azione penale» [29], con specifica indicazione del supplemento istruttorio richiesto [30].

In altri termini, ciò che rileva, ai fini dell'ammissibilità dell'opposizione e, conseguentemente, al fine di fruire del diritto al contraddittorio, è che l'opponente deduca l'incompletezza delle indagini, indicando sulla base di quali specifici elementi determinati temi debbano formare oggetto di ulteriore attività di investigazione perché l'indagine possa giungere al suo epilogo compiuto. Non è, viceversa, consentito — almeno in linea teorica — che «l'attività della persona offesa si traduca in un'immotivata e generica "rimostranza", senza retroterra oggettivo» [31]. L'inciso di cui sopra si rende, tuttavia, necessario alla luce della sagace osservazione secondo cui, quantunque inammissibile perché priva dei prescritti requisiti, l'opposizione della parte lesa — recante, ad esempio, solo mere considerazioni *in iure* — potrebbe convincere il g.i.p. a non accogliere *de plano* la richiesta del pubblico ministero, inducendolo, comunque, a fissare, in forza degli autonomi poteri valutativi di cui dispone, l'udienza camerale [32].

---

[28] In forza del principio di tassatività vigente in materia di impugnazioni, la Suprema Corte ha escluso, peraltro, che la declaratoria di inammissibilità del g.i.p. dell'opposizione alla richiesta di archiviazione per omessa indicazione dell'investigazione suppletiva e dei relativi elementi di prova sia suscettibile di ricorso per cassazione (cfr. Cass., sez. I, 27 maggio 2011, G.C., in *Dir. pen. proc.*, 2011, 950, a margine della quale cfr. le osservazioni di Peroni, *Insuscettibile di ricorso per cassazione il decreto che dichiara inammissibile l'opposizione alla richiesta di archiviazione*; Id., sez. II, 26 maggio 2009, T.E. c. A.L., in *Cass. pen.*. 2010, 3170).

29 Così Fonti, *L'opposizione della persona offesa*, cit., 406.

30 Sul significato da assegnarsi al sintagma "investigazione suppletiva", cfr., specialmente, Nigro, *L'opposizione della persona offesa*, cit., 48, il quale, aderendo all'impostazione più ampia, ritiene che la stessa debba essere intesa «sia come un'attività di indagine diversa ed ulteriore rispetto a quella già svolta, sia come un'attività finalizzata all'approfondimento di aspetti già investiti dall'attività di ricerca delle fonti di prova compiuta fino a quel momento dal pubblico ministero». Per una sintesi dei vari orientamenti, cfr. Colamussi, *La tutela processuale dell'offeso dal reato*, cit., 83.

31 In questi termini, Carulli, *Dell'archiviazione e delle prove nel nuovo codice di procedura penale. Primi spunti*, Napoli, 1989, 40.

32 Al riguardo, cfr., specialmente, Bernardi, Sub *art. 410 c.p.p.*, in Chiavario (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Torino, IV, 1990, 541; Caprioli, *L'archiviazione*, cit., 421-422; Dean, *L'impromovibilità dell'azione penale*, cit., 115-116. Autorevole dottrina invitava, del resto, ad interpretare «*cum iudicio*» la clausola di inammissibilità, dovendosi consentire l'opposizione dell'offeso qualora

4. (Segue): *"l'irrilevanza dell'investigazione suppletiva" nell'interpretazione giurisprudenziale*

Non suscita problemi di sorta il controllo dei requisiti meramente formali dell'opposizione. Ci si riferisce alla legittimazione attiva e alle modalità di presentazione dell'atto oppositivo [(33)], senza considerare il rispetto del requisito meramente temporale, la cui inosservanza — come si è già detto — non è di per sé immediatamente preclusiva alla valutazione dell'opposizione [(34)].

I profili più problematici riguardano, invece, il vaglio di ammissibilità cui è chiamato il g.i.p., nell'ambito della relativa procedura incidentale [(35)], al fine di stabilire se la persona offesa abbia o meno soddisfatto l'onere prescritto dall'art. 410 c.p.p. [(36)]. Più in dettaglio, è stato oggetto di ampio dibattito interpretativo — soltanto in parte risolto dall'intervento delle Sezioni Unite — la questione relativa alla sindacabilità, da parte del giudice investito dell'opposizione, non solo dei caratteri tipici dell'investigazione suppletiva, ma anche della rilevanza e della concreta utilità delle indagini sollecitate.

La Suprema Corte, nella sua più autorevole composizione [(37)], pur ribadendo che le condizioni di ammissibilità dell'atto oppositivo «non sono suscettibili di discrezionali estensioni, né possono consistere in valutazioni anticipate di merito ovvero in prognosi di fondatezza», ha finito, di fatto, per attenuare la categoricità della richiamata affermazione di principio, precisando che l'operatività dei requisiti contenutistici richiesti a pena di inammissibilità è definita (ed integrata in concreto) dai complementari criteri della «pertinenza» e della «rilevanza».

Con il primo dei due summenzionati indici, si intende far riferimento all'«inerenza rispetto alla notizia di reato», con il secondo all'«incidenza concreta sulle risultanze dell'attività compiuta nel corso delle indagini preliminari». Richiamando quest'ultimo criterio, parte della giurisprudenza ha legittimato declaratorie di inammissibilità dell'opposizione alla richiesta di

---

quest'ultimo «non abbia prove da indicare e lamenti l'inerzia del non indagante; o siano sul tappeto pure questioni giuridiche (capita quando il pubblico ministero opinabilmente neghi rilievo penale all'accaduto)» (CORDERO, *Procedura penale*, VIII ed., Milano, 2006, 430).

(33) Sui quali, cfr., *amplius*, FONTI, *L'opposizione della persona offesa,* cit., 410 ss., nonché LA REGINA, Sub *art. 410 c.p.p.*, in GIARDA-SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, IV ed., Milano, 2010, 5109 ss.

(34) Cfr., al proposito, *supra*, le note n. 26 e 27.

(35) Per questa espressa configurazione, CARLI, *Le indagini preliminari nel sistema processuale penale*, II ed., Milano, 2005, 245.

(36) Al riguardo, cfr., soprattutto, FASOLIN, *L'opposizione della persona offesa tra ammissibilità e merito*, in *Cass. pen.*, 2011, 3054 ss. e PULVIRENTI, *L'intervento della persona offesa nel procedimento di archiviazione e gli incerti confini tra il contraddittorio camerale e il contraddittorio cartolare*, *ivi*, 2003, 2337 ss.

(37) Ci si riferisce a Cass., sez. un., 14 febbraio 1996, Testa, in *Cass. pen.*, 1996, 2168.

archiviazione, motivate sulla base di una pretesa superfluità ed inidoneità delle investigazioni suppletive indicate dalla persona offesa ad incidere sulla *notitia criminis* o sull'attività già svolta dal pubblico ministero [38].

Non possono sottacersi, tuttavia, i rischi connessi a simili approdi esegetici ed, in particolare, l'indebita anticipazione, in sede di vaglio di ammissibilità, del giudizio sul merito dell'atto oppositivo, che dovrebbe, viceversa, essere oggetto della sola (successiva) udienza camerale, unica sede nella quale il giudice, nel contraddittorio tra le parti, è legittimato a valutare la fondatezza (o meno) dell'opposizione e la sua idoneità a sovvertire le determinazioni abdicative del pubblico ministero [39].

Per meglio comprendere il significato di una simile affermazione, occorre partitamente analizzare fisionomia e implicazioni di ciascuno dei due richiamati criteri di derivazione giurisprudenziale. *Nulla quaestio* in ordine al primo dei due complementari profili sopra indicati. Anche in nome di condivisibili ragioni di economia processuale — che si risolvono, in definitiva, nella necessità di «evitare strumentali ed ostruzionistici appesantimenti del procedimento archiviativo da parte della persona offesa» [40] — non vi è dubbio che l'atto oppositivo debba essere pertinente rispetto al tema individuato dalla *notitia criminis.* Fondate perplessità suscita, invece, il secondo, posto che estendere il sindacato del g.i.p. anche alla rilevanza delle investigazioni proposte genera il rischio concreto di sconfinamenti in un anticipato giudizio di merito [41] — che, per espressa scelta del legislatore, deve essere, invece, trattato e deciso nel contraddittorio delle parti — con

---

[38] Cfr., *ex plurimis*, Cass., sez. V, 6 giugno 2012, B., in *Dir. pen. proc.*, 2012, 1078, con nota di Peroni, *Sui contenuti essenziali dell'opposizione alla richiesta di archiviazione*; Id., sez. V, 6 maggio 2010, Lacosta, in *Mass. Uff.*, 247354; Id., sez. IV, 23 aprile 2008, D.M. in proc. M.A., in *Giur. it.*, 2009, 971; Id., sez. VI, 12 marzo 2008, p.o. in proc. Del Monaco, in *Mass. Uff.*, 239381; Id., sez. V, 8 febbraio 2007, F.R., in *Riv. pen.*, 2008, 197; Id., sez. V, 10 maggio 2005, Sisca ed altri, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2005, 571; Id., sez. V, 17 gennaio 2005, p.o. in proc. Cassese, *ivi*, 2006, 222; Id., sez. VI, 26 marzo 2004, Guidoni, in *Riv. pen.*, 2005, 1247; Id., sez. I, 21 novembre 2003, p.o. in proc. Fioretti, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2004, 668; Id., sez. II, 30 settembre 2003, Gavilli, *ivi*, 2005, 101; Id., sez. VI, 13 febbraio 2003, Di Battista, in *Riv. pen*., 2004, 462; Id., sez. VI, 5 febbraio 2003, Colella, *ibidem*, 116; Id., sez. V, 17 novembre 2002, D'Angelo, in *Dir e Giust.*, 2002, n. 44, 70; Id., sez. V, 17 ottobre 2002, Macaluso ed altri, in *Guida dir.*, 2003, n. 9, 83; Id., sez. V, 3 aprile 2000, Valieri, in *Cass. pen.*, 2001, 2118; Id., sez. V, 12 gennaio 1999, p.o. in proc. Giannandrea e altri, in *Mass. Uff.*, 213079.

[39] In questo senso, in dottrina, cfr., specialmente, Caianiello, *Archiviazione (dir. proc. pen.)*, cit., 73; Di Nicola, *L'opposizione della persona offesa all'archiviazione*, cit., 569; Pansini, *Contributo dell'offeso e snodi procedimentali*, cit., 57; Pulvirenti, *L'intervento della persona offesa*, cit., 2345. Per quanto concerne analoghe prese di posizioni giurisprudenziali, cfr. *infra* la successiva nota n. 43.

[40] In questi termini, Di Nicola, *L'opposizione della persona offesa*, cit., 568.

[41] Particolarmente critici al riguardo si mostrano Di Nicola, *L'opposizione della persona offesa*, cit., 569; Fasolin, *L'opposizione della persona offesa*, cit., 3060; Nigro, *L'opposizione della persona offesa*, cit., 52-53.

conseguente illegittima compressione della facoltà *ad opponendum* della persona offesa. Come si è sostenuto in modo particolarmente efficace, «la labilità del risultato genera il detrimento delle garanzie difensive dell'offeso e l'ampliamento della discrezionalità decisionale [del g.i.p.]» [(42)].

Sulla base dei suindicati condivisibili rilievi critici, si è andato consolidando un opposto orientamento interpretativo secondo cui il giudice è legittimato a valutare soltanto la specificità della richiesta investigativa in ordine all'indicazione del tema e della fonte di prova, ma non anche la rilevanza delle indagini, atteso che la valutazione di eventuali ragioni di irrilevanza o superfluità dei temi di prova indicati dall'opponente comporterebbe un'indebita «anticipazione del merito dell'opposizione». Si precisa, al proposito, come la patrocinata conclusione esegetica non deriva da una qualche preclusione sussistente, in capo al giudice, nella valutazione della rilevanza delle indagini proposte, ma dalla corretta valorizzazione di una circostanza indiscussa: l'unica sede in cui la questione concernente la rilevanza del supplemento investigativo richiesto deve essere affrontata è quella dell'udienza camerale, che, nel sistema codicistico, costituisce «il paradigma processuale "normale" della decisione sulla richiesta di archiviazione una volta che sia intervenuta l'opposizione della persona offesa» [(43)].

Una rigorosa e corretta applicazione dei rispettivi ambiti di operatività delle «categorie processuali dell'ammissibilità e del merito» conduce, pertanto, a concludere che il giudizio in ordine alla rilevanza delle indagini suppletive attenga ad un momento successivo rispetto a quello delibativo iniziale, «siccome l'effetto di un'indagine rilevante è quello di sovvertire le risultanze del p.m. e, quindi, di dimostrare la non infondatezza di una *notitia criminis* che il rappresentante dell'accusa non ha ritenuto meritevole di assurgere ad oggetto di esercizio dell'azione penale» [(44)].

Dei profili di criticità e dei susseguenti approdi interpretativi di cui si

---

[(42)] Così, in modo particolarmente significativo, Di Nicola, *L'opposizione della persona offesa*, cit., 569.

[(43)] Si sono così espresse, pur con varietà di sfumature, Cass., sez. VI, 3 luglio 2014, R.C., in *Dir. pen. proc.*, 2014, 1182, a margine della quale Garuti, *Vaglio di ammissibilità sull'opposizione della persona offesa*; Id., sez. II, 7 dicembre 2010, Castellani, in *Mass. Uff.*, 249371; Id., sez. VI, 13 febbraio 2009, Lucente, *ivi*, 243852; Id., sez. III, 14 gennaio 2009, A.V., *ivi*, 243009; Id., sez. V, 22 settembre 2006, Mannelli, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2007, 655; Id., sez. I, 8 marzo 2006, p.o. in proc. Colagiacomo, in *Riv. pen.*, 2007, 220; Id., sez. IV, 22 giugno 2004, Voci ed altri, in *Guida dir.*, 2004, n. 45, 61; Id., sez. IV, 1° aprile 2004, Bonaventura, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2005, 517; Id., sez. III, 24 aprile 2003, Pellone, in *Riv. pen.*, 2005, 357; Id., sez. V, 11 aprile 2003, Esposito, in *Guida dir.*, 2003, n. 35, 109; Id., sez. VI, 3 dicembre 2002, Beggio, *ibidem*, n. 14, 91; Id., sez. VI, 4 novembre 2002, Carfagna ed altri, in *Riv. pen.*, 2004, 254; Id., sez. IV, 8 gennaio 2002, Allegro, in *Guida dir.*, 2002, n. 20, 81; Id., sez. IV, 10 ottobre 2001, Bic, in *Mass. Uff.*, 220423; Id., sez. VI, 13 giugno 2000, Gigli, *ivi*, 220538; Id., Sez. VI, 21 febbraio 2000, Orofino, *ivi*, 220570.

[(44)] Così Fasolin, *L'opposizione della persona offesa*, cit., 3060.

è detto sembra essere ben consapevole anche il fine estensore del provvedimento annotato. Dopo aver puntualizzato che, qualora, in sede di opposizione, deduca solo argomenti relativi alla fondatezza della notizia di reato, la persona offesa «non ha diritto alla fissazione dell'udienza in camera di consiglio», il Giudice, il cui decreto è oggetto del presente commento, si sofferma ad analizzare, alla luce delle conclusioni ermeneutiche dianzi ricordate, i caratteri dell'investigazione suppletiva richiesta. Il supplemento istruttorio deve possedere — nel significato sopra precisato — i caratteri della pertinenza e della rilevanza. Di entrambi i profili deve essere data adeguata e congrua motivazione nel provvedimento che dichiara, *de plano*, l'inammissibilità dell'opposizione, alla cui pronuncia il giudice per le indagini preliminari è, dunque, legittimato non solo nel caso in cui non siano state indicate investigazioni suppletive, ma anche quando queste vengano ritenute irrilevanti. Requisito, quest'ultimo, da intendersi, per le ragioni già espresse, *ratione cognita*. L'irrilevanza del dedotto supplemento istruttorio non può né deve essere valutata sotto il profilo prognostico dell'esito di merito, ma, piuttosto, soltanto «per il difetto di incidenza concreta sul tema della decisione», in quanto le investigazioni suppletive proposte risultino «finalizzate ad approfondire gli stessi temi di indagine già esaminati e giudicati inidonei a ritenere configurabile il reato denunciato» [45].

ERICA FARINELLI

[45] Nel senso che «ai fini dell'ammissibilità dell'opposizione della persona offesa alla richiesta di archiviazione, il giudice deve valutare la pertinenza e la rilevanza degli elementi di prova su cui l'opposizione si fonda, e, quindi, l'idoneità delle prove richieste ad incidere sulle risultanze delle indagini preliminari, senza, tuttavia, effettuare alcun giudizio prognostico sull'esito della investigazione suppletiva richiesta», cfr., da ultime, Cass., sez. V, 21 novembre 2013, S.M., in *Mass. Uff.*, 258667; Id., sez. V, 27 settembre 2013, C.P.F., *ivi*, 259511; Id., sez. IV, 5 aprile 2012, L.E., *ivi*, 252965.

UFFICIO DEL GIUDICE PER LE INDAGINI PRELIMINARI (ordinanza) – 12 dicembre 2014 – *Est.* Semeraro – A. V.

Stupefacenti – Detenzione a fine di cessione a terzi – Sopravvenuta declaratoria di illegittimità costituzionale di norme penali non incriminatrici incidenti sul trattamento sanzionatorio – Inidoneità di disposizioni invalide a determinare un effetto abrogativo – Applicabilità della normativa antecedente alle modifiche dichiarate incostituzionali – Competenza del giudice dell'esecuzione - Obbligo di dichiarare l'ineseguibilità della pena illegittima – Concedibilità della sospensione condizionale non espressamente esclusa per ragioni di merito (art. 136 Cost.; art. 30, commi 3 e 4, l. n. 87/1953; art. 73, commi 1 e 1 *bis*, d.P.R. 309/1990; artt. 4 *bis* e 4 *vicies ter* l. n. 49/2006; c.p.p., art. 666).

Spetta al giudice dell'esecuzione, adito ai sensi dell'art. 666 c.p.p., il compito di dichiarare ineseguibile, in applicazione dell'art. 30, comma quarto, l. n. 87 del 1953, la parte di pena conseguente a norma penale non incriminatrice dichiarata incostituzionale. In tale ambito deve altresì ritenersi ammissibile la richiesta di applicazione della sospensione condizionale, ove non sia stata espressamente esclusa, in fase di cognizione, per ragioni di merito (1).

Stufefacenti – Detenzione a fine di cessione a terzi – Sopravvenuta declaratoria di illegittimità costituzionale di norme penali non incriminatrici incidenti sul trattamento sanzionatorio – Competenza del giudice dell'esecuzione - Inapplicabilità dell'art. 188 disp. att. c.p.p. – Delimitazione dei poteri di valutazione *in executivis* – Ricorso ai criteri di cui all'art. 133 c.p. – Immutabilità dell'apprezzamento del giudice della cognizione sui profili non attinti da parametri illegittimi (art. 136 Cost.; art. 30, commi 3 e 4, l. n. 87/1953; art. 73, commi 1 e 1 *bis*, d.P.R. 309/1990; artt. 4 *bis* e 4 *vicies ter* l. n. 49/2006; c.p., artt. 133, 163; c.p.p., artt. 666, 188 disp. att.).

La rideterminazione della pena "in executivis", demandata al giudice anche nel caso di definizione ai sensi dell'art. 444 c.p.p., senza che possa ritenersi applicabile l'art. 188 disp. att. c.p.p., deve essere operata alla stregua dei parametri di cui all'art. 133 c.p. ed è soggetta al limite del mantenimento delle valutazioni espresse in sede di cognizione, come risultanti dalla sentenza irrevocabile, che siano estranee ai riconosciuti profili di incostituzionalità (2).

(Omissis). Va premesso che ad A. V., con la sentenza del Giudice

per le indagini preliminari presso il Tribunale di Perugia del 5.2.2014, irrevocabile il 29.4.2014, è stata applicata la pena di anni 2 mesi 8 di reclusione ed euro 12.000 di multa, per il delitto di cui all'art. 73 c. 1 e 1 *bis* d.p.r. n. 309/90; si riporta il capo di imputazione:

Delitto di cui all'art. 73 c. 1 e 1 *bis* d.p.r. n. 309/90 per avere detenuto a fine di cessione a terzi i seguenti quantitativi di sostanza stupefacente:

all'interno dell'autovettura in uso all'A. all'interno di un sacchetto di cellophane:

1. Gr. 521,62 di sostanza stupefacente del tipo *hashish*, suddivisi in 55 (cinquantacinque) ovuli rinvenuti, avente un titolo medio di principio attivo THC del 18,54% pari a gr. 96,71 di THC puro;

All'interno della sala da pranzo dell'abitazione dell'A. venivano inoltre rinvenuto quanto segue:

2. un pacchetto di sigarette Marlboro con all'interno un ovulo di grammi 7,098 di sostanza stupefacente del tipo hashish, avente un titolo medio di principio attivo THC del 30,66% pari a Gr. 2,18 di THC puro;

3. un pacchetto di sigarette Marlboro con all'interno un frammento di grammi 1,736 di sostanza stupefacente del tipo hashish, avente un titolo medio di principio attivo THC del 12,03% pari a Gr. 0,21 di THC puro;

4. nr. 1 trita marijuana con residui di sostanza stupefacente del tipo marijuana di colore argento con scritta Black Leaf;

5. nr. 1 trita marijuana con residui di sostanza stupefacente del tipo marijuana di colore grigio scuro con foglia di marijuana disegnata sul coperchio;

per un totale di Gr. 99, I di THC puro riscontrato nei reperti "1 - 2 - 3" per i quali e possibile ricavare n.3964 dms.

Accertato in Perugia località Bosco il 09 luglio 2013.

Il difensore di A. V., a seguito della sentenza del 12.2.2014 n. 32 della Corte Costituzionale, ha chiesto che il giudice dell'esecuzione proceda ad una nuova determinazione della pena, a seguito della declaratoria di incostituzionalità degli artt. 4-*bis* e 4-*vicies ter* del d.l. 30 dicembre 2005, n. 272, come convertito con modificazioni dall'art. 1 della legge 21 febbraio 2006, n. 49, e conceda al ricorrente la sospensione condizionale della pena.

Il ricorso può essere accolto nel senso che segue.

Con la sentenza del 12.2.2014 n. 32 [(1)], la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, per violazione dell'art. 77 secondo comma della Costituzione che regola la procedura di conversione dei

---

[(1)] Si è ritenuto doveroso emendare l'ordinanza in commento dal refuso concernente l'indicazione della sentenza della Corte costituzionale 32/2014, alla quale l'estensore, per un mero errore materiale, attribuisce il numero 34.

decreti-legge, degli artt. 4-*bis* e 4-*vicies ter* del d.l. 30 dicembre 2005, n. 272, come convertito con modificazioni dall'art. 1 della legge 21 febbraio 2006, n. 49, ed ha così rimosso "*… le modifiche apportate con le norme dichiarate illegittime agli articoli 73, 13 e 14 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309…*": così recita il comunicato emesso dalla Corte Costituzionale.

Nella motivazione della sentenza si afferma chiaramente che *"… Deve, dunque, ritenersi che la disciplina dei reati sugli stupefacenti contenuta nel d.P.R. n. 309 del 1990, nella versione precedente alla novella del 2006, torni ad applicarsi, non essendosi validamente verificato l'effetto abrogativo …"*.

La dichiarazione di incostituzionalità ha così travolto la legge cd. Fini-Giovanardi che eliminò la differenza tra "droghe leggere e pesanti" ed aumentò di molto le pene per le cd. droghe leggere.

Il "*vecchio*" comma 4 dell'art. 73 d.p.r. 309/1990, per le condotte penalmente rilevanti relative alle *droghe leggere*, prevedeva una pena da due a sei anni e la multa da lire dieci milioni a lire centocinquanta milioni.

L'art. 73 d.p.r. 309/1990 - modificato dalla legge n.49/2006 (incostituzionale) di conversione del d.l. 272/2005 - aumentò le pene, portando il limite minimo edittale da due a 6 anni di reclusione e quello massimo da 6 a 20 anni; la multa fu elevata con una oscillazione da €26.000 ad €260.000.

Secondo l'orientamento "tradizionalista" (cfr. Cass. Sez. 1ª, Sentenza n. 27640 del 19/01/2012; Cass. Sez. 1ª, n. 19361 del 24/02/2012, Teteh Assic; Cass. Sez. 1ª, n. 26899 del 25/05/2012, Harizi; Cass. Sez. 1,ª n. 40464 del 12/06/2012, Kabi) che si fonda su una lettura conservatrice dell'intangibilità del giudicato, nei limiti dell'art. 2 c.p., l'art. 30, comma quarto, della l. n. 87 del 1953 è stato implicitamente abrogato dall'art. 673 cod. proc. pen., che ne ha completamente assorbito la disciplina; di conseguenza non sarebbe soggetta a revoca "*in executivis*" la sentenza di condanna intervenuta per reato aggravato da circostanza dichiarata costituzionalmente illegittima successivamente al suo passaggio in giudicato né è consentito al giudice dell'esecuzione dichiarare non eseguibile la porzione di pena corrispondente.

Questo orientamento tradizionale è oggi in giurisprudenza definitivamente superato.

Cfr., in conseguenza della dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 61 n. 11 *bis* c.p. Cass. Sez. 1ª, Sentenza n. 977 del 27/10/2011; Cass. Sez. 1ª, Sentenza n. 19361 del 24/02/2012.

Cfr. l'ordinanza del 10.9.2012 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (nel procedimento penale a carico di E. S., uno dei cd. "figli minori del caso Scoppola", con la quale fu sollevata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 7 ed 8 del d.l. 321/2000, convertito nella

legge n. 4 del 2001, in riferimento agli artt. 3 e 117 della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU; la questione fu accolta dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 210 del 2013).

Cfr. ancora la sentenza n. 18821 delle Sezioni Unite, depositata il 7.5.2014, quanto all'esecuzione di pene non conformi alla CEDU e, quindi, alla Carta fondamentale.

Cfr. la sentenza del 29 maggio 2014 pronunciata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, (ricorrente il P.M. di Napoli nel processo Gatto). Il ricorso del p.m., volto ad ottenere la rideterminazione della pena dal giudice dell'esecuzione, è l'effetto della pronuncia di parziale illegittimità costituzionale dell'art. 69, quarto comma, cod. pen., come sostituito dall'art. 3 della legge 251/2005, nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 73, comma 5, d.P.R. 309/1990 sulla recidiva di cui all'art. 99, quarto comma, cod. pen.

Può affermarsi che, a seguito della declaratoria di incostituzionalità della legge Fini-Giovanardi e della "riviviscenza" della legge abrogata, così come nei casi di dichiarazione di incostituzionalità di una circostanza aggravante, o di pena non conforme alla CEDU e, quindi, alla Costituzione, non può essere data esecuzione alla pena "incostituzionale", perché fondata su una norma incostituzionale nella sola parte della sanzione.

È questa una interpretazione conforme ai principi di personalità, proporzionalità e rimproverabilità desumibili dall'art. 27 *Cost., "… che investono la funzione della pena dal momento della sua irrogazione a quello della sua esecuzione, oltre che a quegli stessi precetti costituzionali posti a base della sentenza n. 249 del 2010 (l'art. 3 Cost., che inibisce di istituire discriminazioni irragionevoli; l'art. 25 Cost., comma 2, che prescrive, in modo rigoroso, che un soggetto debba essere sanzionato per le condotte tenute e non per le sue qualità personali), ovverosia all'insieme dei principi costituzionali che regolano l'intervento repressivo penale e che impediscono di ritenere costituzionalmente giusta, e perciò eseguibile, anche soltanto una frazione della pena, se essa consegue all'applicazione di una norma contraria a Costituzione …" (Cfr. Cass. 1ª sezione penale n. 977 del 27/10/2011).*

Cfr. anche la recente sentenza n. 18821 delle Sezioni Unite, depositata il 7.5.2014: "… la restrizione della libertà personale del condannato deve essere legittimata, durante l'intero arco della sua durata, da una legge conforme alla Costituzione (artt. 13, comma secondo, 25, comma secondo) e deve assolvere la funzione rieducativa imposta dall'art. 27, comma terzo, Cost., profili che vengono sicuramente vanificati dalla declaratoria d'incostituzionalità della normativa nazionale di riferimento, perché ritenuta in contrasto con la previsione convenzionale, quale parametro interposto dell'art. 117, comma primo, Cost. … E, allora,

s'impone un bilanciamento tra il valore costituzionale della intangibilità del giudicato e altri valori, pure costituzionalmente presidiati, quale il diritto fondamentale e inviolabile alla libertà personale, la cui tutela deve ragionevolmente prevalere sul primo …".

Nello stesso senso la sentenza Gatto: "… Occorre perciò ribadire che il diritto fondamentale alla libertà personale deve prevalere sul valore dell'intangibilità del giudicato, sicché devono essere rimossi gli effetti ancora perduranti della violazione conseguente all'applicazione di tale norma incidente sulla determinazione della sanzione, dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale dopo la sentenza irrevocabile …".

Vanno distinti (cfr. Cass. Sezioni Unite sentenza del 29 maggio 2014 ricorrente il P.M. di Napoli nel processo Gatto) gli effetti della declaratoria di incostituzionalità da quelli relativi allo *ius superveniens.*

La dichiarazione d'illegittimità costituzionale invalida fin dall'origine la norma impugnata; determina la cessazione di efficacia delle dichiarate incostituzionali; impedisce, dopo la pubblicazione della sentenza, che la norma sia applicabile anche rispetto a soggetti ai quali sarebbe stata applicabile, secondo i principi sulla successione delle leggi nel tempo.

Come affermano le Sezioni Unite, con la sentenza Gatto, la declaratoria d'illegittimità costituzionale di una norma - formalmente in vigore fino alla pubblicazione della sentenza ma sostanzialmente invalida – "*… attesta che quella norma mai avrebbe dovuto essere introdotta nell'ordinamento repubblicano, che è Stato costituzionale di diritto, ciò che implica il primato delle norme costituzionali, che non possono perciò essere violate dal legislatore ordinario…*".

La norma incostituzionale è *tamquam non fuisset,* perciò inidonea a fondare atti giuridicamente validi: di conseguenza, gli effetti pregiudizievoli che derivano da una sentenza penale di condanna fondata, anche solo parzialmente, sulla norma dichiarata incostituzionale devono essere eliminati, salvo quelli irreversibili perché *già compiuti e del tutto consumati*.

Le Sezioni Unite, con la sentenza del 29 maggio 2014 nel processo Gatto, hanno quindi dato una interpretazione costituzionalmente orientata del concetto di intangibilità del giudicato: "… La Costituzione della Repubblica e, successivamente, il nuovo codice di procedura penale hanno ridimensionato profondamente il significato totalizzante attribuito all'intangibilità del giudicato quale espressione della tradizionale concezione autoritaria dello Stato e ne hanno, per contro, rafforzato la valenza di garanzia individuale …".

L'efficacia del giudicato penale nasce dalla necessità di certezza e stabilità giuridica, propria della funzione tipica del giudizio, ma deriva anche dall'esigenza di porre un limite all'intervento dello Stato nella sfera individuale, sicché si esprime essenzialmente nel divieto di "*bis*

in idem" e non implica l'immodificabilità in assoluto del trattamento sanzionatorio stabilito con la sentenza irrevocabile di condanna ove la pena debba subire modificazioni necessarie imposte dal sistema a tutela dei diritti primari della persona (Conf. Corte cost. sentenze n. 115 del 1987, n. 267 del 1987, n. 282 del 1989).

Pertanto, dalla pronuncia di incostituzionalità sorge l'obbligo per il giudice di non applicare le norme dichiarate illegittime, a meno che i rapporti cui esse si riferiscono debbano ritenersi ormai esauriti in modo definitivo ed irrevocabile, e conseguentemente non più suscettibili di alcuna azione o rimedio (Corte cost., sent. n. 58 del 1967), "*come nel caso di condannato che abbia già scontato la pena …*" (cfr. la sentenza Gatto).

Nel sistema penale il rapporto esaurito è dato non dal passaggio in giudicato della sentenza ma dalla definitiva esecuzione della pena; la pena, come effetto della sentenza irrevocabile fondata su una norma incostituzionale, non resiste alla dichiarazione di incostituzionalità: "… L'esecuzione della pena, infatti, implica esistenza di un rapporto esecutivo che nasce dal giudicato e si esaurisce soltanto con la consumazione o l'estinzione della pena. Sino a quando l'esecuzione della pena è in atto, per definizione il rapporto esecutivo non può ritenersi esaurito e gli effetti della norma dichiarata costituzionalmente illegittima sono ancora perduranti e, dunque, possono e devono essere rimossi …" (cfr. la sentenza Gatto).

Cfr. i principi di diritto affermati dalla sentenza del 29 maggio 2014 pronunciata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione:

"Successivamente a una sentenza irrevocabile di condanna, la dichiarazione d'illegittimità costituzionale di una norma penale diversa dalla norma incriminatrice, idonea a mitigare il trattamento sanzionatorio, comporta la rideterminazione della pena, che non sia stata interamente espiata, da parte del giudice dell'esecuzione".

"Per effetto della medesima sentenza della Corte costituzionale n. 251 del 2012, è compito del pubblico ministero, ai sensi degli artt. 655, 656 e 666 cod. proc. pen., di richiedere al giudice dell'esecuzione l'eventuale rideterminazione della pena inflitta all'esito del nuovo giudizio di comparazione".

Compito del giudice dell'esecuzione è controllare la legalità della pena ancora in esecuzione e successivamente, riportare la pena, nel caso in esame, nell'alveo dell'art. 73 comma 4 d.p.r. 309/1990 oggi attualmente in vigore, mitigando il trattamento sanzionatorio: spetta al giudice dell'esecuzione il compito di individuare la porzione di pena "incostituzionale" corrispondente e di dichiararla non eseguibile.

Lo strumento per incidere sulla pena non è quello previsto dall'art. 673 c.p.p. che ha un diverso ambito applicativo.

L'art. 673 c.p.p. prevede infatti che il giudice dell'esecuzione revochi la sentenza di condanna e dichiari che il fatto non è previsto come reato: pertanto, l'art. 673 c.p.p. si applica esclusivamente alla dichiarazione di incostituzionalità di una norma che abbia istituito una fattispecie incriminatrice, prevedendo un autonomo titolo di reato.

Si afferma nella sentenza Gatto: "Non c'è infatti alcun motivo per revocare un giudicato di condanna la cui parte essenziale, ossia l'accertamento del fatto costituente reato e la sua attribuzione alla persona condannata, rimane ferma perché non coinvolta, neppure indirettamente, da una declaratoria di incostituzionalità limitata al trattamento sanzionatorio…".

Il giudice dell'esecuzione può procedere alla rideterminazione della pena, facendo applicazione diretta, in esecuzione, dei principi *ex* art 136 cost., dell'art. 30 comma 3 ("*Le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione*") e dell'art. 30 comma 4 della legge 11 marzo 1953, n. 87 ("*Quando in applicazione delle norme dichiarate illegittime è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali*").

Affermano le sezioni unite nella sentenza Gatto:

"Il terzo comma pone il divieto di applicazione (ovvero l'obbligo di disapplicazione) della norma dichiarata incostituzionale e si rivolge innanzitutto ai giudici, a tutti i giudici, compreso il giudice dell'esecuzione nel momento in cui viene chiamato, da una delle parti legittimate dall'art. 666 cod. proc. pen., a controllare la legittimità della pena ancora in corso di esecuzione.

Il quarto comma impone di far cessare qualsiasi effetto pregiudizievole derivante dalla sentenza di condanna irrevocabile pronunciata in applicazione della norma dichiarata incostituzionale.

Ciò vuol dire che se, per effetto della sentenza della Corte costituzionale, è venuto meno radicalmente l'illecito penale, cessano l'esecuzione della condanna e tutti gli effetti penali ad essa connessi, situazione espressamente risolta sul piano processuale dall'art. 673 cod. proc. pen.; se è venuta meno la norma applicata per la determinazione della pena inflitta o di parte di essa, deve cessare l'esecuzione della pena o della parte di pena che ha trovato fondamento nella norma dichiarata incostituzionale …".

Dunque, l'articolo 30 comma 4 trova applicazione anche quando la dichiarazione di incostituzionalità riguardi la norma che preveda un aumento di pena derivante dalla introduzione di una circostanza aggravante o dalla modifica dei limiti edittali.

Norma penale è quella che commina una pena o che determina una differenza di pena in conseguenza di determinati comportamenti o

situazioni. "… *Nella misura in cui da dette norme deriva una sanzione criminale per un aspetto dell'agire umano, di esse può dirsi altresì che sono analoghe alle norme incriminatrici, essendo indifferente, da tale punto di vista, che istituiscano un autonomo titolo di reato o una circostanza aggravante…*" (Cass. Sez. 1ª, Sentenza n. 977 del 27/10/2011).

Nello stesso senso, Cass. Sezioni Unite sentenza del 29 maggio 2014 ricorrente il P.M. di Napoli nel processo Gatto).

L'art. 30 comma 4 della legge 11 marzo 1953, n. 87 consente di impedire l'esecuzione anche di una sola porzione di pena che discendeva dall'applicazione della norma poi riconosciuta costituzionalmente illegittima.

L'art. 30 comma 4 della legge n. 87 del 1953 è eccezione alla regola generale prevista nell'art. 2 comma 4 c.p. e legittima quindi il superamento del giudicato di fronte alle primarie esigenze, insite nell'intero sistema penale, di tutelare il diritto fondamentale della persona di fronte alla legalità della pena anche in fase esecutiva e di assicurare parità di trattamento tra i condannato che versano in una identica situazione (cfr. l'ordinanza del 10 settembre 2012 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (nel procedimento penale a carico di E. S.).

Va osservato poi che è assolutamente irrilevante che la pena sia stata irrogata all'esito di un giudizio o sia stata applicata *ex* art. 444 c.p.p.

Cfr. in tema di applicazione della pena Cass. Sez. 1ª, Sentenza n. 26899 del 25/05/2012: A seguito della declaratoria di illegittimità costituzionale (v. Corte cost., n. 249/2010) dell'art. 61, n. 11 *bis*, cod. pen., introdotto dalla legge 24 luglio 2008, n. 125, che ha previsto la nuova circostanza aggravante della commissione del fatto da parte di una persona che illegalmente si trovi sul territorio nazionale, il giudice dell'esecuzione deve rideterminare la pena applicata con la sentenza di patteggiamento in conseguenza dell'effetto abolitivo prodotto dalla citata pronuncia, laddove l'ipotesi circostanziale sia stata considerata dal giudice di merito nella determinazione del trattamento sanzionatorio.

Va infatti ricordato che la pena è sempre applicata dal giudice il quale deve controllare non solo la congruità della pena ma anche la sua legalità.

Pertanto, l'esistenza di una domanda di applicazione della pena non elimina quella che è l'esigenza fondamentale della rideterminazione: non dare esecuzione alle pene "incostituzionali".

Non è condivisibile l'orientamento della giurisprudenza di merito per il quale, ove la pena incostituzionale sia stata applicata *ex* art. 444 c.p.p., si applica, in via analogica o estensiva, l'art. 188 disp. att. c.p.p.

Va in primo luogo osservato che anche al caso della applicazione della pena "incostituzionale" le norme di riferimento ci sono e sono i commi 3 e 4 dell'art. 30 prima richiamato. Dunque, non c'è in realtà un vuoto normativo.

In secondo luogo, non vi è una identità di *ratio*. Ed invero, il consenso delle parti nel procedimento *ex* art. 188 disp. att. c.p.p. trova il suo fondamento nella applicazione degli istituti del patteggiamento nella fase esecutiva, ove sussista la continuazione o il concorso formale tra reati oggetto di titoli esecutivi omogenei; reati cioè rispetto ai quali sono state applicate le pene. Da qui la necessità del previo consenso delle parti, anche ai fini della ammissibilità della richiesta.

Nel caso invece della pena *incostituzionale*, scatta per il giudice dell'esecuzione l'obbligo di eliminare la porzione di pena incostituzionale, a prescindere dall'accordo delle parti.

Nel caso in esame, un preventivo accordo delle parti sulla pena da rideterminare può avere certamente una rilevanza per il giudice dell'esecuzione quale parametro di valutazione; ma rispetto a quell'accordo il giudice dell'esecuzione non è vincolato ed in ogni caso è obbligato al controllo sulla congruità della pena *ex* art. 133 c.p.

Orbene, una volta individuati gli strumenti normativi attraverso i quali è possibile incidere nel giudizio di esecuzione sulla "pena incostituzionale", si devono individuare i limiti del potere del giudice dell'esecuzione.

Infatti, deve tenersi conto che il giudice dell'esecuzione è chiamato esclusivamente ad eliminare la pena "incostituzionale": o meglio quella parte di pena che supera i limiti previsti nel testo normativo in vigore prima del 2006.

Ovviamente, la pena a cui si deve far riferimento è quella irrogata in applicazione della norma incostituzionale. Non la pena finale, ma la pena base, perché il giudice o le parti nella sua determinazione possono essere partiti da quella prevista dalla legge del 2006.

È infatti del tutto irrilevante che la pena in concreto inflitta rientri nella oscillazione dell'art. 73 comma 4 d.p.r. 309/1990, oggi di nuovo in vigore; infatti, quella pena può essere il frutto della legittima riduzione per le circostanze attenuanti generiche e per il rito: però, il giudice dell'esecuzione è tenuto a modificare la pena base, perché altrimenti farebbe ugualmente applicazione della pena incostituzionale.

Il giudice dell'esecuzione quindi deve rideterminare la pena base da infliggere al ricorrente, partendo da quella prevista nell'art. 73 comma 4 d.p.r. 309/1990 oggi applicabile (per intendersi, nella formulazione della legge Iervolino-Napolitano).

Non è però sufficiente riportare esclusivamente la pena base entro il limite massimo di sei anni previsto dall'art. 73 comma 4: non è cioè possibile che per tutte le pene "incostituzionali" si applichi quella base di sei anni di reclusione.

La rivisitazione della pena deve infatti rispondere ai criteri *ex* art. 133 c.p., saper distinguere i fatti gli uni dagli altri, tenendo conto della

diversa gravità e della personalità dell'imputato; altrimenti si violerebbe il principio di proporzionalità della pena e si giungerebbe a pene che per la loro uniformità, in presenza di fatti diversi, non risponderebbero alle finalità *ex* art. 27 Cost.

Inoltre, un limite per il giudice dell'esecuzione è rinvenibile proprio nell'oggetto della questione sottoposta al suo giudizio: si vuol dire che se il compito del giudice dell'esecuzione è eliminare quella parte di pena "incostituzionale", per rideterminarla con quella "costituzionale", non sono sottoposte al suo esame altre questioni già legittimamente decise dal giudice di merito, come quelle relative alla concessione di circostanze attenuanti o al loro bilanciamento.

Cfr. la sentenza Gatto, con riferimento al fatto concreto oggetto di quel procedimento: "… Ovviamente, nell'esercizio di tale potere-dovere, il giudice dell'esecuzione non ha la stessa libertà del giudice della cognizione, dovendo procedere – non diversamente da quanto è previsto negli artt. 671 e 675 cod. proc. pen., - nei limiti in cui gli è consentito dalla pronuncia di cognizione, ossia potrà pervenire al giudizio di prevalenza sempre che lo stesso non sia stato precedentemente escluso nel giudizio di cognizione per ragioni di merito, cioè indipendentemente dal divieto posto dall'art. 69, quarto comma, cod. pen.: in sintesi, le valutazioni del giudice dell'esecuzione non potranno contraddire quelle del giudice della cognizione risultanti dal testo della sentenza irrevocabile …".

Il giudice dell'esecuzione può infatti acquisire (cfr. sul punto la sentenza Gatto) ai sensi dell'art. 666, comma 5, cod. proc. pen. gli atti processuali, , "… *e, quando occorre, ad assumere prove nel rispetto del principio del contraddittorio* …".

Dunque, non è tutta la pena ad essere travolta, perché il riconoscimento delle circostanze attenuanti o il loro bilanciamento si fonda su fatti diversi, su motivazioni diverse e su norme diverse che non sono travolte dalla sentenza n. 32 del 2014 della Corte Costituzionale.

È cioè doveroso "*scindere*" il giudicato, perché altrimenti l'effetto della decisione del giudice dell'esecuzione andrebbe oltre l'eliminazione della pena "incostituzionale".

Ci si trova cioè ad una situazione simile a quella affrontata da Cass. Sez. 1ª, Sentenza n. 977 del 27/10/2011: nel caso in esame però, la porzione di pena "incostituzionale" è quella prevista dalla fattispecie, nel caso affrontato dalla Suprema Corte derivava dall'applicazione di una circostanza aggravante dichiarata incostituzionale.

Pertanto, deve ritenersi che il giudice dell'esecuzione debba rideterminare la pena "base", mediante i parametri *ex* art. 133 c.p., e poi procedere tenendo conto di quanto legittimamente stabilito dal giudice di merito in ordine alla applicazione o al bilanciamento delle circostanze.

Nel caso in esame, all'imputato sono state concesse le circostanze

attenuanti generiche per l'assenza di precedenti penali e per il comportamento processuale tenuto, con una riduzione per altro non totale di un terzo. Nel rideterminare la pena, deve essere rispettata la decisione del giudice di merito sia quanto al riconoscimento della sussistenza della circostanza attenuante che quanto alla entità della diminuzione; ciò perché si tratta di valutazioni ed applicazioni del tutto legittime, coperte dal giudicato e non travolte dagli effetti della sentenza n. 32.

Nel caso in esame, ai fini della determinazione della pena base deve tenersi conto della significativa gravità del reato. Dalla sentenza risulta la seguente ricostruzione del fatto.

"… all'interno dell'autovettura in uso all'A. è stato rinvenuto un sacchetto di cellophane nel quale vi erano 55 ovuli contenenti Gr. 521,62 di sostanza stupefacente del tipo *hashish*, con percentuale di principio attivo di THC del 18,54% pari a gr. 96,71 di THC puro.

All'interno della sala da pranzo dell'abitazione dell'imputato la p.g. ha rinvenuto un pacchetto di sigarette Marlboro con all'interno un ovulo dal peso di grammi 7,098 di sostanza stupefacente del tipo hashish, con percentuale di principio attivo del 30,66% pari a Gr. 2,18 di THC puro ed un altro un pacchetto di sigarette Marlboro con all'interno un frammento di grammi 1,736 di sostanza stupefacente del tipo *hashish*, con percentuale di principio attivo del 12,03% pari a Gr. 0,21 di THC puro. In totale sono stati sequestrati oltre Gr. 99 di THC dai quali è possibile ricavare n.3964 dosi medie singole …".

Deve ancora osservarsi che il ricorrente ha organizzato l'attività illecita dotandosi di strumenti per il confezionamento ed il peso delle sostanze stupefacenti. Dunque, il reato è stato commesso con mezzi e strumenti previamente procurati dall'imputato.

Pertanto, si stima equa una pena base di anni 3 di reclusione ed euro 9.000 di multa. Tale pena va ridotta per le circostanze attenuanti generiche ad anni 2 di reclusione ed euro 6.000 di multa, rispettando la proporzione del giudice del merito, e per il rito alla pena di anni 1 mesi 4 di reclusione ed euro 6.000 di multa.

Deve ritenersi ammissibile la richiesta di applicazione della sospensione condizionale della pena; l'art. 30 comma 4 della legge 11 marzo 1953, n. 87 impone anche l'eliminazione degli effetti penali della condanna. Uno degli effetti della pena "incostituzionale", ove superiore ai limiti *ex* art. 163 c.p., è proprio quello di rendere non applicabile il beneficio della sospensione condizionale della pena.

Deve pertanto ritenersi che il giudice dell'esecuzione, una volta rideterminata la pena, possa valutare la sussistenza dei presupposti di applicazione dell'art. 163 c.p.

Va ricordato che le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la sentenza n. 4687 del 20/12/2005, sia pure per il diverso caso della

abolitio criminis, hanno affermato il seguente principio: Il giudice dell'esecuzione, qualora, in applicazione dell'art. 673 cod. proc. pen., pronunci per intervenuta "*abolitio criminis*" ordinanza di revoca di precedenti condanne, le quali siano state a suo tempo di ostacolo alla concessione della sospensione condizionale della pena per altra condanna, può, nell'ambito dei "provvedimenti conseguenti" alla suddetta pronuncia, concedere il beneficio, previa formulazione del favorevole giudizio prognostico richiesto dall'art. 164, comma primo, cod. pen., sulla base non solo della situazione esistente al momento in cui era stata pronunciata la condanna in questione, ma anche degli elementi sopravvenuti.

Cfr. anche Cass. Sez. 1ª, sentenza n. 40332 del 25/09/2008: Il giudice dell'esecuzione che disponga la revoca di condanna per "*abolitio criminis*" può applicare ad altra condanna la sospensione condizionale della pena che sia stata impedita, nel giudizio di cognizione, dalla sentenza revocata, quando la concessione del beneficio sia giustificata dalla valutazione degli elementi acquisiti nel momento in cui egli stesso formula il giudizio prognostico.

Nel caso in esame però, dalla lettura della sentenza emerge che sussistono i presupposti per la concessione della sospensione condizionale della pena.

Ai sensi dell'art. 164 c.p., il giudice può concedere la sospensione condizionale della pena soltanto se, avuto riguardo alle circostanze indicate nell'art. 133 c.p., "… *presume che il colpevole si asterrà dal commettere ulteriori reati*".

Orbene, questa presunzione, nel caso in esame, può operarsi tenuto conto che dagli atti risulta che l'imputato rese nell'udienza di convalida dell'arresto una confessione. Ciò dimostra la volontà di assumersi le proprie responsabilità e di uscire al circuito criminale.

P.Q.M.

Ritenuta non eseguibile la pena di anni 2 mesi 8 di reclusione ed euro 12.000 di multa applicata a A. V., nato a (*Omissis*), con la sentenza del Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Perugia del 5.2.2014, irrevocabile il 29.4.2014, concesse le circostanze attenuanti generiche, tenuto conto della riduzione per il rito, sostituisce la predetta pena con quella di anni 1 mesi 4 di reclusione ed euro 6.000 di multa.

Letto l'art. 163 c.p. dispone che l'esecuzione della pena rimanga sospesa per il termine di anni 5. *(Omissis).*

(1-2) Le vicende della pena nell'orizzonte valutativo del giudice dell'esecuzione. I riverberi della legalità costituzionale sul valore del giudicato: una problematica multifocale.

SOMMARIO: 1. *Le peculiari fattezze di una questione unitaria: gli interrogativi posti* - 2. *Un approccio multifocale alle coordinate evolutive del sistema penale e processuale* - 3. (Segue): *Il giudicato al cospetto dei valori costituzionali: esiste un "giudicato sulla pena"?* - 4. *Una rivisitazione degli istituti in chiave costituzionalmente orientata* - 5. *Un quadro interpretativo composito: la scelta di un itinerario nella dosimetria della pena*

1. *Le peculiari fattezze di una questione unitaria: gli interrogativi posti*

Con l'ordinanza in epigrafe il G.I.P. perugino si allinea al percorso argomentativo e alle conclusioni da ultimo convalidate in due sentenze rese a Sezioni Unite: gli ormai noti casi "Ercolano" e "Gatto" [(2)]. I *dicta* di tali pronunce recano, infatti, dei punti fermi e fissano dei principi su alcuni rilevanti aspetti che l'interprete perugino pienamente condivide.

Peraltro, tali decisioni sembrano lasciare aperte alcune questioni di non poco momento, soprattutto sul piano dei criteri applicativi [(3)].

Il *proprium* di tale ordinanza è allora quello di apportare un significativo contributo, specie nei suoi risvolti operativi, alla definizione dell'orizzonte valutativo del giudice dell'esecuzione, questione che si è posta in modo sempre più pressante nell'esperienza processuale penale.

Così presentate, le problematiche affrontate nella decisione in commento, *prima facie*, potrebbero sembrare destinate ad esaurirsi all'interno della fenomenologia esecutiva, anche in ragione dell'istanza immediata che sollecita la gestione processuale del caso, cui il giudicante deve fornire risposta.

Maturato il crisma dell'irrevocabilità sull'accertamento del fatto storico[(4)], il contesto naturale nel quale la decisione si colloca è quello dell'attività *post rem iudicatam* e, quindi, del procedimento di esecuzione.

[(2)] Si allude a Cass., sez. un., 7 maggio 2014, Ercolano, in *www.iusexplorer.it* (in merito a tale pronuncia e al dibattito retrostante, v. VIGANÒ, *Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle sezioni unite che chiude la saga dei "fratelli minori" di Scoppola*, in *www.penalecontemporaneo.it*., 12 maggio 2014) e, da ultimo, a Cass., sez. un., 29 maggio 2014, Gatto, in *www.iusexplorer.it*.

[(3)] In realtà, un'indicazione sul punto sembra trasparire dalla motivazione delle Sezioni unite nella vicenda Gatto, laddove si affronta il tema dei poteri valutativi del giudice dell'esecuzione, problema risolto in senso affermativo, e dei suoi limiti (cfr. Cass., sez. un., 29 maggio 2014, Gatto, punto 9 della motivazione, cit.), passaggio non a caso enfatizzato dal G.I.P. perugino (pag. 8).

(4) Precisatane la fisionomia essenziale, per quanto qui di interesse, sembra superfluo indugiare sugli specifici contorni dell'accadimento, del tutto secondari nell'economia del presente commento (per i profili di dettaglio, si rimanda alla descrizione contenuta nel capo di imputazione riportato nell'ordinanza).

Questi i termini della vicenda.

Sinteticamente, il percorso procedurale, scandito ai sensi degli artt. 444 ss. c.p.p., sulla base di un accordo consensuale, superato il vaglio del giudice[5] è culminato in una sentenza di applicazione della pena [6].

In particolare, il comando punitivo si insinua in una vicenda giudiziaria, ormai *res iudicata*, che ritrae una condotta di detenzione a fine di cessione a terzi di un quantitativo di hashish, sostanza riconducibile alla categoria delle sostanze droganti c.d. "leggere" [7], integrante *illo tempore* la fattispecie di cui all'art. 73, comma 1 *bis*, d.P.R. 309/1990 [8], norma che richiama, *quoad poenam,* il comma 1 del medesimo articolo.

Il difensore del condannato invoca l'intervento dell'organo giurisdizionale esecutivo, secondo le cadenze dell'art. 666 c.p.p., affinché proceda ad una nuova rideterminazione della pena, con concessione della sospensione condizionale, a seguito della declaratoria di incostituzionalità degli artt. 4 *bis* e 4 *vicies ter* legge 49/2006 [9], che avevano determinato la qualificazione del fatto *sub judice* ai sensi del comma 1 *bis* dell'art. 73 d.P.R. 309/1990

---

[5] Considerata la fase processuale in cui la vicenda è ormai transitata, nel prosieguo dell'analisi ci si soffermerà soltanto sul profilo relativo alla congruità (comprensivo della legalità) della pena, contemplato dall'art. 444, comma 2, c.p.p.

[6] Tale notazione procedurale non è inutile; tant'è vero che il G.I.P. le dedica un segmento motivazionale, al fine di chiarire alcune questioni in punto di pena, che sembrerebbero, di primo acchito, mal conciliarsi con le peculiarità del rito in parola, attesa la sua base consensuale e la non piena omologazione della sentenza di patteggiamento con quella di condanna emessa all'esito del rito ordinario (arg. *ex* art. 445, comma 1 *bis*, c.p.p.: la «sentenza è *equiparata* ad una pronuncia di condanna» [corsivo aggiunto], locuzione che, preso atto della natura "ibrida" della sentenza di applicazione della pena, ne segnala la non completa assimilazione a quella di condanna che conclude il processo ordinario).

[7] Un chiarimento terminologico: quella di "droga leggera" (contrapposta a "droga pesante") è nomenclatura atecnica ma dall'indubbia efficacia descrittiva, che ricorre spesso nell'ordinanza del G.I.P. – e, in generale, nelle pronunce relative a detta casistica –; si è ritenuto quindi di utilizzare tale formula linguistica anche in questa sede.

[8] Tale comma era stato inserito dall'art. 4 *bis* della legge "Fini-Giovanardi" (l. 49/2006),

[9] Corte cost., 25 febbraio 2014, n. 32, di cui si dirà *amplius*, concernente la dichiarazione di illegittimità delle norme della legge 21 febbraio 2006, n. 49, c.d. "Fini-Giovanardi", che avevano previsto la parificazione sotto il profilo sanzionatorio tra le c.d. "droghe leggere" e "droghe pesanti". La previgente disciplina, che torna quindi ad essere applicabile [l'impianto originario, che, *in parte qua*, torna ad essere applicabile, si deve alla legge Iervolino-Vassalli, (l. 162/1990, confluita nel d.P.R 309/1990)], operava invece un distinguo tra le due tipologie di sostanze, prevedendo una pena edittale diversificata e, quindi, in riferimento alle droghe leggere, un trattamento sanzionatorio ben più mite (dai due ai sei anni di reclusione e con la multa da euro 5.164,00 a euro 77.468,00), rispetto alla forbice sanzionatoria prevista dalla legge "Fini-Giovanardi" (dai sei ai venti anni e con la multa da euro 26.000,00 a euro 260.000,00) Dunque, nel caso di specie, il trattamento in astratto su cui calibrare la pena per la vicenda concreta è notevolmente più favorevole rispetto a quello dell'epoca in cui è stata pronunciata la sentenza di merito.

e, conseguentemente, la determinazione della pena base nell'alveo della cornice edittale di cui al comma 1 del medesimo articolo.

Compendiata l'ossatura della dimensione storica e processuale, per comprendere tale ultimo passaggio sembra doveroso offrire, pur brevemente, il tessuto normativo che viene in rilievo.

Inserito dall'art. 4 *bis* della legge Fini-Giovanardi [(10)], il comma 1 *bis* è venuto meno, a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 32/2014, che ha determinato la caducazione degli artt. 4 *bis* e 4 *vicies ter,* legge citata, con l'effetto di "far risorgere" il previgente comma 4 dell'art. 73 d.P.R. 309/1990, che, rispetto ai fatti di cui al comma 1, differenziava, rendendolo più mite, il trattamento sanzionatorio delle c.d. "droghe leggere" rispetto a quello previsto, nel primo comma, per le "droghe pesanti".

In particolare, il comma 1 *bis* per la fattispecie tipizzata [(11)] rinviava, agli effetti sanzionatori, ad altra disposizione, nella specie al comma 1 [(12)].

Sempre nell'ottica di perimetrazione del campo di indagine, si impone una premessa.

Pacifica, oltre che intangibile *post rem iudicatam*, la definizione giuridica del fatto, l'attenzione andrà riposta esclusivamente sulle vicende che hanno interessato il primo comma: afferendo all'aspetto sanzionatorio, oggetto – si vedrà in che termini – della competenza *in executivis* del G.I.P. perugino, queste ultime pongono questioni di rilevanza decisiva nella casistica delle sentenze irrevocabili in materia di "droghe leggere" [(13)].

[(10)] Legge 21 febbraio 2006, n. 49.

[(11)] Risultano profili eccentrici alla presente sede i rapporti tra il comma 1 *bis* dell'art. 73 e l'art. 75 d.P.R. 309/1990, sia sotto il profilo della possibile frizione tra le modalità di tipizzazione del fatto, nel caso di norme penali in bianco, e il principio della riserva di legge in materia penale, sia per quanto riguarda le perplessità ingenerate dal richiamo dell'art. 75 al comma in questione (prima della modifica operata con d.l. 36/2014, conv. nella l. 79/2014), in quanto attengono anch'essi alla qualificazione giuridica del fatto, come tale operata dal giudice della cognizione (che ravvisa una finalità di cessione a terzi). Quanto alla prima questione, v. GIOVAGNOLI, *Studi di Diritto Penale Parte generale*, Milano, 2008, 125; in merito alla seconda, cfr. le osservazioni di ROMANO, *La riforma della normativa di contrasto agli stupefacenti: osservazioni sulla legge 16 maggio 2014, n. 79*, in *www.penalecontemporaneo.it,* 29 maggio 2014.

[(12)] Su tale tecnica di rimando, cfr., tra gli altri, PULITANÒ, *Diritto penale*, V ed., Torino, 2013, 107.

[(13)] Chiaramente ultronea ai nostri fini, verrà tralasciata l'analisi delle problematiche sollevate dall'art. 73, comma 5, t.u. stup. con riferimento alle condanne passate in giudicato relative alle "droghe leggere" – come anche l'esame della congerie di interventi legislativi che hanno inciso su tale norma – in quanto profili che non rilevano nella decisione in epigrafe, non essendo stati considerati dal giudice della cognizione e , quindi, estranei alla presente analisi. Per completezza, ci si limita soltanto a segnalare la non insignificante stratificazione di mutamenti legislativi che hanno interessato il comma prefato: si tratta del d.l. n. 146 del 2013, convertito con l. n. 10 del 2014, per effetto del quale l'ipotesi di lieve entità è stata trasformata da mera circostanza attenuante in reato autonomo, punito, senza distinguere

Tanto chiarito, immediatamente, allora, si realizza che ad essere coinvolta è l'intricata questione relativa alle conseguenze, in caso di condanna definitiva, di una pronuncia di illegittimità di norme penali non costituenti autonomi titoli di reato.

Per vero, va notato come il terreno iniziale su cui è fiorito il dibattito non sia stato quello in cui si radica la materia *de qua*, bensì la vicenda relativa all'aggravante di clandestinità di cui all'art. 61 n. 11 *bis* [14]; tale confronto si è di li a poco esteso, sostanzialmente negli stessi termini, non solo alla nota "saga dei fratelli minori di Scoppola" [15], ma anche su molti altri fronti [16], prima di concentrarsi sulla materia consegnata alla disciplina degli stupefacenti [17].

---

tra droghe c.d. pesanti e droghe c.d. leggere, con la pena della reclusione da uno a cinque anni e con la multa da € 3.000 ad € 26.000, e del d.l. 36/2014, convertito con legge n. 79/2014, che ha ulteriormente ridotto i limiti edittali, con previsione della pena della reclusione da sei mesi a quattro anni e della multa da € 1.032 ad € 10.329; per un breve commento del primo, cfr. Della Bella e Viganò, *Convertito il d.l. 146/2013 sull'emergenza carceri: il nodo dell'art. 73, co. 5 t.u. stup*., in *www.penalecontemporaneo.it*; quanto al secondo, cfr. Viganò, *Convertito in legge il d.l. n. 36/2014 in materia di disciplina degli stupefacenti, con nuove modifiche (tra l'altro) al quinto comma dell'art. 73,* in *www.penalecontemporaneo.it*, 19 maggio 2014.

[14] Corte cost., 8 luglio 2010, n. 249; per uno specifico esame cfr. Gambardella, *Lex mitior e giustizia penale*, Torino, 2013, *passim.*

[15] Così, Viganò, *Pena illegittima e giudicato*, cit.; cfr., in dottrina, anche le riflessioni di Gaito e Santoriello, *Giudizio abbreviato ed ergastolo*, cit. Sul punto, in giurisprudenza, Corte cost., 18 luglio 2013, n. 210, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 7, comma 1, d.l. 341/2011, inteso quale disposizione sostanziale, qualifica riconosciuta anche all'art. 442 c.p.p., sul quale la prima norma, "pseudo-interpretativa", era venuta ad incidere, in violazione dell'art. 7 Cedu e, di conseguenza, del parametro costituzionale di cui all'art. 117 Cost. (cfr. Romeo, *Giudicato penale e resistenza alla* lex mitior *sopravvenuta: note sparse a margine di Corte cost. n. 210 del 2013,* in *www.penalecontemporaneo.it,* 1 ottobre 2013); nonché Cass., sez. un., 7 maggio 2014, Ercolano, cit. Nella manualistica, v. Garofoli, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, IX ed., Roma, 2013, 229*,* cit., 229.

[16] Cfr. Corte cost. 23 febbraio 2012, n. 31 (relativa all'annullamento dell'automatismo applicativo delle pena accessoria della perdita della potestà genitoriale sancito dall'art. 569 c.p. per il delitto di cui all'art. 567, comma 2, c.p.; per la diversa ipotesi contemplata all'art. 566, comma 2, c.p. (soppressione di stato), v. Corte cost., 23 gennaio 2013, n. 7; Corte cost., 23 marzo 2012 n. 68, (relativa all'annullamento dell'art. 630 c.p., nella parte in cui non estende al sequestro di persona a scopo di estorsione le attenuanti previste per il sequestro a scopo di terrorismo o di eversione ai sensi dell'art. 311 c. p.).

[17] Cfr. Corte cost., 5 novembre 2012, n. 251 (relativa all'illegittimità dell'art. 69, comma 4, come sostituito dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251, art. 3, nella parte in cui poneva un divieto di prevalenza dell'attenuante di cui all'art. 73, comma 5, t.u. stup. sulla recidiva reiterata di cui all'art. 99, comma 4 c.p.). Sul punto, v. anche Cass., sez. un., 29 maggio 2014, Gatto, cit.; Corte cost., 25 febbraio 2014, n. 32, (per il cui specifico oggetto v. *supra,* nota 9,) che più rileva in questa sede, concernente la particolare tematica della reviviscenza della norma penale abrogata. Sono poi seguite altre questioni, in relazione a diversi ambiti: cfr. Corte cost.,14 aprile 2014,

Sarebbe privo di senso il tentativo di definire a priori l'ambito della casistica giurisprudenziale potenzialmente interessata, per la semplice ragione che ipotesi di questo tipo presentano, ad uno sguardo attento, un elemento comune di criticità che travalica la specificità della materia o della singola vicenda: il fondamento della pena in esecuzione su una norma penale non incriminatrice successivamente dichiarata invalida.

Orbene, dalla questione discende un triplice ordine di problemi.

Un primo nodo interpretativo che deve essere infatti sciolto si colloca sotto il profilo dell'*an* dell'intervento del giudice dell'esecuzione in simili casi; dilemma che prelude a quello che si appunta sulla base legale di un tale esercizio di poteri, vale a dire sullo strumento fornito dall'ordinamento processuale; di qui l'insorgere di perplessità ed interrogativi – non meno importanti – nel momento in cui ci si trovi a sperimentare il problema del *quomodo* [18], delle modalità operative da seguire, e le implicazioni, sul piano operativo, in funzione delle diverse scelte astrattamente ipotizzabili in tale frangente.

Partiamo dal traguardo: ciascuno di questi interrogativi, che, come si vedrà, costituisce potenzialmente uno scoglio, è decifrato con nettezza dal G.I.P. perugino e assunto come tappa ideale del proprio argomentare, per giungere ad una soluzione che pare senz'altro doversi condividere.

Quanto alla prima problematica, l'ordinanza, come anticipato, si allinea ai capisaldi enucleati dalle due sentenze di legittimità summenzionate, ribadendo la tesi per cui la formazione del giudicato non può giustificare l'esecuzione di una pena inflitta sulla base di una norma dichiarata incostituzionale, spettando al giudice dell'esecuzione rideterminare la pena sulla base della disciplina legislativa conforme a Costituzione.

Se risultano emblematici gli argomenti modellati – quando non introdotti da ampie citazioni testuali – sui passaggi delle due sentenze di legittimità, altrettanto significativa è la circostanza che la prima pronuncia evocata nell'ordinanza in epigrafe, rappresentativa dell'orientamento attualmente dominante, sia la sentenza Hauohu [19], cui né la sentenza Gatto né la sentenza Ercolano mancano di richiamarsi più volte [20], a significare l'unita-

---

n. 105 e Corte cost., 22 aprile 2014, n. 106, che hanno dichiarato illegittimo l'art. 69, comma 4, c.p. nella parte in cui escludeva che potesse riconoscersi la prevalenza delle attenuanti di cui, rispettivamente, all'art. 648, comma 2, c.p. (fatto di particolare tenuità) e all'art. 609 *bis*, comma 3, c.p. (fatto di lieve entità) sull'aggravante di cui all'art. 99, comma 4, c.p.

[18] Il dibattito si fa acceso, in particolare, nei casi c.d. "difficili".

[19] V. ordinanza in commento, pag. 2. Si tratta della prima pronuncia espressasi in tema di aggravante di clandestinità (Cass., sez. I, 13 gennaio 2012, Hauohu, con nota di Scoletta, *Aggravante della clandestinità: la Cassazione attribuisce al giudice dell'esecuzione il potere di dichiarare la non eseguibilità della porzione di pena riferibile all'aggravante costituzionalmente illegittima*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 19 gennaio 2012).

[20] Cass., sez. un., 7 maggio 2014, Ercolano, cit. punto 9.2; Cass., sez. un., 29 maggio 2014, Gatto, punto 3.1, cit.

rietà del problema di fondo trattato da entrambe, che, infatti, non a caso, sembrano "darsi il turno" nell'iter motivazionale seguito del giudice. In controluce c'è la volontà di mostrare come destituite di fondamento tutte quelle obiezioni [21] volte a confinare la questione ai soli casi in cui si debba dare attuazione ad un obbligo convenzionale – a dire – tese a "sterilizzare" la soluzione nell'ambito della categoria delle violazioni della Cedu. Che tale assunto non sia affatto persuasivo viene messo allo scoperto nella pronuncia della Cassazione a Sezioni unite Gatto, la quale attribuisce all'autentico "fondamento" [22] della sentenza Ercolano e della pronuncia di incostituzionalità n. 210/2013 [23] – ma anche della sentenza della Consulta n. 249/2010 [24] – una "valenza generale" [25], riconoscendo, del resto, nella specificità delle vicende considerate l'occasione per fare chiarezza anche su aspetti diversi [26]. Ragionando diversamente, negando cioè l'assimilazione di tali situazioni, si sancirebbe un esito irragionevole, al limite del "paradossale" [27], risultando vanificato, a tacer d'altro, lo stesso principio di gerarchia delle fonti [28]. D'altra parte, come si vedrà, se è indubitabile che il diritto vivente della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo acceleri il

---

[21] Paradigmatica, al riguardo, Cass., sez. I, 19 gennaio 2012, Hamrouni, in *Mass. Uff.*, 253383, ripresa dall'ordinanza di rimessione nella vicenda Gatto (Cass., sez. I, 31 gennaio 2013, in *www.iusexplorer.it)*.

[22] Così, Cass., sez. un, 29 maggio 2014, Gatto, punto 10.1 della motivazione, cit.

[23] Riguardo tale declaratoria di incostituzionalità, va puntualizzato come la condivisione, da parte del Giudice delle leggi, della tesi in parola – secondo cui l'organo giurisdizionale esecutivo può incidere su sopravvenienze quali la dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma penale sostanziale (su tale nozione, v. *infra*) – sia attestata chiaramente dal riconoscimento del requisito della rilevanza della questione sollevata con l'incidente di costituzionalità (v. Corte cost., 18 luglio 2013, n. 210, punto 7.3).

[24] Cfr. Cass., sez. un., 29 maggio 2014, Gatto, punti 5 e, in particolare, 11, in cui si assevera che le medesime conclusioni devono essere traslate al caso a sé sottoposto.

[25] Così Cass., sez. un., 29 maggio 2014, Gatto, punto 10 della motivazione, cit..

[26] Come la necessità di differenziare l'ipotesi di violazione dell'art. 7 Cedu da quella relativa all'art.6 della Carta europea, soltanto quest'ultima necessitando, per essere eliminata, dello strumento della riapertura del processo, ai sensi dell'art. 630 c.p.p., come risultante dall'intervento della Corte cost., 7 aprile 2011, n. 113 (per tale osservazione, v. Cass., sez. un., 29 maggio 2014, Gatto, punto 10.1 della motivazione, cit.); non meno necessaria, va aggiunto, la conferma dei rapporti tra ordinamento interno ed internazionale con riferimento al parametro di cui all'art. 117 Cost., incardinati sul ricorso necessario alla Corte costituzionale nei casi di incompatibilità di una norma interna rispetto alla Cedu.

[27] Così, Cass., sez. un., 29 maggio 2014, Gatto, punto 10.1, della motivazione, cit.

[28] Quelle della Cedu, pur dotate della peculiare rilevanza di norme interposte, occupano un rango "sub-costituzionale" (così, Cass., sez. un., 29 maggio 2014, Gatto, punto 10.1 della motivazione, cit.); un richiamo alla «gerarchia delle fonti», cui è soggetto «il comando punitivo del caso concreto», è presente in Cass., sez. un., 29 maggio 2014, Gatto, punto 8.2 della motivazione, cit.

processo di erosione del giudicato [29], è altrettanto vero che questo risulti da tempo già in atto [30].

[29] Paradigmatici i casi Dorigo (Corte eur., 9 settembre 1998, Dorigo c. Italia), Somogyi (Corte eur., 18 maggio 2004, Somogyi c. Italia) e Drassich (Corte eur., 11 dicembre 2007, Drassich c. Italia), nei quali, al di là delle diverse tecniche risolutive proposte – sulle quali sarebbe un fuor d'opera diffondersi (si rinvia, tra gli altri, a Gialuz, *Le opzioni per l'adeguamento del codice di procedura penale italiano all'obbligo di restitutio in integrum previsto dalla Corte di Strasburgo*, in Spitaleri (a cura di), *L'incidenza del diritto comunitario e della C.e.d.u. sugli atti nazionali definitivi*, Milano, 2009, 229; v. la critica all'estensione analogica dell'art. 625 *bis* c.p.p., operata da Gambardella, *Lex mitior*, cit., 70) – si afferma con nitore l'incompatibilità delle violazioni accertate dalla giurisprudenza della Corte edu con la persistente efficacia del giudicato, i cui effetti devono, in qualche modo, essere neutralizzati.

Si badi, peraltro, che l'interessato deve essere altresì posto nelle stesse condizioni in cui si sarebbe trovato in assenza della violazione: riconciliazione con i crismi del giusto processo che non può certo affidarsi alla giurisdizione esecutiva, insinuatosi il vizio nelle dinamiche processuali che culminano nella valutazione del fatto, prerogativa del giudice della cognizione. All'opposto, il caso che occupa – è bene sottolinearlo fin d'ora – si pone interamente nel solco delle vicende attinenti al solo trattamento sanzionatorio, non estranee all'intervento *in executivis*.

Su tale frangente, si pensi alla c.d. saga dei fratelli minori di Scoppola, relativa alla vicenda dell'illegittimità costituzionale, dichiarata da Corte cost. n. 210/2013, dell'art. 7, comma 1, d.l. n. 341/2000 quale norma penale sostanziale; sul tema, v. Viganò, *Pena illegittima e giudicato*, cit.; Gaito e Santoriello, *Giudizio abbreviato ed ergastolo: un rapporto ancora difficile*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, in 1201 s.s. in *www.leggiditalia.it*. Per un approfondimento del tema della non eseguibilità del giudicato contrastante con la Cedu, *ex multis*, cfr. Ubertis, *L'adeguamento italiano alle condanne europee per violazioni dell'equità processuale*, in Balsamo – Kostoris (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008, 99; Mazza, *L'esecuzione può attendere: il caso Dorigo e la condanna ineseguibile per accertata violazione della CEDU*, in *Giur. it.*, 2007, 2637; Negri, *Corte europea e iniquità del giudicato penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 1229. Considerazioni simili possono essere svolte rispetto a Corte cost., 7 aprile 2011, n. 113 (di tipo additivo), che ha arricchito di una nuova ipotesi di riapertura del processo l'art. 630 c.p.p., per garantire l'attuazione dell'art. 46 Cedu (*amplius*, tra gli altri, cfr. Gialuz, *Una "sentenza additiva di istituto": la Corte costituzionale crea la "revisione europea"*, in *Cass. pen.*, 2011, 3308; Ubertis, *La revisione successiva a condanne di Strasburgo*, in *Giur. cost.*, 2011, 1542; Diddi, *La "revisione del giudizio": nuovo mezzo straordinario di impugnazione delle sentenze emesse in violazione della C.e.d.u.*, in *Giust. pen.*, 2011, 138; Tabasco, *Decisioni CEDU, processo iniquo e nuovo giudizio*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 1405.

[30] Cfr. Cass., sez. un., 29 maggio 2014, Gatto, punto 8 della motivazione, cit. Sulla questione, per vero, va sottolineato che la soluzione propugnata in motivazione dalle Sezioni unite Ercolano, a favore della rivedibilità del giudicato, era stata anticipata da numerosi giudici di merito, in sede esecutiva, quali, senza pretese di esaustività: i G.I.P. dei Tribunali di Rovigo, con ordinanza del 28 marzo 2014 (giud. Mondaini), Pisa, con ordinanza del 15 aprile 2014 (giud. Ubiali) e Trento con più ordinanze del 18 aprile 2014 (giud. Ancona), nonché il Tribunale di Milano in composizione monocratica (giud. Cotta), ord. 3 aprile 2014; se, però, tutte le ordinanze appena citate concordano su tale conclusione, si differenziano nettamente circa le modalità con cui la stessa dovrebbe attuarsi.

2. *Un approccio multifocale alle coordinate evolutive del sistema penale e processuale*

La comprensione di tale ultimo asserto si intreccia con quella del retroterra fatto proprio dalla decisione in rassegna e, quindi, delle premesse teoriche che giustificano l'esito cui l'ordinanza perviene, come sopra presentato.

Se, da un punto di vista metodologico, si adotta una prospettiva "multifocale" nell'approccio al contenuto dell'ordinanza che si annota, ci si avvede di tematiche che si agitano sullo sfondo, delle quali il giudicante si mostra chiaramente consapevole, che vanno al di là della dimensione prettamente esecutiva.

Un approccio siffatto fa affiorare interessanti riflessioni e mette in luce un'interrelazione tra piani che pare fornire un valido contributo alla migliore definizione della specifica questione sopra anticipata, che, lungi dal costituire "evento", per così dire, isolato, si inserisce in una precisa tendenza storica, culturale e giuridica. Individuarne la matrice consente di spiegare le dinamiche profonde, facilitando altresì le interrelazioni dialogiche con altre questioni – che si ritrovano tutte nell'iter motivazionale dell'ordinanza perugina – punto di contatto dei piani del diritto penale sostanziale [(31)] e processuale [(32)] con quello costituzionale [(33)], sul comune sfondo di principi fondamentali che si inverano [(34)]. In tale approccio le questioni si rivelano per una loro connaturale capacità esplicativa reciproca.

[(31)] In tale ambito, si allude al tema della reviviscenza, alla sottolineatura delle conseguenze tra *ius superveniens* e incostituzionalità con le sue ricadute rispetto alle condanne passate in giudicato, alla tematizzazione del principio di legalità, anche nella sua accezione di conformità alla Costituzione, alla riflessione sulla incidenza delle sentenze della Corte costituzionale, come anche al concetto di norma penale.

[(32)] A tal riguardo, si considerino il tema dei rapporti che intercorrono tra gli artt. 673 c.p.p. e 30, comma 4, l. n. 87/1953; quello che delle condizioni per cui una pena possa essere ritenuta giusta; l'identificazione del momento in cui un rapporto possa dirsi "esaurito"; l'interpretazione del concetto di intangibilità del giudicato e la correlativa visione della pena come "effetto" della sentenza irrevocabile, estraneo a tale immodificabilità, con implicazioni in ordine alla rivisitazione del trattamento sanzionatorio, anche in presenza di una sentenza di patteggiamento; lo strumento processuale appropriato a tal fine; l'attenzione posta su ulteriori questioni poste dalle specifiche peculiarità del patteggiamento, nonché i limiti del potere del giudice dell'esecuzione, argomento inevitabilmente connesso a quello delle modalità operative a disposizione.

[(33)] Si pensi alle questioni che ruotano intorno al tema dell'incidenza delle sentenze della Corte costituzionale in ambito penale; al tema del bilanciamento dei valori e a quello della ricerca di un'interpretazione degli istituti che sia conforme agli stessi.

[(34)] Le tematiche – di cui è stata operata una rapida mappatura nelle note che precedono – pur all'evidenza strettamente connesse, possono essere ricondotte, per un'esigenza di semplificazione e sistemazione teorica - a ciascuna sfera, come appena indicato. Per la necessità di un'impostazione «interdisciplinare» alla problematica, v. RUGGERI, *Giudicato costituzionale, processo penale, diritti della persona*, nota a Cass., sez. un., 29 maggio 2014, Gatto, cit.

Si combinano, così, è bene esplicitarlo, livelli di analisi tra loro complementari, perché saggiano, a ben vedere, da un lato, la "superficie" del problema, le ricadute concrete ed immediate, che si pongono sul piano delle effettive tutele dei diritti fondamentali del condannato; dall'altro, e più in profondità, le dinamiche complessive, che – lo si anticipa – percorrono la direttrice del prevalere dei valori costituzionali.

In una prospettiva diacronica, lo scenario interpretativo, al di là del manifestarsi di alcune resistenze culturali [35], improntate ad un atteggiamento conservativo, sembra, attraversato nel complesso da una sorta di *climax* nella rivisitazione di varie categorie tradizionali: si assiste ad una rinnovata architettura ermeneutica che trae linfa proprio da quel progressivo affermarsi dei diritti della persona di cui si è detto.

La trattazione non potrà che assumere connotazioni brevi e sinottiche, senza oltrepassare i confini di quello che vuole essere solo un inquadramento generale, esulando dalla presente sede una approfondimento dei singoli aspetti che tessono tale intelaiatura. Quello preannunciato è però uno sforzo ricompositivo che va compiuto, non soltanto per la ricchezza di spunti che offre, ma, a tacer d'altro, perché è lo stesso ragionamento del giudicante che, pur solo sfiorate, intorno a tali prospettive si snoda, facilitandone l'interrelazione dialogica.

3. (Segue): *Il giudicato al cospetto dei valori costituzionali: esiste un "giudicato sulla pena"?*

Riprendendo quanto accennato [36], va messo in luce come, nel tempo, si sia imposta [37] una rilettura del concetto di giudicato penale e, a cascata, degli istituti che con esso, su diversi piani, entrano in contatto [38].

---

[35] «Secondo l'antico costume di leggere il nuovo per assorbirlo nel vecchio» (così, efficacemente, Cass., sez. un., 29 maggio 2014, Gatto, punto 9.2 della motivazione, cit.).

[36] Laddove si parlava di un'erosione del giudicato già in atto ben prima della spinta proveniente dalla giurisprudenza formatasi sulla Cedu.

[37] Tale necessità è stata dapprima avvertita da autorevoli voci della dottrina all'indomani della Carta costituzionale, poi seguita, pur a distanza di tempo, dalla giurisprudenza degli anni '80 (per una tale ricostruzione storica v. Cass., sez. un., 29 maggio 2014, Gatto, punto 6.1 della motivazione, cit., richiamata dal G.I.P. perugino, a pag. 4).

[38] Come si vedrà, il problema di una rivisitazione degli istituti (quali quello di giudicato, rapporto esaurito, bilanciamento, efficacia delle sentenze della Corte costituzionale e così via) si pone in maniera precipua con riguardo alle sentenze passate in giudicato piuttosto che con riferimento ai giudizi pendenti (è appena il caso di sottolineare che, però, anche in tali ultimi casi viene in gioco il principio di legalità costituzionale). Per il riconoscimento di un legame tra significato assegnato al giudicato e fisionomia della fase esecutiva, e, quindi degli effetti indiretti delle dinamiche evolutive che hanno interessato il primo v. Dean, voce *Esecuzione penale*, in *Enc. dir.*, Annali II, Tomo 1, Milano, 2008, 231 ss.

Non essendo questa la sede per ripercorrerne analiticamente tutte le fasi, basti sottolineare come l'evoluzione del clima culturale, prima che giuridico, portando a contatto tale istituto, così come tradizionalmente concepito, con i valori esaltati dalla Carta costituzionale, abbia posto il problema del reperimento di una sua giustificazione sistematica, in sintonia con gli interessi di pari rango implicati.

La nuova configurazione del sistema si tradusse, sul fronte dell'esperienza processual-penalistica, nell'avvertita necessità di ripensare un istituto che, per come era stato congegnato, appariva "consustanziale" ad un preciso assetto istituzionale ed ideologico, ma che si mostrava disarmonico rispetto a quello ormai rinnovato.

Si cominciò quindi a parlare di "cedevolezza del giudicato", a significarne, icasticamente, il ridimensionamento, culturale e giuridico, l'erosione della portata assolutizzante e monolitica insita in quello che iniziò ad essere chiamato, con sguardo retrospettivo, come "mito".

Attese le frizioni emerse rispetto ad una lettura dell'istituto prettamente in chiave di stabilità giuridica, l'ipostatizzazione della *auctoritas rei iudicatae* finiva così per stemperarsi, nell'ottica di preservare la coerenza del sistema, sul crinale dei rapporti con gli altri principi costituzionali.

Va da sé come il perno del giudicato inizi ad essere avvistato non più nella certezza giuridico-formale [(39)], bensì nel concetto garantistico di *ne bis in idem* [(40)].

Insomma, secondo tale parabola evolutiva, il valore costituzionale [(41)]

[(39)] Che continua a rimanere preponderante nelle «relazioni orizzontali» (la terminologia si deve a Viganò, *Retroattività della legge penale più favorevole*, *www.penalecontemporaneo.it*); peraltro, anche nel frangente civile si registrano tendenze nel senso di una attenuazione dell'intangibilità del giudicato (cfr. Cass., sez. un., 29 maggio 2014, Gatto, punto 8.1 della motivazione, cit.

[(40)] Come è noto, tale istituto, disciplinato all'art. 649 c.p.p., risponde all'esigenza di evitare che si celebri un diverso processo *de eadem re* (v. Dean, voce *Esecuzione penale*, cit., *passim*. Al riguardo, v. Iacobbi, *La nuova dimensione del giudicato penale ed i poteri del giudice di "modificare" le statuizioni della sentenza*, in *Cass. pen.*, 2007, 2675, che puntualizza come dall'irrevocabilità conferita dall'art. 648 c.p.p. discenda non solo l'esecutività *ex* art. 650 c.p.p., ma anche, per l'appunto, la «preclusione» data dal divieto di un secondo giudizio, *ex* art. 649 c.p.p., «che impedisce ulteriori procedimenti penali a carico della medesima persona e per lo stesso fatto già giudicato»: in tal senso, si potrebbe parlare di una «certezza in senso meramente soggettivo» (così, Iacobbi, *La nuova dimensione del giudicato penale*, cit.).

[(41)] Sulla dignità costituzionale del giudicato, vuoi in linea generale vuoi con riguardo, specificamente, al ramo penalistico, non sono mancate vivaci discussioni; quanto al settore penale, che qui interessa, ove la si voglia riconoscere, il basamento più solido pare essere quello dell'art. 117 Cost., parametro che consente il sindacato delle norme convenzionali; in particolare, basti pensare che sia il Patto internazionale sui diritti civili e politici, all'art. 14, par. 7, sia il protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, all'art. 4, par. 1, riconoscono il principio del *ne bis in idem*.

del giudicato [42] viene modellato dall'interazione con altri valori costituzionali [43].

Se è allora questa l'attuale dimensione del giudicato, acclarato che, all'insegna di tale impronta garantistica, la "solidità" che lo connota è attributo del giudizio sul fatto storico [44], altrettanto palese risulta, però, come restino fuori dal raggio d'azione di tale immutabilità tutti quegli aspetti che attengono esclusivamente al versante del trattamento sanzionatorio, a fronte del verificarsi di patologie sostanziali [45], non potendosi tollerare che siano vulnerate indeclinabili esigenze di giustizia.

Si vuole cioè dire, più semplicemente, che non risulti affatto distonico in tale quadro che le circostanze sopravvenute riguardanti la pena possano essere successivamente considerate dal giudice.

A fornire una traccia ricostruttiva sono le scelte trasfuse nella trama normativa del codice di procedura penale del 1988 [46], che segna un'inversione di prospettiva rispetto alla visione della fase esecutiva che emergeva dal codice di rito del 1930. Tale ultimo assetto procedurale configurava infatti l'attività esecutiva come mera appendice, con funzione meramente attuativa del giudicato, per ciò solo "assolutamente insensibile alle situazioni insorte successivamente alla sua formazione" [47], funzione che veniva quindi assolta secondo schemi burocratici ed amministrativistici, così da relegare quello del giudice ad un intervento episodico e ad un ruolo minimale.

---

[42] Per una disamina delle diverse esigenze che devono riconoscersi sottese al giudicato e, specularmente, delle sue distinte declinazioni funzionali, a seconda dei casi, cfr. Viganò, *Retroattività della legge penale*, cit.; per le conseguenze in tema di bilanciamento, cfr. Viganò, *Retroattività della legge penale*, cit.

[43] Esemplarmente, Cass. sez. un., 29 maggio 2014, Gatto, punto 6.2 della motivazione, cit.: «è proprio l'ordinamento stesso che è tutto decisamente orientato a non tenere conto del giudicato e quindi a non mitizzarne l'intangibilità, ogniqualvolta dal giudicato resterebbe sacrificato il buon diritto del cittadino».

[44] Così, è precluso un riesame in ordine al fatto tipico, all'antigiuridicità e alla colpevolezza (sul punto, v. Gaito e Ranaldi, *Esecuzione penale*, Milano, 2005, 47 ss). Di «garanzia di tipo soggettivo» ma perimetrata da un punto di vista oggettivo ("medesimo fatto", ovvero coincidente in relazione agli elementi costitutivi, ancorché registri variazioni quanto al titolo, al grado o alle circostanze) discorre Dean, voce *Esecuzione penale*, cit. Eccettuati – sempre per esigenze sopravvenute di giustizia – il rimedio straordinario previsto dall'art. 630 c.p.p., ampliato nei suoi spazi operativi dalla codificazione del 1988, (sopra richiamato a proposito dell'incidenza della Cedu), quello del ricorso straordinario per errore materiale o di fatto contemplato dall'art. 625 *bis* c.p.p., nonché quello forgiato, da ultimo, con l. 67/2014, che ha introdotto nel codice di rito l'art. 625 *ter* c.p.p., la cui rubrica ("rescissione del giudicato") già ne segnala l'attitudine rescissoria del giudicato, condivisa con i due meccanismi che precedono.

[45] Questa, infatti, la conclusione cui perviene il G.I.P. perugino, pagg. 4-5, riportando testualmente le parole espresse sul punto dalla recente sentenza Cass. sez. un., 29 maggio 2014, Gatto, punto 6.1 della motivazione, cit.

[46] Dean, voce *Esecuzione penale*, cit.

[47] Cfr. Cass. sez. un., 29 maggio 2014, Gatto, punto 7 della motivazione, cit.

Per converso, il sistema consegnato dalla riforma reca i caratteri della giurisdizionalizzazione, nella quale gli ampi poteri attribuiti al giudice dell'esecuzione sono finalizzati allo svolgimento di una funzione composita, complementare [48] a quella cognitiva. Allontanatasi infatti l'idea che rimettere in discussione la sentenza definitiva – anche solo in punto pena – significasse, in sostanza, rimettere in discussione l'autorità, al giudice dell'esecuzione sono conferiti ampi poteri, preordinati all'attuazione non solo e non tanto di una pretesa punitiva ma di una giusta pronuncia [49]. Essi assecondano «esigenze di giustizia postume» [50] che impongono una modificazione sostanziale della pena: si pensi, per elencare i più incisivi, all'art. 669 c.p.p., che garantisce al condannato il diritto alla sentenza più favorevole tra quelle rese per il medesimo fatto, all'art. 671 c.p.p., che consente, a chi non ne abbia potuto beneficiare, di giovarsi della disciplina del concorso formale o del reato continuato [51], o a quello, ancora più penetrante, di revoca del provvedimento di condanna ai sensi dell'art. 673 c.p.p. [52].

A ben vedere, quello appena rappresentato è l'epilogo normativo di un percorso prima dottrinale e, su questa scia, giurisprudenziale, particolarmente fecondo – basti pensare al dibattito sorto in tema di reato continuato

---

[48] Parla di funzione «integrativa» Dean, voce *Esecuzione penale*, cit.; v. Cass., sez. un., 29 maggio 2014, Gatto, punto 6.3 della motivazione, cit.

[49] Parla di forme di controllo sulla giustizia della decisione Vicoli, *La rivisitazione del fatto da parte del giudice dell'esecuzione: il caso dell'*abolitio criminis, in *Cass. pen.*, 2010, 1689 B, fasc. 4, in *www.iusexplorer.it*; cfr. Dean, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Torino, 2006, 45 ss. Gaito e Ranaldi, *Esecuzione penale*, cit.

[50] L'efficace locuzione si deve a Dean, *Ideologie e modelli*, cit.

[51] Ma anche al giudice di valutare se concedere la sospensione condizionale e la non menzione della condanna, nonché di adottare ogni altro provvedimento conseguente. Per completezza, sia detto incidentalmente che, con l., 5 dicembre 2005, n. 251, è stato inserito quale indice espresso di sussistenza della continuazione proprio lo stato di tossicodipendenza. L'art. 671 c.p.p. – che regola un caso nel quale occorre rimediare ad un limite che si è scontato in fase cognitiva – con ciò determinando un indebito aggravio sanzionatorio *in executivis* – è significativamente assunto da uno dei principali passi motivazionali (punto 12) della sentenza a Sezioni unite sul caso Gatto, sopra citata, quale termine di raffronto (con ciò, sembra, superando una sua interpretazione in chiave eccezionale) per mettere in luce l'ampiezza dei poteri valutativi – come anche, si badi, i loro confini – del giudice dell'esecuzione; poteri che, del resto, rispondono alla stessa logica del sistema, che attribuisce al giudice dell'esecuzione una determinata funzione. Con ciò destituendo di validità l'argomento che orienta «la ricerca di soluzioni 'a rime obbligate' per l'organo esecutivo»: e cioè la «presunta insuperabile refrattarietà dell'incidente di esecuzione a qualunque valutazione discrezionale in materia di commisurazione della pena» (così Viganò, *Pena illegittima e giudicato*, cit.).

[52] Così Dean, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Torino, 2006, 45; per un'enumerazione di questi ed altri poteri, cfr. Cass., sez. un., 29 maggio 2014, Gatto, punto 6, motivazione, cit.; al medesimo catalogo allude, per sottolineare la latitudine di poteri, già Corte cost, 18 luglio 2013, n. 210 punto 8 della motivazione, e Cass., sez. un., 7 maggio 2014, Ercolano, punto 9 della motivazione, cit.

in caso di reato meno grave oggetto di sentenza definitiva – [53], un terreno esegetico che, in tempi successivi, non ha mancato di determinare ulteriori riverberi (a tacer d'altro, si consideri la tendenza espansiva che ha coinvolto l'art. 673 c.p.p.[54]).

4. *Una rivisitazione degli istituti in chiave costituzionalmente orientata*

Ebbene, l'ordinanza annotata si inserisce nel senso di marcia così tracciato in linea generale e, in particolare, rientra a pieno titolo in quell'orientamento interpretativo [55] confrontatosi, in epoca recente, con un legislatore

---

[53] Per una ricostruzione sintetica, v. Cass., sez. un., 29 maggio 2014, Gatto, punto 6.1 della motivazione. In mancanza di una norma analoga all'art. 671 c.p.p., la dottrina degli anni sessanta denunciava come la circostanza che il reato meno grave fosse quello già giudicato impedisse l'applicazione dell'art. 81 c.p. e, quindi, l'esplicarsi di effetti favorevoli, in virtù di una pretesa immodificabilità del trattamento sanzionatorio fissato con sentenza irrevocabile. Su tale scia, una sentenza degli anni ottanta a Sezioni unite (Cass., sez. un., 21 giugno 1986, Nicolini, in *Mass. Uff.*, 173419), esprimendo un cruciale *revirement* rispetto all'indirizzo consolidato, in nome di esigenze di giustizia sostanziale, ammise la possibilità di superare l'ostacolo del giudicato, emblematicamente additato come «fattore di carattere temporale» («evenienza meramente processuale»", secondo Corte cost. 9 aprile 1987, n. 115, che avalla tale svolta), a significare l'ineluttabile "laicizzazione" del concetto. Significativa, ai nostri fini, anche l'affermazione che, al di là delle ipotesi tassativamente previste, il giudice può ricavare per interpretazione dal sistema una facoltà di incidere sul giudicato in caso di «eventi accidentali e indipendenti dal fatto del reo» (favorevole a tale soluzione Corte cost. 9 aprile 1987, n. 115). In dottrina, sul punto, v. Ruggeri, *Giudicato costituzionale*, cit., 8.

[54] Il riferimento va, da un lato, al noto caso Eldridi (28 aprile 2011, C-61/11) sul quale v. Garofoli, *Manuale di Diritto Penale,* cit., 226 e Gambardella, *Qualche considerazione sull'illegittimità costituzionale della legge "Fini-Giovanardi"*, in *Arch. Pen.*, 2014, n. 1, 1237, dall'altro, a quella giurisprudenza (emblematica, Cass., sez. un., 20 dicembre 2005, Catanzaro, in *Mass. Uff.*, 232610) che, sulla stregua di un'interpretazione costituzionalmente orientata, si è attestata in senso favorevole al riconoscimento dell'ammissibilità della richiesta in ordine alla sospensione condizionale, ricondotta alla categoria dei "provvedimenti conseguenti" di cui all'art. 673 c.p.p., qualora a risultare di ostacolo nella fase cognitiva sia stata la condanna oggetto della revoca (su tale aspetto v. Cass., sez. un., 29 maggio 2014, Gatto, punto 7 della motivazione, cit.); cfr. Corte cost., ord., n. 211 del 2011, seguita da Cass., sez. un., 6 febbraio 2006, su cui cfr. Ranaldi, *Un ulteriore passo verso il «giudicato aperto»: i dilatati poteri del giudice dell'esecuzione in tema di sospensione condizionale della pena conseguente ad* abolitio criminis, in *Giur. it*., 2007, 727 ss. Nella vicenda che ha interessato l'art. 673 c.p.p. si può avvertire plasticamente la vitalità raggiunta dalla giurisprudenza nella rivisitazione degli istituti.

[55] Non va taciuto fin d'ora come a tale indirizzo se ne sia contrapposto un altro, che se le Sezioni unite nel caso Gatto tacciano di anacronismo, perché fondato su riferimenti datati e argomenti ormai superati, propugnati da una giurisprudenza che si ferma ai primi anni '80, ancora restìa, come si è già evidenziato, ad accogliere le sollecitazioni della dottrina e i valori della Carta costituzionale nella loro pienezza.

sempre meno attento ai principi costituzionali [56], specie allorché si sia reso artefice di norme attinenti al solo trattamento sanzionatorio: insomma, la questione da cui siamo partiti [57].

A tale proposito, sia consentita una rapida digressione, per focalizzare un aspetto singolare della sentenza di incostituzionalità n. 32/2014 alla luce della tradizionale classificazione che suole distinguere tra effetti *in malam partem* ed effetti *in bonam partem* delle pronunce della Corte. La tematica, che pure offre indubbi spunti di interesse, involgendo questioni di portata generale, non può essere qui sviluppata. Per completezza, però, vale notare come, in tale chiave, la sentenza citata esibisca una natura "bifronte", potendo ricondursi, rispettivamente, alla prima categoria, quanto al frangente delle droghe pesanti [58], alla seconda, avuto riguardo alle droghe leggere.

---

[56] Cfr. GAMBARDELLA, *Lex mitior*, cit.; ne è testimonianza palpabile l'aumento, negli ultimi tempi, delle sentenze della Corte costituzionale sul punto. Trattasi di sentenze c.d. ablative quanto di c.d. additive: le prime espungono la norma incostituzionale, mentre le seconde, in sostanza, introducono nuove norme (v. GAMBARDELLA, *Lex mitior, cit.*, 113): esempi del primo tipo risultano Corte cost., 8 luglio 2010, n. 249 e Corte cost. n. 32/2014, quest'ultima rilevante ai fini della vicenda in esame; del secondo tipo Corte cost., 23 marzo 2012 n. 68.

[57] Vale a dire il problema di una pena in esecuzione fondata su una norma penale non incriminatrice successivamente dichiarata invalida.

[58] Nel caso oggetto dell'incidente di costituzionalità risolto dalla Corte nella sentenza n. 32/14, peraltro, ci troviamo di fronte ad una norma penale sfavorevole, perché attinente a minori limiti edittali, ma tecnicamente non ad una "norma penale di favore", ossia, con gli occhi della Corte costituzionale, che sottrae una determinata classe di soggetti o condotte dall'ambito applicativo di un'altra norma più generale, sicché potrebbe sorgere un dubbio sulla compatibilità con il principio della riserva di legge in materia penale (per un inquadramento generale delle norme penali di favore, v. GAROFOLI, *Manuale di Diritto Penale,* cit., 2013, 143 ss., MARINUCCI, *Irretroattività e retroattività nella materia penale: gli orientamenti della Corte Costituzionale*, in VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale,* Napoli, 2006, 84 ss.; sia consentito un rinvio a PINI, *Un Dialogo tra giudici sui confini della punibilità: l'esercizio abusivo di scommesse quale «travagliato» banco di prova dell'incidenza del diritto europeo sul diritto penale interno*, in *Le Corti Umbre*, 2014, 1, 276-277, ove si svolge, sotto la lente della riserva di legge, pur incidentalmente, una digressione in relazione alla tematica specifica delle norme penali di favore). Sennonché, a ben vedere, la Corte è qui intervenuta a censurare una situazione di carenza di potere da parte del legislatore, in ragione del mancato rispetto delle norme in tema di conversione del decreto legge *ex* art. 77, comma 2, Cost. (GAMBARDELLA, *La nuova disciplina in materia di stupefacenti*, in *Cass. pen.*, 2014, 2747), di tal che il sindacato di costituzionalità, lungi dal violare la riserva di legge, se ne rende custode (stando così le cose, del resto, si consuma una duplice violazione della riserva di legge, essendo questa violata anche sotto il profilo della legalità costituzionale, secondo cui la legge ordinaria non può esprimere norme contrarie a norme di rango costituzionale). Peraltro, ammesso lo scrutinio di costituzionalità, rimane comunque vincolante il principio di irretroattività della legge sfavorevole, che quindi preclude l'applicazione della norma più grave, fatta "rivivere" dalla Corte, nei confronti di chi abbia commesso il fatto nel vigore di quella più favorevole (GAMBARDELLA, *La nuova disciplina*, cit., ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 199

Ora, come risulta immediatamente dalla ricostruzione in fatto delineata in apertura, è a tale ultimo versante che si deve far riferimento per quanto attiene al caso di specie.

In particolare, rispetto ad esso, si è detto come l'avvenuta mitigazione del trattamento sanzionatorio non abbia comportato un'*abolitio criminis,* interessando solo i limiti edittali e, quindi, il profilo della pena.

Tale precisazione – come ormai si dovrebbe sapere – non è irrilevante.

A prima vista, potrebbe, tutto sommato, reputarsi plausibile che l'effetto dispiegato sia analogo a quello regolato dall'art. 2, comma 4, c.p.

È però necessario chiedersi se i fenomeni alla base siano realmente assimilabili.

Un interrogativo siffatto esibisce un'evidente struttura retorica.

A ben considerare, invero, una risposta affermativa al quesito cozzerebbe con l'evoluzione sopra compendiata [(59)]. Ecco che, allora, il G.I.P. perugino, in dichiarata adesione alle citate Sezioni unite, non esita a distinguere categoricamente le due ipotesi.

La questione va però ben compresa, giacché non ha mancato di costituire il *clou* delle argomentazioni portate avanti da quella recente deriva ermeneutica [(60)] – messa allo scoperto come tale dalle Sezioni Unite nel caso Gatto, – che, riecheggiando la giurisprudenza degli anni '70-'80, focalizzava l'attenzione sulla natura incriminatrice o meno della norma attinta da declaratoria di incostituzionalità, per trarne radicali conseguenze. Con un evidente parallelismo rispetto alla regola intertemporale prevista dal 2, comma 2, c.p., si sostiene infatti che, trattandosi di norme penali sostanziali

---

ss. PIZZORUSSO, *Garanzie costituzionali*, in BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1981, 255. e GAMBARDELLA, *Lex mitior*, cit., 130. Volendo istituire un raffronto tra l'ipotesi in parola e quella relativa ad una norma rigorosamente "di favore", sembra potersi sostenere che si assiste anche qui ad una sorta di "effetto automatico", che non è però la riespansione della norma generale, come nel secondo caso, ma la reviviscenza della norma abrogata a seguito dell'annullamento della norma abrogante (cfr. Corte cost. 23 aprile 1974, n. 107, in Rep. Corte cost., 1974-1975, 244; Corte cost., 23 aprile 1986, n. 108, in *Giur. cost.*, 1986, 582; RESCIGNO, voce *Abrogazione*, in CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. I, Milano, 2006, 32 ss. GIACOBBE, voce *Reviviscenza e quiescenza*, in *Enc. dir.*, vol. XL, Milano, 1989, 195 ss.; per un'approfondita rassegna dottrinale e giurisprudenziale su tale ultimo fenomeno, v. GAMBARDELLA, *Lex mitior*, cit., 121 e 172; con riferimento alla sentenza n. 32/2014, cfr. GAMBARDELLA, *La nuova disciplina*, cit.

[(59)] Sebbene, *per incuriam,* nella pronuncia della Corte costituzionale n. 32/2014 venga richiamato l'art. 2, comma 4, c.p. quale criterio regolatore delle conseguenze intertemporali della sentenza medesima (cfr. VIGANÒ, *Retroattività della legge penale*, cit.), la bipartizione netta di piani è affermata già in Corte cost. 23 aprile 1956, n. 1, i cui principi sono traccia costante nella giurisprudenza costituzionale successiva e, a partire, quanto meno, da Cass., sez. un., 7 luglio 1984, in *Giur. it.*, 1985, II, 178, anche in quella di legittimità.

[(60)] V. Cass., sez. I, 19 gennaio 2012, Hamrouni, cit. e Cass., sez. I, 31 gennaio 2014, Gatto, cit.

non costituenti un autonomo titolo di reato, non possa venire in soccorso la norma di cui all'art. 30, comma 4, legge n. 87/1953 [61], che si rapporterebbe con le sole norme incriminatrici.

Le ricadute di una tale opzione e, al contempo, la sua incompatibilità rispetto al quadro costituzionale, si apprezzano non tanto avuto riguardo ai processi pendenti ma piuttosto a quelli passati in giudicato.

Che non sia una questione meramente teorica lo svelerà l'esempio plastico che si sta per considerare, che offre un'immagine paradigmatica. Si tratta di un giudizio in corso, nell'ambito del quale la Cassazione [62] giunge a rimettere gli atti al giudice del merito – in modo che la pena illegittima venga rimodulata – passando, però, a chiare lettere, per l'omologazione degli effetti della dichiarazione di incostituzionalità della aggravante di cui all'art. 61 n. 11 *bis* a quelli del mutamento legislativo *in melius*. Ora, se il risultato pratico è esatto, non altrettanto le premesse teoriche. Per rendere intuitiva detta conclusione, si pensi a cosa sarebbe accaduto se fossimo stati al cospetto di una sentenza passata in giudicato: aderendo alla tesi espressa dalla Cassazione nel caso considerato, il condannato avrebbe continuato ad essere sottoposto ad una porzione di pena fondata su una norma invalida.

È dunque appena il caso di rinnovare l'iniziale domanda, declinandola in termini di (ir)ragionevolezza dei risultati che si prospetterebbero. Breve: se la ragione giustificatrice [63] del regime di intangibilità del giudicato *ex* art. 2, comma 4, c.p. sia rinvenibile in tali casi.

In tale ottica, il postulato della Corte si rivela allora del tutto erroneo; non fosse altro perché oblitera che il bilanciamento cui si perviene quanto all'ipotesi di cui al citato art. 2, comma 4, c.p. [64] muove dal presupposto di una successione di norme valide [65], nel cui fisiologico avvicendarsi si riflette una valutazione di opportunità politica [66]: ragione, questa, ben lungi dal risiedere in una pronuncia di incostituzionalità – anche considerata la differenza istituzionale dei soggetti competenti [67] – che mira ad eliminare, in uno con la norma che «mai avrebbe dovuto essere introdotta», una patologia del sistema, salvaguardando la gerarchia delle fonti [68].

---

[61] Cfr. Cass., sez. un., 29 maggio 2014, Gatto, punto 5.1 della motivazione, cit.

[62] Cass., sez VI, 17 novembre 2010, Nasri, in *Cass. Pen.*, 2011, 1348, con nota di Gambardella.

[63] Sull'identificazione di tale *ratio*, cfr. Dodaro, *Uguaglianza e diritto penale*, Milano, 2012, 307 ss. Corte cost., 20 maggio 1980, n. 74, in *Giur. cost.*, 1980, I, 684; Cass., sez. VI, 8 aprile 1994, De Angelis, in *Cass. pen.*, 1996, 1807.

[64] Cfr. Garofoli, *Manuale di Diritto Penale,* cit., 2013, 210-217.

[65] Cfr. Gambardella, *La nuova disciplina*, cit.

[66] Cass., sez. un., 29 maggio 2014, Gatto, punto 5.1 della motivazione, cit.; Viganò, *Retroattività della legge penale*, cit.

[67] Cfr. Ruggeri, *Giudicato costituzionale*, cit.; Cass., sez. un., 29 maggio 2014, Gatto, punto 5.2 della motivazione, cit..

[68] Cfr. Zirulia, *Aggravante della "clandestinità" e giudicato: rimuovibili gli effetti?*, in *Corr. merito*, 2011, n. 5, 526. Si impernia, dunque, sul principio di legalità

A fronte di situazioni così distanti, allora, si giustificano pienamente i differenti riverberi che promanano dai citati fenomeni. Ciò non solo da un punto di vista strutturale-istituzionale, ma soprattutto in una prospettiva di tutela dei diritti fondamentali: in un'ottica, quindi, di bilanciamento [(69)], in cui il principio di intangibilità del giudicato non può prevalere su quello della legalità costituzionale, pena la violazione degli artt. 3, 13 [(70)], 27, comma 3, e, non ultimo, 25, comma 2, Cost. [(71)].

Come accennato, tale principio è espresso essenzialmente dal combinato disposto degli artt. 25, comma 2, Cost., 136 Cost. e art. 1, legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1 [(72)].

Ebbene, se è vero che tali disposizioni costituiscono l'addentellato costituzionale dell'art. 30, comma 4, l. n. 87/1953, come sostengono le Sezioni unite [(73)], è ancora più chiaro come non sia sostenibile la tesi secondo cui il limite dei rapporti esauriti, tradizionalmente ravvisato nell'art. 30, comma 3, l n. 87/1953, e alla cui nozione si pretende ricondurre anche il giudicato penale, venga superato solo in presenza di una norma penale incriminatrice dichiarata invalida, ipotesi che esaurirebbe l'ambito applicativo dell'art. 30, comma 4, l. n. 87/1953.

---

costituzionale che esprime il concetto che la norma legislativa non conforme a Costituzione deve considerarsi invalida perché gerarchicamente inferiore (la definizione è ribadita in Gambardella, *La nuova disciplina*, cit., 23): il principio di costituzionalità, nelle parole di Zagrebelsky, *Manuale di diritto costituzionale*, Torino, 1987, 57 ss.; su un piano generale, cfr. anche Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, Padova, 1984, 381 ss.; Rescigno, voce *Abrogazione*, cit.; Sorrentino, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2009, 80 ss.; Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, 199, 233 ss. Sul primato delle norme costituzionali, v. Cass., sez. un., 29 maggio 2014, Gatto, testualmente richiamata a pag. 4 dell'ordinanza in commento.

(69) Sull'ancoraggio del bilanciamento a precisi indici normativi (si pensi agli artt. 673 e 671 c.p.p.) da cui si può desumere la tutela "forte" accordata dal sistema alla libertà personale, v. Zirulia, *Aggravante della "clandestinità"*, cit. Concetto riaffermato nell'ordinanza in commento, 3-4. Sul bilanciamento, per tutti, Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, 216.

(70) Sulla primazia del principio personalistico che guarda alla persona umana come "*valore etico in sé* (…) *fine primo e fine ultimo, alfa ed omega del sistema penale*", cfr. Mantovani, *Il principio di offensività nello schema di legge delega legislativa per un nuovo codice penale*, in *Riv. It. Dir. Pen. Proc.*, 1997, 313.

(71) Posto che «la punizione e la restrizione della libertà personale non potrebbero non avere luogo, rispettivamente, che in base a ovvero nei soli casi e modi previsti da una legge costituzionalmente legittima» (v. Manes e Romano, *L'Illegittimità costituzionale della legge c.d. "Fini-Giovanardi": gli orizzonti attuali della democrazia penale*, nota a Corte cost., 25 febbraio 2014, n. 32, in *www.penalecontemporaneo.it,* 19 marzo 2014).

(72) Non sembra azzardata la qualifica di «pena inesistente», mutuando una terminologia adoperata in sentenze meno recenti per evocare la violazione del principio di legalità: questa infatti non è solo quella ordinaria, come si è avuto modo di precisare, ma anche, e in primo luogo, quella costituzionale (*ex multis*, Cass., sez. I, 25 giugno 1982, Carbone, in *Mass. Uff.*, 156163.

(73) Cfr. Cass., sez. un, 29 maggio 2014, Gatto, punto 5.2 della motivazione, cit. si esprime in termini di «attuazione del principio di cui all'art. 25, comma 2, Cost.» da parte dell'art. 30, comma 4, l. n. 87/1953.

Per converso, in piena sintonia con il quadro costituzionale [74], si pongono, da una parte, una nuova lettura del termine "norme" utilizzato da detto comma, da intendersi come norme penali sostanziali [75], nonché, dall'altra, una rivisitazione del concetto di "rapporto esaurito", che cessa di fungere da attributo del giudicato penale, per qualificare la completa espiazione della pena, che configura l'unico ostacolo all'iperretroattività della pronuncia di incostituzionalità, ormai irreversibili gli effetti della norma invalida. Sembra tramontare, infine, – ad indiziare, ancora una volta, il ruolo che si riconosce al giudice dell'esecuzione – anche una concezione del titolo esecutivo come cesura oltre la quale nessuna norma sarebbe più applicabile: se così fosse, infatti, non vi sarebbe la necessità di sottolineare che l'art. 30, comma 3, l. n. 87/1953 pone un obbligo di disapplicazione anche in capo al giudice dell'esecuzione [76].

Passati brevemente in rassegna i punti focali di tale rinnovata cornice interpretativa e appurata la sussistenza, sul piano normativo, di un obbligo,

---

[74] Per una diversa prospettiva – comunque coerente con tale cornice di principi – centrata maggiormente sull'art. 30, comma 3, l. n. 87/1953, v. Zirulia, *Aggravante della "clandestinità"*, cit.

[75] È precisamente nelle Sezioni unite Gatto che detta nomenclatura fa capolino, variante terminologica, espressiva del medesimo concetto, rispetto alla locuzione "norme penali" presente in Cass., sez. I, 13 gennaio 2012, Hauohu, in *www.iusexplorer.it* e che si ritrova a pag. 6 dell'ordinanza in commento. Le norme penali incriminatrici («enunciati sintatticamente condizionali che collegano una sanzione penale ad una classe di fattispecie»; cfr. Gambardella, *Lex mitior*, cit., 134) non assorbono l'intera categoria delle norme di diritto penale sostanziale (con ciò tra l'altro destituendo di fondamento la tesi dell'abrogazione implicita dell'art. 30, comma 4, l. 87/1953 da parte dell'art. 673 c.p.p.) dette anche «norme di diritto penale materiale» (Gambardella, *Lex mitior*, cit., 57), definite come tutte quelle norme dalle quali deriva una qualche conseguenza sul piano del trattamento sanzionatorio. In tale ottica, sia consentito replicare a Ruggeri, *Giudicato costituzionale*, cit., che, una volta che ci si intenda sull'esatto significato da attribuire a tale nozione, disancorata dal riferimento al "contenitore processuale" della norma (si pensi ,infatti, alla qualificazione che è stata infine attribuita all'art. 442 c.p.p.: nel dettaglio, v. Gaito e Santoriello, *Giudizio abbreviato ed ergastolo*, cit.), sembra sterile – se non contraddittorio – il rilievo critico con cui si contesta l'irrilevanza, agli indagati fini, del giudizio di costituzionalità di norme processuali (del resto, nell'esemplificazione di una norma asseritamente processuale, l'A. menziona un'ipotesi che potrebbe ben essere reputata «sostanziale», secondo la definizione che si è fornita). *Contra*, Gambardella, *Lex mitior*, cit., 178; 182-184; 186-187 sostiene l'impossibilità di effettuare detta interpretazione, a torto, secondo l'A., considerata «adeguatrice», da qualificarsi in realtà come «creativa», giacché non si opterebbe per quello che, tra i possibili significati di una norma, è il più conforme a Costituzione, ma si violerebbero le regole basilari dell'esegesi letterale: l'A. denuncia un'«amputazione» della parte finale della norma; tesi del tutto sconfessata da Cass., sez. un., 29 maggio 2014, Gatto, punto 9.2 della motivazione, cit., ripresa a pag. 6 dal giudice perugino, che spiega che la locuzione "cessare qualsiasi effetto pregiudizievole" deve reputarsi comprensiva sia dell'ipotesi disciplinata dal art. 673 c.p.p. che di quelle in parola.

[76] V. Cass., sez. un., 29 maggio 2014, Gatto, punto 8.2 della motivazione, cit., richiamata a pag. 6 ordinanza in commento.

fondato sul complesso unitario di norme sopra considerato [77], che incombe sul giudice per rimuovere i perduranti effetti dell'applicazione di norme penali sostanziali illegittime, è necessario ora accostarsi al problema, cui si accennava all'avvio della nostra analisi, dello strumento processuale concretamente utilizzabile.

Non si nasconde che siffatto potere non risulti espressamente sancito in alcuna norma. Non si vuole qui ripercorrere l'accesa *querelle* manifestatasi sulla questione dei rapporti tra l'art. 673 c.p.p. e l'art. 30, comma 4, l. n. 87/1953, sul rilievo che, per quanto detto sopra, questa dovrebbe dirsi ormai sopita, a seguito delle chiare indicazioni fornite dall'Organo nomofilattico. Ci si limita ad osservare, perché l'ordinanza mostra interesse sul punto, che, tra le varie critiche [78] all'utilizzo dello strumento dell'art. 673 c.p.p. per risolvere le situazioni considerate, spicca quella che vi ravvisa uno strumento non calibrato rispetto all'effetto che si vuole ottenere, atteso il rimedio espressamente previsto, quello della revoca, non armonizzabile con una pronuncia che deve afferire il solo trattamento sanzionatorio: sotto le mentite spoglie dell'analogia si celerebbe un'estensione non dell'ambito applicativo, ma della portata precettiva della norma.

Dunque, conseguenze non previste ad un caso non previsto, al di fuori dei consolidati schemi e canoni ermeneutici [79].

Ad ogni modo, quello che a prima vista sembrerebbe un serio *punctum dolens* si stempera, trovando una sistemazione che – ad evidenziare, ancora una volta, il legame tra i vari piani di indagine – discende, quale corollario, dalle fattezze assunte dalla giurisdizione esecutiva a livello normativo-formale [80], prima ancora che in chiave costituzionalmente orientata. Se vi si volge lo sguardo ci si avvede come le norme di riferimento [81], lungi dall'apprestare un «catalogo esaustivo» [82], delineino una vera e propria

---

[77] Artt. 134, 136 e 138 Cost.; art. 1, legge costituzionale n. 1/1948; art. 30, commi 3 e 4, l. n. 87/1953, ma anche art. 25, comma 2, Cost.

[78] Sugli ostacoli insormontabili per un'estensione analogica dell'art. 673 c.p.p., pur operata da una parte della giurisprudenza di merito (*ex multis*, Trib. Milano) – appoggiata da una parte della dottrina (v., ad es., Di Bitonto, *Giudice dell'esecuzione e art. 13 CEDU (Argomenti a sostegno delle conclusioni del P.M. d'udienza disattese da Sez. Un., 19 aprile 2012, n. 34472, Ercolano,* in *Cass. pen.*, 2013, 2513 ss.) – forse assecondando quella tendenza espansiva dell'ambito applicativo di tale norma cui si alludeva *supra*, v. Gambardella, *Lex mitior*, cit., 190: L'A. denuncia, quindi, la presenza di una «lacuna assiologica», che dovrebbe essere risolta sul piano di un intervento del legislatore o della Corte costituzionale (v. Gambardella, *Lex mitior*, cit., 197); su tale eventualità, v. anche Manes e Romano, *L'Illegittimità costituzionale*, cit.).

[79] Cfr. Zirulia, *Aggravante della "clandestinità"*, cit. e Gambardella, *Lex mitior*, cit., 188-189.

[80] Della fisionomia complessiva che traspare dal sistema processuale come rinnovato nel 1988 si è già detto.

[81] Si pensi soprattutto agli artt. 669, 670, comma 3, 671, 672 e 673 c.p.p.

[82] Cfr. Ruggeri, *Giudicato costituzionale*, cit.

«giurisdizione sul titolo» [83], plasmata sulla funzione di garantire il «buon diritto del cittadino» [84] all'attuazione di una pronuncia giusta [85].

Alla luce dell'esegesi proposta, allora, non si possono che stigmatizzare tutte quelle decisioni [86] che nei "casi difficili", che involgono cioè valutazioni ampiamente discrezionali [87] – nei quali non v'è dubbio si inquadri anche quello in esame –, hanno negato la possibilità di intervento in sede esecutiva, sulla base di un asserito difetto di poteri cognitivi o comunque lamentando la mancanza di una risorsa normativa attributiva della competenza.

---

[83] L'efficace espressione appartiene a Iacobbi, *La nuova dimensione del giudicato penale*, cit.; cfr. Cass., sez. un., 29 maggio 2014, Gatto, punto 7, motivazione, cit. («ogni questione»[...]) e Cass., sez. un., 29 maggio 2014, Gatto, punto 12 della motivazione, cit. («funzione»); cfr. Zirulia, *Aggravante della "clandestinità"*, cit.

[84] Il giudice deve quindi porre rimedio a tutte le patologie che affliggono il titolo esecutivo, tra le quali vanno ovviamente annoverate anche le ipotesi in cui l'attuazione concreta della pena non risulti più legittima per effetto di una declaratoria d'incostituzionalità; cfr. Cass., sez. un., 29 maggio 2014, Gatto, cit.

[85] Che si faccia leva sull'art. 666, comma 1, c.p.p. (cfr. Cass., sez. un,, 29 maggio 2014, Gatto, cit.; questa è anche la soluzione accolta dal G.I.P. perugino) o sull'art. 670 c.p.p., quale norma di chiusura valevole per tutti i casi non tipizzati (cfr. quanto affermato dalle Sezioni unite nel caso Ercolano), la sostanza degli argomenti non cambia. E nemmeno gli esiti. In particolare, entrambe le norme sembrano attagliarsi ad una richiesta di sospensione condizionale, giacché questa sarebbe consentita ai sensi dell'art. 30, comma 4, legge 87/1953 (arg. "eliminazione degli effetti penali della condanna"; v., ord. G.I.P., pag. 9); tale risultato, del resto, è anche il precipitato di una lettura costituzionalmente conforme delle norme prefate, giacché non si vedrebbe come quelle istanze di ragionevolezza che hanno imposto di ritenere ammissibile la richiesta di sospensione condizionale ai sensi dell'art. 673 c.p.p. non dovrebbero trovare soddisfazione anche nei casi in cui la pena, una volta rideterminata, soddisfi i presupposti di cui all'art. 163 c.p. (non a caso, Cass., sez. un., 20 dicembre 2005, Catanzaro, in *Mass. Uff.*, 232610, che detta un principio relativo all'art. 673 c.p.p., è richiamate nell'ordinanza che si annota, pag. 9).

[86] Cfr., tra le altre, Cass., sez. I, 2 luglio 2013, F., in *www.iusexplorer.it*; Cass., sez. I, 31 gennaio 2014, (ord.), in *www.penalecontemporaneo.it,* 24 febbraio 2014, con nota di Romeo, *Poteri del giudice dell'esecuzione e dichiarazione di incostituzionalità di norma penale 'non incriminatrice': metamorfosi di una questione rimessa alle Sezioni Unite?*

[87] Riprendendo, a titolo esemplificativo, alcune delle sentenze già citate: per stabilire se il condannato meritasse l'attenuante, nel caso dell'art. 630 c.p. (Corte cost., n. 68 del 2012, cit.), o la prevalenza dell'attenuante di cui all'art. 73, comma 5, d.P.R. 309/1990 rispetto all'aggravante della recidiva reiterata – e, nel caso non fosse specificato in sentenza, in che misura tale attenuante debba essere quantificata – una volta rimosso il limite normativo illegittimo (Corte cost. n. 251 del 2012, cit.), o ancora se le circostanze di fatto giustificassero o meno l'applicazione della pena accessoria (Corte cost. n. 31/2012 e Corte cost., n. 7 del 2013, cit.); la stessa sentenza n. 32/2014, già citata, trovandoci oggi di fronte ad un diverso limite edittale per le droghe leggere. Al contrario, nel caso dei 'fratelli minori' di Scoppola (Corte cost., 18 luglio 2013, n. 210), si trattava di compiere una semplice operazione automatica di sostituzione della pena dell'ergastolo originariamente inflitta con quella di trent'anni di reclusione, senza che, quindi, fosse richiesta una modulazione della pena.

5. *Un quadro interpretativo composito: la scelta di un itinerario nella dosimetria della pena*

Riemerge così la questione circa le modalità di rideterminazione della pena.

Il cenno ai "casi difficili" ci riporta infatti alla mente l'interrogativo vertente sul *quomodo*, cui si alludeva in sede introduttiva, perché è proprio in relazione a tali vicende, caratterizzate, come già detto, da un alto tasso di discrezionalità, che si acuiscono le problematiche che attingono il momento operativo, incrociandosi con l'esperienza applicativa il problema generale relativo all'ampiezza poteri cognitivi del giudice dell'esecuzione [88].

[88] Per completezza, va messo in luce che non appena si sono profilati contrasti sui moduli procedimentali, la Corte di cassazione è stata investita a Sezioni unite, stante la delicatezza della materia, risultando vulnerato, a tacer d'altro, il principio di uguaglianza, in ragione di orientamenti non univoci (su tale aspetto, v. De Micheli, *La declaratoria di illegittimità della legge "Fini-Giovanardi" e la rideterminazione della pena irrogata con sentenza irrevocabil*e, in *www.penalecontemporaneo.it,* 15 ottobre 2014). La trattazione del ricorso, svoltasi all'udienza del 26 febbraio di quest'anno, ha riguardato, tra gli altri, i riflessi dell'illegalità della pena sul patteggiamento; la questione della rilevabilità d'ufficio, nel giudizio di Cassazione, dell'illegalità della pena conseguente a dichiarazione d'incostituzionalità di norme attinenti al trattamento sanzionatorio, anche in caso di inammissibilità del ricorso; la problematica che ruota attorno al riconoscimento o meno dell'illegalità di una sanzione che, pur fissata alla stregua dei parametri edittali illegittimi, sia, nella sua determinazione finale, compatibile anche con i previgenti parametri tornati ad applicarsi; non ultimo, il problema relativo alla continuazione; in particolare, con riguardo al tema del rapporto tra determinazione della pena per il reato continuato e sanzione edittale prevista per i singoli reati uniti dal vincolo della continuazione si agitano numerose questioni – che si possono qui solo segnalare – come quelle che emergono nel caso in cui alcuni dei capi d'imputazione contestino come unitari fatti che abbiano come oggetto materiale sia droghe pesanti sia droghe leggere; o laddove ci si chieda se, per quantificare gli aumenti per la continuazione riguardanti delitti aventi ad oggetto le cd. droghe leggere, il giudice abbia dovuto far riferimento al minimo edittale previsto dalla norma dichiarata incostituzionale, e se, quindi, per tale ragione, debba imporsi una nuova valutazione in ordine alla pena da irrogare (costituiscono, si nota per inciso, tracce favorevoli al rilievo del limite edittale dei reati meno gravi i commi terzo e quarto dell'art. 81 c.p.; *contra*, *ex multis*, Cass., sez. III, 30 aprile 2014, Frattolino e altri, in www.iusexplorer.it: «non hanno inciso né le modifiche normative né la declaratoria di incostituzionalità" sulla legalità della pena» in quanto una volta ritenuta la continuazione tra più reati, il trattamento sanzionatorio originariamente previsto per i reati satellite non esplica più alcuna efficacia, dovendosi solo aumentare la pena prevista per la violazione più grave, senza che rilevino i limiti legali della pena prevista per i singoli reati satelliti). Risultando attualmente nota soltanto l'informazione provvisoria, ci si limita a riportare sinteticamente le conclusioni raggiunte dalle Sezioni Unite con riferimento alle questioni poste (con una serie di pronunce del 26.2.2015, ric. Jazouli: inform. provv. n. 5/15). Segnatamente, quanto all'ultimo tema sopra menzionato, la Corte ha preso posizione nel senso della necessaria rivalutazione del trattamento sanzionatorio, alla luce della più favorevole cornice edittale applicabile per le violazioni costituenti

Se teniamo però presente quanto appena detto, è naturale come non possano convincere [89] quegli orientamenti che propugnano soluzioni "a rime obbligate", per un intervento assolutamente "neutro" del giudice dell'esecuzione, asserendo, apoditticamente, che una valutazione discrezionale sarebbe preclusa in fase esecutiva.

Non a caso, l'ordinanza in commento, condivise integralmente le premesse sopra svolte, prende decisamente posizione in tale *querelle* a favore della soluzione opposta – pur con importanti specificazioni [90].

Ma andiamo con ordine.

Si possono rintracciare, in linea di massima, quattro filoni principali.

Secondo un primo orientamento (c.d. criterio aritmetico puro) [91], la compatibilità aritmetica della pena rispetto al parametro edittale previgente sarebbe condizione sufficiente per qualificare come legale il trattamento sanzionatorio: a ben vedere, così facendo, si minimizzano le conseguenze del riassetto normativo operato dalla Corte costituzionale, in omaggio ad una nozione restrittiva di illegalità della pena, reputandosi tale solo quella porzione che superi il massimo edittale oggi ripristinato, pari a sei anni, che deve, per l'effetto, essere dichiarata non eseguibile (c.d. "riduzione secca") [92].

"reati-satellite", in conseguenza della reviviscenza della precedente disciplina. Anche in relazione al quesito vertente sulla rilevabilità d'ufficio, come sopra specificato, è stata fornita analoga risposta in termini affermativi, così come rispetto alla *vexata quaestio* circa la doverosa rideterminazione della pena applicata con sentenza di patteggiamento. Soffermandoci su tale ultimo profilo, in particolare, stabilito che la "pena patteggiata" debba essere necessariamente rideterminata in sede di esecuzione – anche nell'ipotesi in cui la stessa rientri nella nuova cornice edittale applicabile –, la Corte ha altresì precisato quale debba essere il *modus procedendi* da seguire: privilegiata una "rinegoziazione" dell'accordo tra le parti – ratificato dal giudice dell'esecuzione – laddove lo stesso non si perfezioni il giudice è tenuto a rideterminare la pena alla stregua dei criteri di cui agli artt. 132 e 133 c.p. Per il testo integrale delle ordinanze di rimessione, si rinvia a *www.penalecontemporaneo.it*, 19 gennaio 2015; con riguardo alla riferita informazione provvisoria cfr. *www.penalecontemporaneo.it,* 27 febbraio 2015.

[89] Si, specifica, infatti, che se è vero che il giudice dell'esecuzione deve dotarsi come essenziale strumento di lavoro della sentenza irrevocabile (Cfr. Cass., sez. I, 17 febbraio 2005, Spadola, in *Mass. Uff.*, 231260), non si deve nemmeno dimenticare, come rammentano le Sezioni unite nel caso Gatto, riprese dal G.I.P. perugino a pag. 8, che costui dispone, tra gli altri, anche di poteri istruttori non insignificanti, *ex* art. 666, comma 5, c.p.p. (sul punto, Viganò, *Pena illegittima e giudicato*, cit., che afferma che, ad ogni modo, «nella stragrande maggioranza delle ipotesi che si presenteranno alla prassi, i giudici dell'esecuzione potranno stare tranquilli: la nuova commisurazione della pena non richiederà alcun particolare adempimento istruttorio, i fattori rilevanti a tal fine risultando quasi certamente dalla stessa sentenza di condanna»).

[90] V. pagg. 7-8.

[91] Nella giurisprudenza di merito, Tribunale di Milano (giud. Cotta), ord. 3 aprile 2014, 4-5, *in wwww.penalecontemporaneo.it,* 15 maggio 2014.

[92] Cfr. De Micheli, *La declaratoria di illegittimità*, cit.

Sempre nell'ottica di limitare al minimo i poteri valutativi del giudice dell'esecuzione, per preservare delle prerogative che si assumono esclusive della fase di cognizione, si registra un secondo *modus procedendi*, che assegna a criteri matematico-proporzionali la funzione di "mantenere ferme" le determinazioni del giudice di merito.

I fautori di tale tesi individuano, infatti, una fallacia nel ragionamento sotteso al criterio della "riduzione secca", pur formalmente rispettoso della valutazione del giudice della cognizione, giacché questo si risolverebbe nell'irrogazione di una pena in misura fissa; il che, lungi dal prestare ossequio alle determinazioni assunte in sede cognitiva, introduce proprio quell' "arbitrio" che tale tesi intendeva scongiurare.

Arbitrio che comporta, a tacer d'altro, una patente violazione del principio di uguaglianza.

Scoperto il paradosso, propongono quindi di muoversi nel solco del giudizio formulato in sede di cognizione, nel rispetto delle sue proporzioni interne, così da "ripeterne" la "logica" sottostante.

Detto più chiaramente, si dovrebbe, in buona sostanza, operare la stessa percentuale di aumento di pena sul minimo edittale applicata dal giudice della cognizione, traslandola sull'attuale quadro edittale [(93)].

Agli antipodi rispetto ad entrambe, si colloca un'ulteriore impostazione esegetica, che, evidenziate le criticità insite in tali rigidi schemi, si impernia sulla necessità di addivenire ad una rinnovata valutazione del fatto, in tutti i suoi profili, per riportare la pena ad adeguatezza.

Si ribatte al primo orientamento che la legalità della pena, tanto quella base che quella in concreto, non possa essere verificata all'esito di un giudizio di inclusione o meno, condotto in astratto, rispetto alla forbice edittale, ma solo sulla base di un raffronto che relativizza alla cornice edittale la pena determinata, imponendone quindi una rivisitazione se la prima viene a mutare [(94)]. Senza considerare, poi, (ma non secondariamente) che una

---

[(93)] Tale orientamento poggia su un arresto della Corte di cassazione (Cass., sez. VI, 20 marzo 2014, L. R., in *Mass. Uff.*, 259253); ad esempio, un richiamo è contenuto in G.I.P. Bologna, 27 maggio 2014, (giud. *Giangiacomo)*, che aderisce a tale filone (cfr. De Micheli, *La declaratoria di illegittimità*, cit.).

[(94)] Da ultimo, pur in un giudizio di cognizione, tale argomento è fatto proprio da, Cass., sez IV, 22 maggio 2014, L., in *Mass. Uff.*, 259398. Va notato che se si aderisse al criterio puro nel caso di specie, a ben vedere, il giudicato non potrebbe essere rivisto. Una peculiarità della vicenda in esame consiste infatti proprio nella circostanza che l'accordo delle parti, ratificato dal Tribunale nella sentenza irrevocabile del 29.04.2014, muove dalla pena base di anni sei di reclusione (si può risalire a tale dato mediante un rapido calcolo: aggiungendo alla pena applicata, di anni due [pag. 1], con un procedimento a ritroso, il *quantum* di pena corrispondente a quello sottratto in ragione del riconoscimento delle attenuanti generiche e della riduzione per il rito – quantum ricavato, a sua volta, sottraendo alla nuova pena base fissata dal G.I.P., di tre anni di reclusione [pag. 9], quella ritenuta in concreto eseguibile, di anni uno e mesi quattro [pag. 9-10], sul presupposto che la proporzione, quanto

riduzione secca non differenzierebbe in punto di pena le varie fattispecie concrete, ledendo così il principio di uguaglianza [95].

Se si condivide, quindi, la critica mossa al "criterio puro", gli strali non risparmiano nemmeno quello proporzionale. Al riguardo, uno degli argomenti sostenuti più tenacemente è quello che fa leva sul rischio di una sorta di "duplicazione" valutativa, effettuata prima in astratto, poi in concreto. Invero, si osserva, l'ampia forbice edittale ha vanificato, nella prassi giudiziaria costante, l'equiparazione legislativa tra droghe leggere e pesanti, laddove, per le prime, i giudici tendevano a fissare la pena base in prossimità del minimo, mentre per le seconde vicino al massimo, attribuendo un peso decisivo alla natura della sostanza drogante [96]. Era cioè inevitabile che, a fronte della medesima cornice edittale, indice di riferimento apprezzabile della gravità obiettiva delle condotte, sulla scorta del quale graduare la pena, diventasse proprio la tipologia stessa di sostanza considerata [97]. Diversamente, se oggi è già la norma ad attribuire a tale elemento un rilievo determinante, tale da incidere sulla determinazione astratta della cornice edittale, ne consegue che tale circostanza non potrà essere nuovamente considerata in sede di commisurazione della pena da parte del giudice.

Ne consegue anche che se il limite edittale minimo assorbiva la quasi totalità dei fatti concernenti le droghe leggere, molti casi, in ipotesi, decisamene gravi [98], in precedenza comunque ricondotti alla pena di sei anni – in considerazione della natura di droga leggera – possono oggi essere puniti

---

alle diminuenti, rimane asseritamente la stessa [pag. 9 "rispettando la proporzione"] – si attinge proprio la soglia dei sei anni). Si tratta quindi di una pena che risulta compresa nella cornice edittale sia dell'art. 73, comma 1, d.P.R. 309/1990 nella versione Fini-Giovanardi sia del comma 4 dell'art. 73 nella versione Iervolino- Vassalli. Al contrario, secondo il "criterio sostanzialistico", vige un obbligo per il giudice dell'esecuzione di procedere alla rideterminazione della pena anche in casi siffatti, in cui nel giudizio di merito sia stata assunta (dal giudice o dalle parti in sede di patteggiamento) una pena-base di sei anni di reclusione e, cioè, una pena, che, di per sé, *prima facie*, potrebbe apparire legittima, in quanto compresa nella cornice edittale del comma 4 dell'art. 73, nella versione Iervolino-Vassalli.

[95] Si condivide tale critica anche nell'ordinanza annotata, pag. 7.

[96] Per tale lucida considerazione, v. De Micheli, *La declaratoria di illegittimità*, cit.

[97] Pur non essendo del tutto riconducibile a tale orientamento, per le ragioni che si vedranno *infra*, la necessità del rispetto del principio di proporzionalità del fatto alla pena, nei suoi risvolti *ex* art. 27, comma 3, Cost., con le implicite ricadute sul piano del principio di uguaglianza *ex* art. 3 Cost. (sul punto, v. De Micheli, *La declaratoria di illegittimità*, cit.), è sottolineata anche dal G.I.P. perugino; in dottrina v. Viganò, *Retroattività della legge penale*, cit., il quale sottolinea, altresì, «i macroscopici profili di diseguaglianza di trattamento rispetto a chi abbia la fortuna di essere giudicato, oggi, per un fatto del tutto identico, per il quale sarà punito con ogni probabilità con una sanzione assai inferiore» sproporzionata rispetto alla effettiva gravità del fatto commesso, incompatibile come tale con la finalità rieducativa che tale pena dovrebbe connotare.

[98] Ad esempio, in considerazione della significativa quantità posseduta.

con pene base superiori al minimo attuale di due anni, finanche con la pena massima oggi prevista pari a sei anni: non potendosi quindi escludere a priori che la pena base attestatasi su tale soglia sia legittima e, in altri casi, potendosi confermare la pena originariamente irrogata in concreto.

Una diversa soluzione, cui necessariamente condurrebbe l'utilizzo di un modulo proporzionale, sarebbe irragionevole, giacché la misura di sei anni, punto di contatto tra la cornice introdotta dalla norma illegittima e quella che "rivive", verrebbe considerata non più congrua in via meramente aprioristica.

L'attuale parametro normativo impone, allora, una nuova verifica del valore dosimetrico del reato, giustificando quindi l' esercizio del potere discrezionale ai sensi dell'art. 133 c.p. Per concludere, il Giudice dovrebbe applicare la pena, secondo i più favorevoli limiti edittali, in via del tutto autonoma, operando quelle valutazioni che avrebbe compiuto in sede cognitiva, senza essere in alcun modo vincolato alle determinazioni compiute nella sentenza irrevocabile.

Orbene, pur riconosciuto nella sua maggiore adeguatezza, anche tale approdo ermeneutico necessita di un correttivo. Ciò è quanto messo in rilievo dal G.I.P. perugino. Per comprenderne le ragioni, seguiamone, nella sua linearità, l'ordito motivazionale, introducendo così l'ultimo orientamento in tema di rideterminazione.

Affermazioni di principio circa la necessità di «una valutazione globale del fatto» [(99)], dando adito, più o meno consapevolmente, ad operazioni radicali sul piano operativo, che scardinano aspetti dell'impianto costruito dal giudice del merito [(100)], non sono affatto esenti da rischi.

Il provvedimento in commento esalta, quindi, una prospettiva di sicuro stampo sostanzialistico, ma questa non è ammessa senza riserve.

Al fine di evitare un facile sconfinamento – si legge tra le righe dell'ordinanza – la si deve infatti riportare alla giusta dimensione, che è poi quella che affonda le radici nella funzione demandata al giudice dell'esecuzione, che ha sì natura integrativa del giudizio di merito, ma che si pone in stretta dipendenza col *"novum",* l'incostituzionalità di una norma, che nella specie ne legittima l'esercizio. Nell'affermare l'intangibilità di valutazioni del tutto legittime, rispetto alle quali recuperare un criterio proporzionalistico – segnatamente in tema di attenuanti generiche – porre l'accento su tale aspetto, evocato icasticamente con il riferimento alla «scissione» [(101)] del

---

[(99)] Così, tra le altre, Cass, sez. VI, 23 settembre 2014, in *Mass. Uff.*, 260711.

[(100)] Nella giurisprudenza di merito, Trib. Trento, 18 aprile 2014, (ord.) Giud. Ancona, che giunge a mutare il giudizio di valenza, in ordine alle attenuanti generiche, già effettuato dal giudice del merito. In chiave critica, sia consentito constatare che lo stesso effetto finale in chiave sanzionatoria si sarebbe potuto determinare, senza alcun sovvertimento, tramite uno scostamento rispetto al limite edittale, adeguatamente motivato.

[(101)] A fugare ogni dubbio: «è doveroso *scindere* il giudicato perché altrimenti l'effetto della decisione del giudice dell'esecuzione andrebbe oltre l'eliminazione della pena incostituzionale» (così, pag. 8, ordinanza annotata).

giudicato, è un modo per ribadire che i poteri del giudice dell'esecuzione, pur ampi, non sono privi di confini.

Il criterio sostanzialistico puro oltrepassa tali argini e quindi necessita di un correttivo.

L'approccio sostanzialistico condiviso dal G.I.P. nel provvedimento che si annota, invece, si ferma di fronte ad un principio generale, sul crinale dei rapporti tra organo esecutivo e giudice del merito [(102)], consistente nel divieto di contraddire le determinazioni di quest'ultimo, come risultanti dal testo della sentenza irrevocabile, divieto che cede il passo solo nel caso in cui tali valutazioni espresse risultino affette da vizi, perché in applicazione di norme poi dichiarate invalide. Divieto che, quindi, risponde all'esigenza di scongiurare uno "sviamento" di potere, esercitato in modo esorbitante rispetto al nucleo della funzione che il sistema riconosce al giudice dell'esecuzione in una prospettiva costituzionalmente orientata: la finalità di attuare una giusta pronuncia.

Operata una breve mappatura delle diverse opzioni ermeneutiche, un'ultima riflessione sembra doversi riservare ad un'altra presa di posizione contenuta nell'ordinanza.

Va notato che le prime due soluzioni prospettate sono entrambe dettate anche dalla necessità di tenere nella debita considerazione la natura immodificabile della definizione consensuale del procedimento *ex* art. 444 c.p.p. [(103)].

Anche a voler ammettere i pregi di un approccio sostanzialistico – riconoscendo, al contempo, gli aspetti distonici rispetto al sistema delle altre due impostazioni – potrebbe, infatti, ancora obiettarsi che la possibilità di "rideterminare" la pena adottando poteri discrezionali solleva particolari problemi di compatibilità con l'istituto del patteggiamento [(104)], perché una determinazione giudiziale discrezionale si sostituirebbe all'accordo voluto dalle parti.

Un'obiezione che potrebbe sembrare insuperabile.

Ora, tale argomento, pur suggestivo, non è però dirimente e, anzi, per le stesse ragioni sopra esplicitate, si rivela privo di pregio, proprio perché non tiene conto che anche sulle valutazioni del P.M. e dell'imputato, nonché su quelle del giudice nello stabilire la congruità del trattamento sanzionatorio, la cornice edittale non può che esercitare la stessa fondamentale incidenza appena spiegata.

[(102)] Esso si legge espressamente soltanto nell'art. 671 c.p.p., ma ha portata generale; v. Cass., sez. un,, 29 maggio 2014, Gatto, cit.

[(103)] «La sovrapposizione di una diversa determinazione rispetto al giudizio di cognizione avrebbe anche l'effetto di travolgere un accordo basato su specifici presupposti come voluto dalle parti ritenuto adeguato e legittimo del giudice» (così, testualmente, ad esempio, ordinanza G.I.P. Bologna, ord. 27 maggio 2014, (Giud. Giangiacomo).

[(104)] Tra gli altri, G.I.P. Bologna, ord. 27 maggio 2014, cit. muove proprio da tale riflessione per convalidare il metodo aritmetico-proporzionale.

Anche su questo aspetto il G.I.P. pare disputare frontalmente, propendendo nettamente per l'irrilevanza della natura del rito prescelto a questi fini [(105)].

Si può infatti replicare all'assunto in parola che la "piattaforma consensuale" risulta in radice compromessa dalla presenza di norme invalide, di talché l'accordo sulla stessa, non potendo certo continuare a reggersi, non necessita di essere, in qualche modo, "preservato".

Non solo.

Non necessita nemmeno di essere «riprodotto», mediante una nuova manifestazione di volontà delle parti: si deve transitare dal piano «negoziale» delle facoltà a quello degli obblighi imposti al giudice dalla legalità costituzionale [(106)].

Per chiarire ancor meglio il concetto, va detto preliminarmente come la necessità di coniugare il principio dell'accordo processuale espresso dall'art. 444, comma 1, c.p.p. con la regola della ineseguibilità della pena abbia suggerito ad una parte degli interpreti di utilizzare lo strumento operativo di cui all'art. 188 disp. att. c.p.p., per rimediare all'ineliminabile vizio dell'accordo precedente con un nuovo accordo fondato sulla forbice edittale oggi in vigore.

Tale dato normativo sembra, infatti, introdurre nel sistema accordi sulla pena anche in sede esecutiva. Pur pensata, allora, per lo specifico caso della richiesta *in executivis* dell'applicazione della disciplina del concorso formale o del reato continuato al cospetto di più sentenze di patteggiamento, la norma viene fatta oggetto di applicazione analogica, stante l'apparente assenza di norme che espressamente regolino l'evenienza di cui si discute.

Ebbene, tale scelta è osteggiata risolutamente dal G.I.P. di Perugia [(107)], il cui ragionamento si articola evidenziando, dapprima, l'assenza di una lacuna – a fronte del disposto dell'art. 30, commi 3 e 4, l. n. 87/1953 – difettando, quindi, il presupposto necessario per il dispiegarsi dell'analogia, per aggiungere, *ad abundantiam*, che, in disparte tale aspetto, non sussisterebbe comunque l'*eadem ratio*. Il giudicante coglie così l'occasione per sottolineare come l'obbligo di ricondurre la pena ad una dimensione legittima, scaturente da norme che attuano la Costituzione, non possa

---

[(105)] Cfr. pagg. 6-7 ord. del giudice perugino.

[(106)] Cfr. pag. 6 dell'ordinanza in epigrafe, che, dopo aver richiamato testualmente Cass., sez. I, 25 maggio 2012, H., in *www.iusexplorer.it* (seguita, da ultimo, Cass., sez. un., 29 maggio 2014, Gatto, cit.), nella parte cui pone in capo al giudice dell'esecuzione l'obbligo di rideterminare la pena con riferimento ad un caso di pena patteggiata, afferma la sussistenza di un «obbligo di eliminare la porzione di pena incostituzionale», non essendo consentito che una stasi sul piano dell'accordo delle parti possa impedire l'attuazione del principio di costituzionalità, concludendo per l'applicazione da parte del giudice dell'art. 133 c.p.

[(107)] Nell'orientamento di merito che si contesta si può annoverare, tra gli altri, Trib. Torino, ord. 16 settembre 2014, 7.

tramutarsi *sic et simpliciter* in una mera facoltà, quale è quella prevista nell'art. 188 disp. att. c.p.p. [108].

Volendo concludere, il mosaico complessivo offerto dall'ordinanza in commento sembra meritare adesione in tutti i suoi tasselli.

A fronte del riconosciuto obbligo del giudice di rideterminare la pena *in executivis*, invero, l'operatività del richiesto intervento è destinata ad esplicarsi, in una prospettiva garantistica, a nulla ostando il giudicato penale. Più specificamente, ciò deve avvenire, in aderenza ai principi sopra evocati, secondo l'usuale paradigma valutativo di cui all'art. 133 c.p., limitatamente, però, a quei soli aspetti sui quali la norma illegittimamente applicata abbia esteso il proprio raggio di azione: esclusivamente, quindi, sui profili condizionati, direttamente o in via mediata, dall'invalidità del dato normativo, così che l'incidenza venga orientata su quanto strettamente necessario ad ossequiare i precetti costituzionali.

GIULIA PINI

[108] «Possono chiedere» (così il testo dell'art. 188 disp. att. c.p.p.). In aggiunta agli argomenti spesi dal G.I.P. perugino, si può osservare come, anche qui, ci troveremmo di fronte ad un tipico caso di estensione non del caso regolato ma della disciplina prevista, al di là dei confini dell'interpretazione analogica; per inciso, si evidenzia anche come il mancato esercizio di detta facoltà comporterebbe una "stasi" intollerabile in una materia così delicata (su tale ultimo aspetto, v. DE MICHELI, *La declaratoria di illegittimità*, cit., che sottolinea come la rideterminazione sarebbe un «atto dovuto e non possa essere rimessa ad un nuovo incontro delle volontà delle parti»: evidenti le analogie con le considerazioni svolte dal G.I.P. perugino).

DIRITTO PUBBLICO

T.A.R. UMBRIA – 14 Gennaio 2014, n. 39 – *Pres. Est.* LAMBERTI – Iandolo Luigi (Avv. A. Galmacci) c. Ministero dell'Economia e delle Finanze + altri (Avv. Stato).

Forze armate - Trasferimento - Diritto alle indennità connesse al trasferimento - Domanda di parte di trasferimento – Insussistenza (l. n. 86/2001, art. 1, comma 1; d.p.r. n. 164/2002, art. 47).

L'evoluzione dell'orientamento giurisprudenziale ha costituito il fondamento per la decisione del Tribunale Amministrativo Regionale, motivo per cui il Collegio ha ritenuto che al ricorrente non spettino le indennità connesse al trasferimento d'ufficio sul presupposto che la presenza in atti di una sua domanda, volta ad ottenere il trasferimento ad un reparto alla sede di Perugia, non rappresenti tout court un provvedimento d'autorità, ma una domanda direttamente proveniente dalla parte.

(*Omissis*). Con istanza in data 19 settembre 2012, il Lgt. L.I. già comandante della Brigata della Guardia di Finanza di Castiglione del Lago e trasferito con decorrenza 1 agosto 2012 presso la Compagnia di Perugia (*Omissis*) chiedeva la corresponsione delle seguenti spettanze: indennità di trasferimento di cui alla L. 86/2001, indennità di prima sistemazione di cui alla L. 836/1973 e alla L. 417/1978 e emolumento per trasferimento di autorità di cui al D.P.R. 164/2012.

(Omissis) La domanda è stata disattesa con il provvedimento in epigrafe sia perché il trasferimento dell'interessato sarebbe stato disposto a domanda, sia perché l'estensione di giudicati in materia di personale delle amministrazioni pubbliche è espressamente vietato dalla legge.

Sempre ad avviso delle amministrazioni, le indennità sarebbero spettate allorché il trasferimento fosse stato disposto d'ufficio dopo una richiesta di gradimento da parte dell'interessato e la giurisprudenza citata sarebbe stata ribaltata dalla sentenza n. 5767/2011 emessa in analoga fattispecie dal Consiglio di Stato.

Nel ricorso avverso il provvedimento, il Lgt. I.L. deduce l'unica censura in violazione dell'art. 1, comma 1, L. 86/2001 e dell'art. 47, d.p.r. 164/2002, non essendo il trasferimento ascrivibile a necessità personali o familiari dell'interessato ma dalla soppressione del reparto interessato disposta d'autorità dal Comando per esigenze di carattere funzionale e organizzativo.

Nella costituzione in giudizio, l'Avvocatura dello Stato ha richiamato il divieto di estensione delle decisioni aventi efficacia di giudicato o comunque divenute esecutive in materia di personale delle amministrazioni pubbliche, ha contestato l'assimilazione a quello di autorità del trasferimento dovuto a seguito della soppressione o dislocazione di reparti e ha chiesto il rigetto del ricorso.

(*Omissis*). Rileva il Collegio come alla domanda in esame, proposta in data 19 settembre 2012, sia anzitutto estraneo tale emendamento, applicabile ai trasferimenti dei militari successivi alla data del 1° gennaio 2013, di entrata in vigore della legge 228/2012 giusta l'espresso disposto del comma 561. Del tutto inconferente appare, sempre ad avviso del Collegio, il richiamo al divieto di estensione di giudicati in materia di personale delle amministrazioni pubbliche, confermato per il triennio 2005/2007 dell'art. 1, comma 132 L. 311/2004 e prorogato ad *nutum* anche per gli anni successivi al 2008 dall'art. 41, comma 6, D.L. 207/2008.

(Omissis). La domanda va però respinta con richiamo alla prevalente giurisprudenza d'appello in materia di gradimento del militare della sede di trasferimento d'ufficio senza che abbia alcun autonomo rilievo l'interesse proprio perseguito dall'amministrazione. Ancora recentemente è stato ribadito che per la qualificazione del trasferimento del militare della Guardia di Finanza (su domanda o d'autorità) non rileva la preannunciata soppressione del reparto di appartenenza, giacché la scelta del militare di chiedere determinate sedi anticipa e previene il trasferimento d'autorità che l'Amministrazione dovrebbe in un secondo tempo adottare in conseguenza delle proprie scelte organizzative.

(*Omissis*). La presenza in atti della richiesta in data 24 luglio 2012 del Lgt. I.L. "di essere trasferito a domanda ad un reparto alla sede di Perugia" conferma perciò la tesi sostenuta dall'amministrazione e il convincimento che qualsiasi altra soluzione sarebbe inequivocabilmente riformata dal giudice d'appello. Il ricorso deve essere pertanto respinto.

Brevi note in tema di trasferimento di militare e relative indennità

La questione sottoposta all'esame del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria concerne la richiesta di annullamento di una nota dell'ottobre 2012 del Reparto tecnico Logistico Amministrativo Lazio ed Umbria della Guardia di Finanza con cui veniva negato al Lgt. e Comandante della Brigata della Guardia di Finanza di Castiglione del Lago la richiesta di corresponsione della indennità di trasferimento di prima sistemazione e dell'emolumento per trasferimento d'autorità.

Sulla tematica sottoposta al Collegio, che si esprime comunque con il rigetto del ricorso, si è pronunciata in modo diverso e discordante la giurisprudenza nel corso degli anni.

Con alcune pronunce antecedenti alla normativa contenuta nella l. n. 86 del 29 marzo 2001, relativa alla regolamentazione dell'indennità di trasferimento per il personale delle forze armate, il Consiglio di Stato si era espresso asserendo che in caso di trasferimento ad altra sede il diritto alla corresponsione dell'indennità sussisteva quando la motivazione del trasferimento era da ricercare nella soppressione dei reparti e quindi in caso di sussistenza di un'esigenza organizzativa dell'amministrazione.

Con la nuova disciplina entrata in vigore con la l. n. 86/2001 è stato, invece, espressamente disposto che l'indennità di missione ed ogni altra indennità o rimborso previsti nei casi di trasferimento di autorità non competono al personale trasferito ad altra sede di servizio limitrofa, anche se distante oltre dieci chilometri, a seguito della soppressione o dislocazione dei reparti o relative articolazioni (la disciplina di cui alla legge n. 86 del 29 marzo 2001 dispone che con il cambiamento della sede di servizio del personale delle Forze armate e delle Forze di polizia mediante trasferimento in Comune diverso da quella precedente spetta l'indennità di trasferimento se questo è disposto di autorità. Cfr. Cons. St., sez. IV, 20 luglio 2011, n. 4376 in *Utet giuridica*).

Alla luce della predetta normativa, pertanto, la giurisprudenza formatasi successivamente, al fine di darne una interpretazione, ha mutato il proprio orientamento evidenziando che con il cambiamento della sede di servizio, mediante trasferimento in Comune diverso da quello precedente, l'indennità di trasferimento spetterebbe solo dinanzi ad una espressa disposizione di autorità.

In effetti, con sentenza n. 6664 del 2007 il Consiglio di Sato si è espresso ritenendo che il discrimine tra il trasferimento d'ufficio ed il trasferimento a domanda debba essere rintracciato nel diverso rapporto che intercorre nelle due ipotesi tra interesse pubblico ed interesse personale.

Infatti, nel primo caso, il trasferimento è reputato indispensabile per la migliore realizzazione dell'interesse pubblico mentre, nel secondo caso, è solo riconosciuto compatibile con le esigenze amministrative, essendo irrilevante la circostanza che l'interessato abbia dichiarato la propria disponibilità.

Con successive pronunce, rese in omologhe fattispecie, è stato inoltre

evidenziato che ai fini della corretta qualificazione di un determinato movimento di un militare appartenente al Corpo della Guardia di Finanza, come trasferimento d'ufficio ovvero a domanda, deve aversi riguardo alle specifiche modalità con cui esso è avvenuto.

Invero, l'interesse pubblico alla funzionalità degli uffici e, di conseguenza, all'adeguata ripartizione e assegnazione del personale ai vari uffici e servizi è comunque presente in entrambi i tipi di trasferimenti, quantunque, in quello a domanda, esso costituisca il limite esterno dell'interesse privato del militare (cfr. Cons. St., sez. IV, 27 ottobre 2011, n. 5767, in *Utet giuridica*).

In questo contesto, quindi, la dichiarazione di gradimento, ossia la dichiarazione di accettazione del trasferimento a domanda, impedisce *ex se* la configurabilità di un trasferimento d'ufficio: e ciò in quanto non si è in presenza di una mera dichiarazione di disponibilità al trasferimento; né ha alcun autonomo rilievo la circostanza che con il predetto trasferimento l'Amministrazione ha perseguito un interesse proprio, posto che questa, attivando le procedure di reperimento del personale con la richiesta di espressa disponibilità al trasferimento a domanda, ha inteso far coincidere, nel pieno rispetto dei principi di legalità, buon andamento ed imparzialità, l'interesse privato con quello pubblico, senza che quest'ultimo in concreto possa considerarsi prevalente (cfr. Cons. St., sez. IV, 28 giugno 2012, n. 3835, in *Utet Giuridica*).

Esaminando, pertanto, la fattispecie in esame l'evoluzione dell'orientamento giurisprudenziale meglio sopra descritto ha costituito il fondamento per la decisione del Tribunale Amministrativo Regionale; il Collegio, infatti, ha ritenuto che al ricorrente non spettino le indennità connesse al trasferimento d'ufficio in quanto la presenza in atti di una sua domanda, volta ad ottenere il trasferimento ad un reparto alla sede di Perugia, confermerebbe la tesi sostenuta dall'amministrazione non rappresentando *tout court* un provvedimento d'autorità, ma una domanda direttamente proveniente dalla parte.

La sentenza *de qua*, infatti, respinge la domanda del luogotenente, sulla base di un consolidato e recente orientamento della giurisprudenza di secondo grado, sul presupposto che la domanda presentata dal ricorrente nel richiedere il trasferimento, seppure sottesa alla soppressione del reparto di appartenenza, si pone in contrasto con la configurabilità di un trasferimento d'ufficio, in quanto temporalmente antecedente rispetto al provvedimento che avrebbe potuto adottare l'Amministrazione all'esito dell'esame delle proprie necessità organizzative.

Per le motivazioni che precedono, il Tribunale Amministrativo Regionale decide per il rigetto del ricorso non potendo altrimenti pronunciarsi anche al fine di scongiurare una riforma da parte del Consiglio di Stato inequivocabilmente orientato a riconoscere il diritto alle indennità di trasferimento solo in capo a coloro che all'esito di un provvedimento d'autorità siano costretti a subire un trasferimento d'ufficio imposto da esigenze organizzative della pubblica Amministrazione.

SIMONA BARBETTI

I – T.A.R. UMBRIA, 17 gennaio 2014, n. 59 – *Pres*. Lamberti –*Est*. Amovilli - Comune di Terni (Avv. Silvi – Alessandro) c. Grandi Magazzini Superconti s.p.a (Avv. Segarelli)

Accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento amministrativo - Tratti caratterizzanti e distintivi – Esercizio consensuale di potere autoritativo (art. 11, legge n. 241/1990)

Accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento amministrativo - Giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo - Ammissibilità dell'azione volta a conseguire una pronuncia costitutiva ai sensi dell'art. 2932 cod. civ. (art. 11, legge n. 241/1990; art. 133, comma 1, lett. a) cod.proc.amm.)

Per una corretta qualificazione giuridica di un accordo tra pubblica amministrazione e privato e per stabilire se si rientri nell'ambito di operatività degli accordi disciplinati dall'art.11 della legge n.241/1990, occorre guardare innanzitutto alla presenza o meno di un potere autoritativo. Gli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento disciplinati dall'art. 11 della legge n. 241/1990 si caratterizzano per la titolarità in capo all'Amministrazione di discrezionalità amministrativa, vale a dire il potere di determinare in più modi l'assetto degli interessi in gioco nella prospettiva del miglior perseguimento dell'interesse pubblico, ponendosi dunque come strumenti consensuali dell'esercizio di un potere autoritativo. (1)

In presenza di accordi integrativi o sostitutivi ai sensi dell'art. 11 della legge n. 241/1990 la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo opera in maniera estensiva e può garantire la piena ed effettiva tutela della posizione soggettiva dell'Amministrazione anche mediante tutela costitutiva ai sensi dell'art. 2932 c.c. (2)

II – T.A.R. UMBRIA, 5 maggio 2014, n.238 – *Pres*. Lamberti – *Est*. Amovilli – Findems.rl. (Avv. Baldassini) c. Comune di Spoleto (Avv. Massi – Picena)

Accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento amministrativo – Ambito di operatività — Necessaria titolarità di discrezionalità amministrativa e necessaria collocazione nell'ambito di un procedimento amministrativo (art. 11, legge n. 241/1990)

La riconducibilità dell'accordo avente ad oggetto la disciplina di un

futuro permesso di costruire, nonché l'obbligo di cessione gratuita di aree private al Comune per la realizzazione di un parcheggio pubblico, al modello di cui all'art. 11 della legge n. 241/1990, è subordinata alla verifica che lo stesso si ponga quale strumento consensuale dell'esercizio di un potere autoritativo. L'ambito di operatività degli accordi ex art. 11 della legge n. 241/1990 coincide pertanto con quello di negoziabilità dell'esercizio del potere amministrativo, anche se pare più corretto parlare, anziché di negoziazione, di definizione consensuale delle relative modalità di esercizio. Al di là del requisito contenutistico, l'accordo deve di norma collocarsi sul piano procedimentale all'interno del procedimento come suo segmento, e non già successivamente alla emanazione del provvedimento finale e conclusivo. (3)

FATTO e DIRITTO

1. Espone il Comune di Terni, odierno ricorrente - in necessaria sintesi - di aver bandito con deliberazione G.C. n. 547 del 6 novembre 2008, asta pubblica ai sensi del R.D. 827/1924 per l'alienazione della struttura già sdemanializzata di Piazza del Mercato *ex* sede del mercato coperto cittadino e contestuale cessione in diritto di superficie del sottosuolo dell'area pubblica limitrofa, al fine della realizzazione di un insediamento commerciale. Con deliberazione C.C. n. 109 del 20 aprile 2009 è intervenuta l'approvazione del Piano attuativo in variante al PRG e con determinazione dirigenziale n. 3045 del 15 settembre 2009 la dismissione del mercato, quali condizioni sospensive poste dal suddetto avviso d'asta pubblica per procedere all'aggiudicazione definitiva, poi disposta con determinazione n. 3091 del 18 settembre 2009 nei confronti della Grandi Magazzini Superconti s.p.a., unica partecipante alla gara, con offerta pari a 8.151.000,00 euro rispetto all'importo di 5.200.000,00 euro posto a base d'asta.

Successivamente all'aggiudicazione definitiva, l'odierna resistente ha formalizzato al Comune proposta volta a disciplinare alcuni profili dell'aggiudicazione mediante la stipula di accordo ai sensi dell'art. 11 della legge 241/90 e s.m., poi perfezionatosi il 30 dicembre 2010, in cui veniva fissato un primo termine del 15 luglio 2011 per la stipulazione del contratto definitivo ed un secondo termine, qualificato essenziale, del 31 dicembre 2011 a pena di risoluzione per inadempimento del Comune; in esecuzione dell'accordo, la Grandi Magazzini Superconti s.p.a ha provveduto alla corresponsione di un anticipo di 1.000.000,00 euro sul corrispettivo della cessione.

(*Omissis*).

Con nota del 3 agosto 2012, la Superconti s.p.a. confermando la sussistenza di ragioni impeditive, ha provveduto a dichiarare unilateralmente

risolto l'accordo a norma dell'art. 6 dell'accordo stesso; per parte sua, l'Amministrazione ha contestato l'efficacia della risoluzione ed invitato ancora l'aggiudicataria alla stipulazione del contratto tramite rogito notarile, senza tuttavia alcun positivo esito.

Con il ricorso in epigrafe, il Comune di Terni domanda l'esecuzione forzata in forma specifica mediante sentenza costitutiva ai sensi dell'art. 2932 c.c., delle obbligazioni nascenti dall'accordo *ex* art. 11 della legge n. 241/90 stipulato in data 30 dicembre 2010, avendo offerto nei modi di legge di eseguire la propria prestazione contrattuale; avanza inoltre domanda di condanna della Grandi Magazzini Superconti s.p.a al risarcimento dei danni patiti a causa del predetto inadempimento, meglio quantificati in prosieguo.

(*Omissis*).

Si è costituita la Grandi Magazzini Superconti s.p.a., eccependo preliminarmente il difetto di giurisdizione del g.a. poiché:

- l'accordo sottoscritto il 30 dicembre 2010 al di là del "nomen iuris" non sarebbe riconducibile sotto il profilo contenutistico agli accordi di cui all'art. 11 della legge 241/90, con conseguente impossibilità di inquadrare la controversia per cui è causa nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo codificata dall'art. 133 c. 1 lett. a) 2) nè in nessuna altra fattispecie ivi elencata;

- risulterebbe estraneo al presente giudizio qualsiasi profilo di discrezionalità dell'Amministrazione, venendo in questione soltanto atti paritetici, ed appartenendo al giudice ordinario le controversie nascenti da rapporti successivi all'esaurimento (con l'aggiudicazione definitiva) della fase pubblicistica;

- la pretesa del Comune non farebbe leva sul provvedimento autoritativo di aggiudicazione bensì esclusivamente sul rapporto contrattuale di diritto comune sorto successivamente, da cui deriverebbero soltanto posizioni di diritto soggettivo;

- del tutto irrilevante sarebbe il perseguimento da parte dell'Amministrazione di interessi pubblici rimanendo essi nella sfera interna e soggettiva dei soli motivi contrattuali.

(*Omissis*).

2. È materia del contendere il reciproco adempimento dell'accordo sottoscritto tra il Comune di Terni e la Grandi Magazzini Superconti s.p.a., in seguito all'intervenuta aggiudicazione definitiva previa evidenza pubblica, inerente il trasferimento della proprietà e del diritto di superficie del sottosuolo dell'area comunale dismessa di Piazza del Mercato.

2.1. Preliminarmente, deve essere affrontata l'eccepita questione di difetto di giurisdizione.

2.2. Questione dirimente ai fini della decisione sulla giurisdizione è da individuarsi nella corretta qualificazione giuridica dell'accordo sottoscritto il 30 dicembre 2010, essendovi sul punto prospettazioni diametralmente opposte da parte delle difese delle parti; infatti, secondo il Comune ricorrente si tratterebbe di vero e proprio accordo di cui all'art. 11 legge 241/90 in quanto avente ad oggetto la determinazione del contenuto discrezionale del provvedimento di aggiudicazione, con conseguente riconducibilità della propria pretesa alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (originariamente prevista dallo stesso citato art. 11 e oggi codificata dall'art. 133 c. 1 lett a) 2) cod. proc. amm.) comprensiva delle controversie inerenti la stessa "formazione, conclusione ed esecuzione". Viceversa, secondo la società resistente, l'accordo in questione avrebbe natura privatistica, quale contratto preliminare di compravendita immobiliare, con conseguente giurisdizione del g.o. relativamente a tutte le controversie, quale quella per cui è causa, inerenti l'esecuzione di prestazioni contrattuali.

E' evidente come qualora dovesse negarsi all'accordo per cui è causa valore di strumento consensuale dell'esercizio di un potere autoritativo, la controversia all'odierno esame del Collegio esulerebbe dalla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sia in materia di procedure di affidamento di appalti pubblici di cui all'art. 133 c. 1 e) 1) cod. proc. amm. sia di concessione di beni pubblici (art. 133 c. 1 6) b) cod. proc. amm.) in quanto lite afferente ad una fase successiva alla stipula del contratto (per altro diverso dall'appalto), che investe diritti soggettivi (*ex multis* Cons. St., sez. VI, 10 settembre 2008, n. 4309). Assai dubbia sarebbe la riconducibilità alla stessa fattispecie in tema di "atti e provvedimenti in materia urbanistica" di cui all'art. 133 c. 1 lett. f) del Codice del processo amministrativo.

Nella fattispecie, l'asserita natura di contratto preliminare di compravendita immobiliare dell'accordo *de quo* comporterebbe l'attrazione della controversia nell'ambito della giurisdizione del g.o. quale inerente all'esecuzione di contratto di diritto comune (Cass., Sez. Un. 24 maggio 2013, n.12901) seppur ad oggetto pubblico, non diversamente dalle controversie sull'esecuzione del contratto d'appalto pubblico (*ex multis* Cons. St., sez. V, 25 luglio 2012, n. 4224; Cass., Sez. Un., 18 luglio 2008, n. 19805) giacché la giurisdizione esclusiva del g.a. di cui all'art. 133 c. 1 lett. e) 1), esaurita la fase amministrativa di scelta del contraente, ricomprende le sole controversie sulla efficacia/validità del contratto conseguente all'annullamento dell'aggiudicazione.

2.3. Come noto, gli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento disciplinati dall'art. 11 della legge 241/90 e s.m. si differenziano dai contratti di diritto comune innanzitutto per l'inerenza, sotto il profilo dell'oggetto, al contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero

in sua sostituzione, dovendosi pertanto verificare la titolarità in capo all'Amministrazione di discrezionalità amministrativa circa l'oggetto specifico dell'accordo, vale a dire il potere di determinare in più modi l'assetto degli interessi in gioco nella prospettiva del miglior perseguimento dell'interesse pubblico.

Non è pertanto possibile qualificare come accordi fattispecie negoziali inerenti l'esercizio di potere autoritativo vincolato, per il principio di legalità dell'azione amministrativa, pur invero ammettendosi in giurisprudenza anche accordi in procedimenti del tutto vincolati limitatamente agli aspetti che presentino nel *quando* o nel *quomodo* elementi di discrezionalità (Cons. St., sez. VI, 15 maggio 2002 n. 2636; id. sez. VI 10 dicembre 2007, n. 6344; TAR Liguria, sez. I, 13 giugno 2006, n.542). Va detto che secondo una tesi più restrittiva invalsa presso la giurisprudenza civile, rimarrebbero nella sfera privatistica del contratto "ad oggetto pubblico" estranea all'art. 11 della legge 241, i negozi giuridici ove l'elemento della autonomia negoziale non si estenda anche al contenuto del negozio ovvero alle prestazioni ivi dedotte (vedi in riferimento alle cessioni volontarie oggi disciplinate dall'art. 45 del d.p.r. n. 327/2001, Cass. sez. II, 22 maggio 2009, n. 11955; id. sez. Un., 24 aprile 2007, n. 9845; id. sez. I, 17 marzo 2006, n.6003; id. sez. I, 9 maggio 2000, n.5848; id. 2 marzo 1999, n.1730; id. 16 marzo 1994, n.2513; id. 4 novembre 1994, n. 9130)

L'ambito di operatività degli accordi coincide, pertanto, con quello di negoziabilità dell'esercizio del potere amministrativo, anche se pare più corretto parlare anziché di negoziazione del potere, di definizione consensuale delle relative modalità di esercizio (TAR Puglia Bari, sez. I, 4 giugno 2013, n.899).

Deve conseguentemente evidenziarsi come fuoriesca dallo strumento dell'accordo per collocarsi in quello dei c.d. contratti di diritto pubblico, il negozio che disciplini i soli aspetti patrimoniali di un rapporto amministrativo, in relazione al quale il momento discrezionale della funzione si è già esternato in un provvedimento (Cass. Sez. Un., 24 giugno 1992, n. 7773; id. Sez. un. ord. 24 maggio 2013, n.12901).

L'istituto degli accordi, rientrante tra quelli partecipativi di cui al Capo III della legge 241/90 e s.m. e rappresentando il possibile sbocco finale del contraddittorio procedimentale, al di là delle delicatissime questioni che esso pone sia a livello dogmatico che sul piano della concreta individuazione della disciplina normativa applicabile, rappresenta comunque un modulo consensuale dell'azione amministrativa di tipo aperto, suscettibile di vari modelli e graduazioni a seconda degli interessi pubblici coinvolti (TAR Liguria, sez. I, 13 giugno 2006, n. 542).

La più recente legislazione intervenuta *in subiecta materia*, oltre ad esplicitare il *favor* per la conclusione di accordi sostitutivi di prov-

vedimento, trasformati da strumenti tipici a modello generale (art. 7 c. 1 lett a) legge 11 febbraio 2005 n. 15) ha altresì definitivamente optato per la natura pubblicistica, laddove, modificando il comma 2 dell'art. 11, ha imposto la motivazione degli accordi (vedi articolo 1, comma 47, della L. 6 novembre 2012, n. 190 "anticorruzione") essendo tale obbligo evidentemente funzionale ad esigenze di trasparenza ed imparzialità riferibili all'azione autoritativa. La Consulta, del resto, aveva già autorevolmente qualificato gli accordi quali "forme mediate di esercizio del potere autoritativo" (Corte Cost. sentt. n. 204 del 6 luglio 2004 e n. 191 dell'11 maggio 2006) seppur ai fini della legittimità costituzionale della devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle controversie sui "comportamenti" in materia di governo e trasformazione del territorio.

Ciò detto, va altresì evidenziato come al di là del requisito contenutistico, l'accordo debba di norma collocarsi sul piano procedimentale all'interno del procedimento come suo segmento, e non già successivamente alla emanazione del provvedimento finale e conclusivo (*ex multis* Cass. Sez. Un., 24 giugno 1992, n. 7773; id. Sez. Un. 17 aprile 2009 n. 9151; Cons. St. sez. VI, 15 maggio 2002, n.2636).

Alla luce delle seguenti preliminari considerazioni, è possibile esaminare l'accordo sottoscritto il 30 dicembre 2010 tra il Comune di Terni e la Grandi Magazzini Supercontis.p.a., in attuazione della deliberazione "a contrattare" della Giunta comunale del 29 dicembre 2010 n. 575.

Quanto anzitutto alla sua collocazione nel contesto procedimentale, ne emerge il perfezionamento soltanto nella fase successiva al procedimento di aggiudicazione, conclusosi con determinazione n. 3091 del 18 settembre 2009, nonché la preventiva autorizzazione alla sottoscrizione dell'accordo (del. G.C. n. 575/2010).

Quanto al contenuto, nonostante la presenza degli elementi tipici di un contratto preliminare di compravendita immobiliare ad effetti anticipati, spicca l'elemento obiettivo della evidente integrazione degli elementi contrattuali sostanziali stabiliti negli atti di gara.

Infatti, con il citato accordo si è provveduto anzitutto a modificare la complessiva posizione negoziale delle parti: nei confronti del Comune, anticipando l'obbligo di vendere alla Supercontis.p.a. mediante la fissazione di un termine per la stipulazione del contratto definitivo, mentre il bando (pag. 12) posticipava soltanto dopo la stipulazione del contratto tale obbligo, stipulazione che sarebbe dovuta intervenire "nel più breve tempo tecnico possibile ad intervenuta aggiudicazione definitiva (pag. 12); inoltre, assumendo la garanzia che i beni da trasferire sarebbero stati al momento del rogito notarile "liberi da pesi, vincoli, diritti reali di godimento e situazioni possessorie di terzi", mentre il bando (pag. 12-13) prevedeva la vendita dei beni nello stato di fatto e di diritto in cui si

trovano, con tutti gli inerenti oneri e servitù apparenti e non apparenti, servitù attive e passive ecc.

Quanto alla posizione dell'impresa aggiudicataria, risulta inserito un incremento del corrispettivo per la compravendita e la concessione in diritto di superficie, pari a 200.000,00 euro rispetto all'importo di aggiudicazione, oltre alla previsione di un anticipo di 1.000.000,00 euro versato al momento del perfezionamento dell'accordo, laddove il bando prevedeva il pagamento dell'intero corrispettivo al momento della stipulazione del contratto. Ancora, scompare in sede di accordo l'obbligazione dell'aggiudicataria di riservare gratuitamente al Comune per un triennio superfici di vendita al piano terra del costruendo edificio.

Trattasi, a giudizio del Collegio, e a prescindere dal profilo della violazione della parità di trattamento dei possibili aspiranti - del tutto estraneo all'odierno *thema decidendum* - di modifiche sostanziali dell'assetto degli interessi definito in sede di avviso d'asta pubblica, come riconosciuto dalla stessa difesa della resistente, il che determina innanzitutto, una innegabile integrazione della disciplina autoritativa ed un inserimento dell'accordo nella fase procedimentale preordinata alla dismissione del bene pubblico. Non risultano modificati i soli aspetti patrimoniali del rapporto amministrativo, secondo lo schema astratto del contratto di diritto pubblico, ma appunto la stessa aggiudicazione e lo stesso complessivo assetto degli interessi tra le parti.

L'accordo è infatti derivato da una precisa proposta del legale rappresentante della società risultata aggiudicataria (vedi *mail* del 28 dicembre 2010 depositata in giudizio e non disconosciuta) si collega funzionalmente all'aggiudicazione e costituisce integrazione delle condizioni fissate dalla *lex specialis*, finendo per costituire null'altro che un appendice seppur cronologicamente postuma del procedimento amministrativo. Giova infine evidenziare come la stessa deliberazione G.C. n. 575/2010 di autorizzazione allo stipulando accordo, sia sussumibile nella determinazione preparatoria di cui al comma 4-*bis* dello stesso art. 11 della legge 241/90.

2.4. Trattasi, pertanto, quanto ai profili sopra esaminati, di accordo integrativo del provvedimento di aggiudicazione, apparentemente riconducibile nel generale schema degli accordi sul contenuto e/o sostitutivi del provvedimento previsto dall'art. 11 della L.241/90.

2.5. A questo punto, occorre nondimeno stabilire se le modifiche al regolamento contrattuale così introdotte possano o meno ricondursi a profili di discrezionalità amministrativa negoziabili nella forma degli accordi.

Ritiene il Collegio di poter dare risposta affermativa, pur se i procedimenti concorsuali per l'alienazione del patrimonio pubblico presentano natura tendenzialmente vincolata, non diversamente dai procedimenti

per l'aggiudicazione di appalti pubblici. Infatti con l'accordo *de quo* l'Amministrazione comunale, anche in relazione alle vicende dei c.d. *ex* mercatali, ha inteso diversamente regolamentare alcuni aspetti dell'aggiudicazione, reputando maggiormente confacente al pubblico interesse introdurre le modifiche descritte, anticipando tra l'altro l'assunzione dell'obbligo di trasferire la proprietà dei beni dismessi dietro il pagamento di un congruo anticipo rispetto al corrispettivo fissato dall'aggiudicazione.

Orbene, anche a non voler aderire alla tesi comunale secondo cui l'accordo in questione concreterebbe una vera e propria convenzione urbanistica, risulta innegabile come esso si innesti funzionalmente nella fase pubblicistica di dismissione ed aggiudicazione iniziato con la pubblicazione del bando di vendita immobiliare.

2.6. Alla luce delle suesposte considerazioni, l'accordo perfezionatosi tra il Comune di Terni e la Grandi Magazzini Superconti s.p.a. va inquadrato nell'ampio *genus* degli strumenti consensuali dell'esercizio di un potere autoritativo di cui all'art. 11 della legge 241/90 e s.m., non potendosi condividere la diversa qualificazione operata dalla difesa della resistente quale mero contratto preliminare di compravendita immobiliare. Debbono comunque essere applicati, nei limiti della clausola di compatibilità di cui al comma terzo del citato art. 11, i principi del codice civile anche in tema di contratti preliminari di acquisto immobiliare.

2.7. Ciò premesso, ai fini dell'esame della questione di giurisdizione sulle domande presentate dal ricorrente e dalla società resistente con il ricorso incidentale, deve anzitutto stabilirsi se sia proponibile nel processo amministrativo l'azione volta a conseguire una pronuncia costitutiva, ai sensi dell'art. 2932 c.c., al fine di ottenere l'esecuzione dell'obbligo di acquisto della proprietà di beni pubblici assunto dal contraente privato. Si tratta, evidentemente, di questione diversa rispetto alla discussa possibilità per il privato contraente di ottenere tutela in forma specifica nei confronti dell'Amministrazione in ipotesi di inadempimento degli obblighi assunti con l'accordo, tutela che la giurisprudenza individua oltre che nell'azione demolitoria in quella *contra silentium* di cui all'art. 117 cod. proc. amm. in considerazione della posizione di interesse legittimo a fronte dell'esercizio di un potere autoritativo (Cons. St., sez.VI, 15 maggio 2002, n. 2636) ma che oggi potrebbe forse trovare ulteriore sviluppo nell'azione di adempimento introdotta nel secondo correttivo (D.Lgs. 14 settembre 2012, n.160) al Codice del Processo amministrativo con la novellazione dell'art. 34 comma 1 lett c) del Codice, nei limiti di cui all'art. 31 c. 3 (ovvero in presenza di attività vincolata) e contestualmente all'azione di annullamento.

La giurisprudenza, seppur in riferimento alle convenzioni di lottizzazione - di cui è come noto del tutto pacifica la natura di accordi

- è consolidata nel far rientrare nella giurisdizione esclusiva del g.a. le controversie concernenti l'obbligo assunto dal privato nei confronti dell'Amministrazione aventi ad oggetto la cessione di aree, ivi comprese le azioni di cui all'art. 2932 c.c. di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrattare (*ex multis* Cons. St. Adunanza Plenaria 20 luglio 2012, n. 28; TAR Lazio - Latina 12 aprile 2013, n. 318; TAR Marche 24 maggio 2013, n.388; TAR Lombardia - Brescia 28 novembre 2001, n.1126; TAR Emilia - Romagna sez I, 11 febbraio 2004, n.205).

2.8. Ritiene il Collegio che non vi siano ostacoli per ammettere anche nel caso di specie la possibilità per il giudice amministrativo di garantire la piena ed effettiva tutela della posizione soggettiva dell'Amministrazione, poiché i diritti soggettivi, inclusi naturalmente quelli degli enti pubblici, derivanti dall'accordo ai sensi dell'art. 11 L.241/90, debbono godere anche della tutela costitutiva offerta dall'art. 2932 c.c. quale generale rimedio in forma specifica per l'inadempimento di obblighi di contrattare di fonte negoziale o legale (Cass. sez. II, 30 marzo 2012, n. 5160; id. 8 agosto 1987, n. 6792; id. 15 aprile 2004, n. 7157; id. 23 maggio 2008, n. 13403; TAR Calabria - Catanzaro sez. I, 25 agosto 2012, n. 880).

Deve ribadirsi sul punto che la giurisdizione esclusiva di cui all'art. 133 c. 1 lett. a) 2) in tema di "formazione, conclusione ed esecuzione" degli accordi che per la sua estrema ampiezza è suscettiva, in quanto tale, di abbracciare la totalità delle controversie concernenti l'esercizio della funzione amministrativa mediante il peculiare strumento dell'accordo (così Cass. Sez. Unite, 12 marzo 2001, n.105; vedi anche id. 3 febbraio 2011, n. 2546) con evidente ben più ampia estensione rispetto alla giurisdizione esclusiva sulle controversie concernenti l'affidamento di appalti pubblici.

Trattandosi di giurisdizione estesa alla fase di esecuzione, ben può l'Amministrazione rivestire in giudizio la posizione di attore/ricorrente, in ipotesi di azione di esatto adempimento *ex* art.1453 c.c. (per es. la realizzazione delle opere di urbanizzazione primaria TAR Lombardia 13 agosto 2003, n.1157) o come nella fattispecie per cui è causa, al fine di ottenere sentenza costitutiva *ex* art 2932 c.c. dell'obbligo di concludere il contratto di cessione onerosa di beni.

D'altronde nelle ipotesi di giurisdizione esclusiva, l'ordinamento deve riconoscere ai diritti soggettivi la medesima tutela e dunque le medesime azioni riconosciute dinanzi al g.o. (Cons. St. Adunanza Plenaria 28 luglio 2012, n.28) a pena di evidente incostituzionalità (Corte Cost. 23 aprile 1987, n.146).

2.9. Deve pertanto affermarsi la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo su tutte le domande azionate nel presente giudizio, ivi compresa quella volta ad ottenere sentenza di cui all'art. 2932 c.c. per

il trasferimento coattivo dei beni oggetto dell'accordo tra Comune e la società Superconti.

(*Omissis*).

4. Quanto al ricorso principale, la domanda di accertamento e di condanna ai sensi dell' art. 2932 c.c è invece fondata e deve essere accolta.

Considerata la perdurante efficacia dell'accordo sottoscritto il 30 dicembre 2010 tra le parti del presente giudizio, ritiene il Collegio sussistere i presupposti per il riconoscimento della richiesta tutela in forma specifica di cui all'art. 2932 c.c., avendo il Comune di Terni anche dopo il decorso del termine del 31 dicembre 2011 e la ricezione della risoluzione unilaterale intimata dal promissario acquirente, effettuato formale offerta (vedi nota del 4 gennaio 2012 prot. 1377) di esecuzione della propria prestazione ovvero dichiarandosi ancora disponibile alla sottoscrizione mediante rogito notarile del contratto di trasferimento.

(*Omissis*).

FATTO e DIRITTO

1. Con il ricorso in epigrafe la società Findem s.r.l. ha proposto ricorso *contra silentium* ai sensi dell'art. 117 del vigente Codice del processo amministrativo, nei confronti del Comune di Spoleto, al fine dell'accertamento dell'obbligo di provvedere sull'istanza del 27 agosto 2013 avente ad oggetto la richiesta di acquisizione coattiva, ai sensi dell'art. 42-*bis* del d.p.r. n. 327 del 2001, a sanatoria dell'occupazione asseritamente illecita delle aree di proprietà della medesima Findem s.r.l., site in località Posterna e distinte in catasto al foglio n. 164 particelle 240, 466 e 467 e al catasto urbano particelle 240 e 1069, per una superficie complessiva di mq. 2.214.

Espone, in necessaria sintesi, che con deliberazione C.C. n. 82 del 29 aprile 1999 il Comune di Spoleto ha approvato il piano particolareggiato, divenuto efficace il 22 giugno 1999, riguardante il progetto di "mobilità alternativa per Spoleto città aperta all'uomo, ovvero Spoleto città senz'auto"; risultando la suddetta area ricompresa tra quelle da espropriare, con accordo sottoscritto mediante scrittura privata del 23 novembre 2000, la ricorrente ne ha convenuto la cessione a titolo gratuito, potendo beneficiare secondo la delibera di adozione del piano particolareggiato (C.C. n. 135 del 12 ottobre 1998) di volumetria destinata ad interventi residenziali per 15.000 mc.

L'opera pubblica programmata, consistente nella realizzazione di un parcheggio pubblico sull'area della ricorrente, risulta pacificamente ultimata da tempo.

(*Omissis*).

La Findem, oltre all'accertamento dell'obbligo di provvedere, chiede altresì in via subordinata la condanna del Comune di Spoleto alla cessazione immediata dell'occupazione *sine titulo* dei terreni di proprietà della ricorrente, ed a valutare e decidere, in alternativa all'acquisto in via autoritativa, se procedere o meno a concludere un accordo bonario con effetto traslativo ed in ogni caso, al pagamento delle somme indennitarie e risarcitorie ivi previste.

Si è costituito il Comune di Spoleto, eccependo preliminarmente l'inammissibilità e l'improcedibilità del gravame, poiché in sintesi:

- l'istanza della ricorrente del 27 agosto costituirebbe nulla più che la mera reiterazione della precedente istanza prot. 60278 del 6 dicembre 2012 a cui l'Amministrazione avrebbe già negativamente risposto, sostenendo di aver comunque diritto alla cessione gratuita;

- anche a voler ammettere la sussistenza di un obbligo giuridico di provvedere nei confronti dell'istanza del 27 agosto 2013, il Comune avrebbe comunque comunicato il 14 novembre 2013 i motivi ostativi all'accoglimento.

Chiede il rigetto del gravame anche nel merito, in sintesi evidenziando:

- il negozio giuridico del 23 novembre 2000 non potrebbe essere ricondotto *sic et simpliciter* ad un accordo amichevole sull'ammontare dell'indennità, risultando la natura della convenzione "ben diversa e composita", quale più ampio accordo riconducibile al *genus* dell'art. 11 della legge 241/90 inerente l'assetto urbanistico del comparto; infatti, l'impegno della Findem alla cessione a titolo gratuito dell'area in esame troverebbe la propria causa nell'aver beneficiato, a seguito dell'approvazione del piano particolareggiato, di una volumetria aggiuntiva di circa 7.700 mc. per effetto di un meccanismo di trasferimento delle cubature all'interno del comparto;

- la pattuita cessione costituirebbe pertanto il corrispettivo del permesso di costruire n.7107/2006 con cui il Comune autorizzava la realizzazione dell'intervento di edilizia residenziale di cui al piano particolareggiato ed oggetto della disciplina convenzionale pattuita nell'accordo bonario, poiché in assenza dell'accordo l'intervento della Findem non sarebbe mai stato assentito per tutta la volumetria richiesta; l'accordo sarebbe pertanto qualificabile anche quale accordo integrativo del futuro permesso di costruire per gli interventi residenziali;

- fermo restando il contenuto urbanistico dell'accordo, esso presenterebbe *in parte qua* anche gli elementi del contratto "preliminare improprio", trattandosi di contratto ad effetto traslativo immediato del diritto di proprietà, essendo la prevista sottoscrizione in forma pubblica entro 30 giorni dalla data del frazionamento richiesta soltanto ai fini

della forma necessaria alla successiva trascrizione (c.d. contratto definitivo da riprodurre);

- la natura definitiva dell'accordo si evincerebbe anche da ulteriori elementi, quali il comportamento delle parti successivo alla stipulazione.

Il Comune resistente presenta nella forma di ricorso incidentale, anche domanda riconvenzionale tesa ad ottenere il riconoscimento del proprio diritto di proprietà sulle aree in questione, ovvero, in via subordinata, ad ottenere l'esecuzione specifica dell'obbligo di cessione da parte della ricorrente principale ai sensi dell'art. 2932 c.c., in virtù del citato accordo del 2000.

Infatti, ad avviso della difesa comunale, la natura definitiva dell'accordo di trasferimento comporterebbe il diritto dell'Amministrazione ad ottenere una sentenza *ex* art. 2932 c.c. costitutiva del contratto non concluso, avendo l'art. 2932 ambito di applicazione esteso a tutte le fattispecie di obbligo legale o negoziale di contrattare.

(*Omissis*).

2. È materia del contendere la legittimità del silenzio serbato dal Comune di Spoleto in riferimento all'istanza del 27 agosto 2013 da parte della Findem s.r.l. avente ad oggetto la richiesta di attivare e concludere il procedimento di acquisizione coattiva sanante di cui all'art. 42-*bis* del d.p.r. n. 327 del 2001 al fine di regolarizzare la trasformazione ed occupazione *sine titulo* dell'area di relativa proprietà. Pertiene altresì all'oggetto del giudizio la domanda riconvenzionale, nella forma di ricorso incidentale, presentata dal Comune resistente tesa ad ottenere il riconoscimento del proprio diritto di proprietà sulle aree in questione, ovvero, in via subordinata, ad ottenere l'esecuzione specifica dell'obbligo di cessione da parte della ricorrente principale ai sensi dell'art. 2932 c.c., nel presupposto logico giuridico della idoneità dell'accordo *inter partes* del 23 novembre 2000 a produrre l'effetto traslativo al patrimonio comunale.

2.1. Preliminarmente, ritiene il Collegio di dover esaminare con priorità il ricorso incidentale, poiché l'eventuale accoglimento comporterebbe, in ipotesi, l'inammissibilità del gravame principale per difetto di interesse, atteso che l'accertamento della proprietà dell'area *de qua* in favore del Comune di Spoleto farebbe venir meno ogni fondatezza della pretesa sostanziale azionata dalla Findem, con conseguente difetto di interesse ad ottenere una sentenza dichiarativa dell'illegittimità del silenzio (*ex multis* Cons. St., sez. IV, 12 maggio 2008, n.2159).

3. Il ricorso incidentale è infondato e deve essere respinto.

3.1. Questione dirimente ai fini della decisione del ricorso incidentale, e invero dello stesso ricorso principale, anche in punto di giurisdizione, va individuata nella corretta qualificazione ed interpretazione giuridica dell'accordo sottoscritto tra la stessa Findem s.r.l. ed il Comune di Spoleto in data 23 novembre 2000.

Con tale negozio giuridico, l'Amministrazione si impegna - per i profili che qui più rilevano - a procedere al rilascio della concessione edilizia in favore della Findem (art. 5), per l'intervento residenziale di cui al piano particolareggiato con volumetria massima di mc. 15.000, attivandosi anche per la messa in sicurezza dell'area e per la riperimetrazione del vincolo da parte dell'Autorità di Bacino (artt. 2, 9) ; di contro, la Findem (art. 1) si obbliga alla cessione gratuita "nel rispetto dei precedenti impegni e nel rispetto di quanto stabilito nel presente accordo, delle aree di relativa esclusiva proprietà necessarie alla realizzazione del parcheggio pubblico".

Pur trattandosi di contenuto di tipo misto, non può condividersi quanto affermato dalla difesa civica in merito alla pretesa riconducibilità, sotto il profilo causale, della prevista cessione gratuita delle aree alla concessione in favore della Findem di una volumetria per interventi residenziali di 15.000 mc. secondo le previsioni del piano particolareggiato come approvato con deliberazione C.C. n.82/99.

3.2. Naturalmente, anche per gli accordi di cui all'art. 11 della Legge 241/90, laddove contengano obblighi patrimoniali a carico delle parti, sussiste la necessità, pur con i dovuti temperamenti, giusto il richiamo di cui al comma secondo, ai principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti "in quanto compatibili", di una funzione economico - sociale ovvero di una causa in concreto, quale "sintesi degli interessi reali che il contratto è diretto a realizzare al di là del modello - anche tipico - adoperato, fermo restando che detta sintesi costituisce la ragione concreta della dinamica contrattuale e non anche della volontà delle parti" (*ex plurimis* Cass. civ. sez. III, 8 maggio 2006, n. 10490). La prevista gratuità della cessione in luogo del corrispettivo dell'atto di cessione oggi previsto dall'art. 45 c.2 d.p.r. 327/2001, non può però eziologicamente ricondursi alla maggior volumetria derivante dall'accordo stesso; infatti, il *quantum* degli interventi residenziali consentiti trova già la propria autonoma previsione nel piano particolareggiato adottato con del. C.C. n. 135/1998 ovvero in periodo precedente le osservazioni presentate dalla Findem in merito al piano e la sottoscrizione dell'accordo del 23 novembre 2000.

L'impegno alla cessione a titolo gratuito, esclusa la causa di scambio ed ovviamente la presenza di una causa tipica di liberalità, va piuttosto inquadrata *ex* art. 1322 c.c. nello schema del negozio atipico gratuito (Cass., sez. III, 28 gennaio 2002, n.982) in relazione ai vantaggi comunque ricevuti dalla Findem in sede di regolamentazione dell'assetto urbanistico del comparto mediante l'adozione del piano particolareggiato, e non potendosi in sede di contratto atipico gratuito prevedere effetti reali traslativi, riservati ai soli contratti con causa di scambio o di liberalità (Cass. Sez. un. 26 gennaio 2000, n.6, Cass., sez. I 18 dicembre 1996,

n.11311) risultandone l'oggetto circoscritto alle sole prestazioni di fare e non anche a quelle di dare.

Deve pertanto escludersi l'asserito nesso teleologico tra l'impegno alla cessione gratuita e realizzazione degli interventi residenziali, dal momento che detti interventi, poi assentiti con permesso di costruire 7107/2006 in favore della società controllata Madonna delle Grazie (di cui la Findem risulta socio di maggioranza) risultavano di per sé conformi già al piano particolareggiato adottato, senza correlazione funzionale con il successivo obbligo di cessione assunto dalla Findem.

3.3. Ciò premesso, la prevista cessione gratuita si colloca dunque in tal più ampio contesto di regolamentazione dell'assetto del territorio comunale, circostanza rilevante a molteplici fini, inclusa la giurisdizione del g.a., avendo l'accordo anche ad oggetto l'impegno dell'Amministrazione (artt. 2, 9) ad attivarsi al fine della messa in sicurezza dell'area e alla riperimetrazione del vincolo da parte dell'Autorità di Bacino, si da consentire la tempestiva realizzazione dell'intervento residenziale.

3.4. Ne consegue, ad avviso del Collegio, un primo importante precipitato ai fini della pregiudiziale individuazione del giudice fornito di giurisdizione, dal momento che l'accordo *de quo* risulta riconducibile al modello di cui all'art. 11 della legge 241/90, con conseguente attrazione della cognizione anche della domanda riconvenzionale nell'ampia fattispecie di giurisdizione esclusiva del g. a. (originariamente prevista dallo stesso citato art. 11 e oggi codificata dall'art. 133 c. 1 lett a) 2) cod. proc. amm.) comprensiva delle controversie inerenti la stessa "formazione, conclusione ed esecuzione" degli accordi che per la sua estrema ampiezza è suscettiva, in quanto tale, di abbracciare la totalità delle controversie concernenti l'esercizio della funzione amministrativa mediante il peculiare strumento dell'accordo (così Cass. Sez. Unite, 12 marzo 2001, n.105; id. 3 febbraio 2011, n. 2546).

3.5. Infatti, l'accordo in questione, nel disciplinare sia alcuni aspetti del futuro permesso di costruire (poi rilasciato nel 2006 alla società Madonna delle Grazie s.r.l.) sia l'obbligo di cessione gratuita dell'area della Findem per la realizzazione del parcheggio pubblico, costituisce strumento consensuale dell'esercizio di un potere autoritativo.

Come recentemente chiarito anche dalla giurisprudenza dell'adito TAR (sentenza 17 gennaio 2014, n.59) infatti, gli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento disciplinati dall'art. 11 della legge 241/90 e s.m. si differenziano dai contratti di diritto comune innanzitutto per l'inerenza, sotto il profilo dell'oggetto, al contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sua sostituzione, dovendosi pertanto verificare la titolarità in capo all'Amministrazione di discrezionalità amministrativa circa l'oggetto specifico dell'accordo, vale a dire il potere di determinare in più modi l'assetto degli interessi in gioco nella

prospettiva del miglior perseguimento dell'interesse pubblico.

Non è pertanto possibile qualificare come accordi fattispecie negoziali inerenti l'esercizio di potere autoritativo vincolato, per il principio di legalità dell'azione amministrativa, pur invero ammettendosi in giurisprudenza anche accordi in procedimenti del tutto vincolati limitatamente agli aspetti che presentino nel *quando* o nel *quomodo* elementi di discrezionalità (Cons. St. sez VI, 15 maggio 2002 n. 2636; id. sez. VI 10 dicembre 2007, n. 6344; TAR Liguria sez I, 13 giugno 2006, n.542). Va detto che secondo una tesi più restrittiva invalsa presso la giurisprudenza civile proprio in riferimento alle cessioni volontarie oggi disciplinate dall'art. 45 del d.p.r. n.327/2001, rimarrebbero nella sfera privatistica del contratto "ad oggetto pubblico" estranea all'art. 11 della legge 241, i negozi giuridici ove l'elemento della autonomia negoziale non si estenda anche al contenuto del negozio ovvero alle prestazioni ivi dedotte (Cass. Sez. II, 22 maggio 2009, n.11955; id. Sez. Un., 24 aprile 2007, n. 9845; id. Sez. I, 17 marzo 2006, n. 6003; id. Sez. I, 9 maggio 2000, n. 5848; id. 2 marzo 1999, n. 1730; id. 16 marzo 1994, n. 2513; id. 4 novembre 1994, n.9130; *contra* Cons. St. sez. VI, 14 settembre 2005, n. 4735; TAR Calabria - Reggio Calabria 18 luglio 2007, n.688).

L'ambito di operatività degli accordi coincide, pertanto, con quello di negoziabilità dell'esercizio del potere amministrativo, anche se pare più corretto parlare anziché di negoziazione del potere, di definizione consensuale delle relative modalità di esercizio (TAR Puglia Bari sez. I, 4 giugno 2013, n.899). Deve conseguentemente evidenziarsi come fuoriesca dallo strumento dell'accordo per collocarsi in quello dei c.d. contratti di diritto pubblico, il negozio che disciplini i soli aspetti patrimoniali di un rapporto amministrativo, in relazione al quale il momento discrezionale della funzione si è già esternato in un provvedimento (Cass., Sez. Un., 24 giugno 1992, n. 7773; id. Sez. Un. ord. 24 maggio 2013, n. 12901).

L'istituto degli accordi, rientrante tra quelli partecipativi di cui al Capo III della legge 241/90 e s.m. e rappresentando il possibile sbocco finale del contraddittorio procedimentale, al di là delle delicate questioni che esso pone sia a livello dogmatico che sul piano della concreta individuazione della disciplina normativa applicabile, rappresenta comunque un modulo consensuale dell'azione amministrativa di tipo aperto, suscettibile di vari modelli e graduazioni a seconda degli interessi pubblici coinvolti (TAR Liguria sez I, 13 giugno 2006, n.542).

La più recente legislazione intervenuta *in subiecta materia*, oltre ad esplicitare il *favor*per la conclusione di accordi sostitutivi di provvedimento, trasformati da strumenti tipici a modello generale (art. 7 c. 1 lett a) legge 11 febbraio 2005 n. 15) ha altresì definitivamente optato per la natura pubblicistica, laddove, modificando il comma 2 dell'art. 11, ha imposto la motivazione degli accordi (vedi articolo 1, comma 47,

della L. 6 novembre 2012, n. 190 "anticorruzione") essendo tale obbligo evidentemente funzionale ad esigenze di trasparenza ed imparzialità riferibili all'azione autoritativa. La Consulta, del resto, aveva già autorevolmente qualificato gli accordi quali "forme mediate di esercizio del potere autoritativo" (Corte Cost. sentt. n. 204 del 6 luglio 2004 e n. 191 dell'11 maggio 2006) seppur ai fini della legittimità costituzionale della devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle controversie sui "comportamenti" in materia di governo e trasformazione del territorio.

Ciò detto, va altresì evidenziato come al di là del requisito contenutistico, l'accordo debba di norma collocarsi sul piano procedimentale all'interno del procedimento come suo segmento, e non già successivamente alla emanazione del provvedimento finale e conclusivo (*ex multis* Cass., Sez. Un., 24 giugno 1992, n. 7773; id. Sez. Un. 17 aprile 2009 n. 9151; Cons. St., Sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2636).

3.6. Alla luce delle seguenti considerazioni - tutte già invero enunciate nel richiamato precedente dell'adito TAR (sent. n.59/2014) - ne emerge anzitutto la collocazione in seno al procedimento espropriativo, innestandosi l'accordo per cui è causa dopo la dichiarazione di pubblica utilità scaturente dall'approvazione del piano particolareggiato (deliberazione C.C. n.82/99) al fine di garantire all'Amministrazione la cessione "gratuita" dell'area privata, per tanto non inserita nel piano particellare di esproprio, e dopo la notificazione ai proprietari interessati alla realizzazione del piano, ai sensi dell'art. 23 della legge 1150/1942, pur mancando una vera e propria determinazione preparatoria, oggi richiesta dal comma 4 - *bis* dell'art. 11 e all'epoca dei fatti da parte della giurisprudenza (Cons. St., sez. VI, 15 maggio 2002, n.2636).

Deve evidenziarsi sul punto come appaia ostativo all'inquadramento del negozio *de quo* quale cessione volontaria definitiva la mancata preesistenza del sub - procedimento di determinazione dell'indennità da parte dell'autorità espropriante (Cassazione civ. sez I, 20 marzo 2009, n.6867; id. 21 novembre 2003, n.17709) dato che nel caso di specie l'Amministrazione ha optato "a monte" per l'acquisto dell'area con forme consensuali in luogo della prosecuzione del pur avviato procedimento ablatorio.

Quanto al contenuto, come anticipato, spicca quanto alla "parte espropriativa" per cui è causa la prevista cessione a favore del Comune di Spoleto delle aree private, in sostituzione dell'acquisto autoritativo mediante decreto di esproprio, ovvero quale tipico accordo sostitutivo/integrativo (Cons. St., Sez. VI, 14 settembre 2005, n.4735; id. Sez. IV, 30 settembre 2013, n. 4872; id. Sez. V, 20 agosto 2013, n. 4179; TAR Calabria - Reggio Calabria 18 luglio 2007, n. 688).

3.7. L'accordo, originato da una precisa proposta del legale rappresentante della società Findem (prot. 30527 del 16 dicembre 1998 richiamata

nelle stesse premesse dell'accordo) in sede di osservazione propedeutica alla fase di approvazione del piano particolareggiato, si presenta quindi *in parte qua* come alternativo all'espropriazione (pur se come si vedrà privo di effetti reali) quale accordo integrativo/sostitutivo del provvedimento riconducibile nel generale schema degli accordi sul contenuto e/o sostitutivi del provvedimento previsto dall'art. 11 della L.241/90.

3.8. Tanto premesso in punto di giurisdizione, non ritiene il Collegio di poter condividere la pur ampiamente argomentata prospettazione comunale in merito al "contenuto espropriativo" dell'accordo circa l'asserita idoneità a produrre effetti reali, quale contratto definitivo da riprodurre in forma pubblica.

3.9. Giova evidenziare come nell'ambito di un procedimento espropriativo, autorità espropriante e proprietario interessato possano dar vita ad accordi di vario contenuto, vale a dire sull'ammontare dell'indennità (nei limiti quantitativi imposti dal legislatore) e/o sulla cessione bonaria del bene oggetto della dichiarazione di pubblica utilità, ovvero accordi di contenuto transattivo (Cons. St. sez.IV, 23 settembre 2004, n.6239).

La giurisprudenza sia civile che amministrativa ritiene inoltre non vi siano ostacoli ad ammettere la possibilità per le parti di dar vita nell'esercizio della propria autonomia negoziale ad accordo preliminare alla cessione volontaria (Cons. St., Sez. IV, 16 marzo 2012, n.1514; Cass. civ. sez. I, 20 marzo 2009, n.6867; TAR Campania Napoli sez. V, 14 ottobre 2004, n.14186; TAR Liguria, sez. II, 5 luglio 2002, n. 801) naturalmente non di per sè idoneo a sorreggere la traslazione del diritto di proprietà, richiedendosi, alternativamente, o la stipulazione del definitivo o l'impiego dello strumento autoritativo dell'espropriazione, i quali debbono entrambi intervenire entro il termine di efficacia della dichiarazione di pubblica utilità.

Secondo un diffuso indirizzo giurisprudenziale da cui il Collegio non ha ragione di discostarsi, nel valutare se le parti abbiano concluso un contratto definitivo o un semplice preliminare è necessario ricercare l'effettiva volontà delle parti, al di là della qualificazione da esse attribuita al contratto stesso (*ex multis* Cass., Sez. I, 21 giugno 2002, n.9079; id. sez. II, 16 marzo 2010, n.6352) tenendo presente che il contratto preliminare deve contenere tutti gli elementi del definitivo (*ex multis* Cass. Sez. I, 15 gennaio 1992, n.417) di modo che il contratto - successivo a quello definito "preliminare" - assume in tali ipotesi il carattere di negozio riproduttivo del primo, predisposto al solo fine della trascrizione o valutazione catastale.

Ancora, in materia di trasferimenti immobiliari, pur se l'oggetto e gli altri elementi essenziali del contratto debbono risultare dalla scrittura, è consentito al giudice del merito utilizzare, nell'interpretazione della

volontà delle parti, tutti i criteri stabiliti dagli artt. 1362 e segg. cod. civ. e trarre, quindi, dal comportamento delle parti stesse, anche posteriore alla conclusione del contratto e riferito dai testimoni o risultante da documenti, ogni elemento utile a chiarire la loro effettiva intenzione e ad individuare l'esatta consistenza dell'oggetto trasferito, pur in difetto di una esplicita e formale menzione (così Cass. civ. sez. II, 16 gennaio 2014, n.817).

Trattasi a giudizio del Collegio di criteri ermeneutici valevoli anche per l'interpretazione degli accordi di cui all'art. 11 della legge 241/90, giusto il richiamo contenuto nel comma secondo del citato articolo ai principi del c.c. in materia di obbligazioni e contratti (TAR Umbria, 11 settembre 2013, n.475).

3.10 Tanto premesso, la testuale previsione di cui all'art. 1 secondo cui "la società Findem cede gratuitamente al Comune di Spoleto, nel rispetto dei precedenti impegni e nel rispetto di quanto stabilito nel presente accordo" le aree per cui è causa, non assume valore decisivo al fine della ricostruzione della volontà delle parti, risultando ampiamente contraddetta proprio dal successivo univoco comportamento delle stesse, avendo più volte la stessa Amministrazione comunale qualificato il contratto come "preliminare" e conseguentemente invitato la Findem a definire "tempi e modalità relativi alla cessione definitiva"(vedi nota prot. 31853 del 22 maggio 2009) e comunque a formalizzare la cessione definitiva (note prot. 57025 del 16 novembre 2012, prot. 11092 del 7 marzo 2013) così come la stessa nota del 26 settembre 2001 a firma della Findem ove viene assunta la disponibilità "alla stipula del conseguente atto pubblico di cessione".

Quanto al profilo contenutistico, non si ravvisano nell'accordo in questione per poter assurgere a contratto di cessione volontaria tutti gli elementi tipici del decreto di esproprio oggi delineati dall'art. 23 del d.p.r. 327/2001.

D'altronde se la tesi del Comune di essere già titolare del diritto dominicale fosse per ipotesi corretta, non vi sarebbe stato bisogno dei suddetti reiterati inviti alla sottoscrizione del contratto definitivo, potendosi senz'altro procedere in mancanza di collaborazione da parte dell'obbligato, alla emanazione del decreto di esproprio entro i termini di efficacia della dichiarazione di pubblica utilità, valendo l'accordo *de quo* (quantomeno) quale accettazione dell'indennità, pur non risultando applicabile alla fattispecie *ratione temporis* la disposizione di cui all'art. 20 c. 13 del d.p.r. 327/2001.

Ne consegue dunque l'esclusione di ogni effetto reale dell'accordo, produttivo di effetti esclusivamente obbligatori, quale preliminare atipico di cessione bonaria, mancando il preventivo sub-procedimento di determinazione dell'indennità e non essendo compatibile lo schema causale del negozio atipico gratuito con la previsione di effetti reali.

Tale qualificazione ne comporta allo stato, come si dirà in prosieguo, la sopravvenuta inefficacia, con ogni conseguenza in termini di regime proprietario e di individuazione delle conseguenti responsabilità.

Non ritiene pertanto il Collegio di poter far propria la pur argomentata prospettazione comunale in merito alla perdurante efficacia dell'accordo *de quo*, non potendosi qui invocare il principio giurisprudenziale (TAR Emilia - Romagna Bologna, sez. I, 11 febbraio 2004, n.205; TAR Lombardia - Brescia 3 febbraio 2003, n.65) della decorrenza del termine di prescrizione ordinario per azionare i diritti derivanti da una convenzione urbanistica dalla scadenza della convenzione stessa, per lo più riguardante la diversa ipotesi di obblighi di cessione di opere di urbanizzazione assunti dal privato lottizzante.

4. Alla luce delle suesposte considerazioni deve respingersi il ricorso incidentale.

(*Omissis*).

(1-3) Gli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento amministrativo quali istituti partecipativi per la definizione consensuale dell'esercizio del potere autoritativo.

Sommario: 1. *Introduzione.* – 2. *La corretta identificazione degli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento amministrativo nella sentenza n. 59/2014.* – 3. *La sentenza n. 238/2014: ulteriori chiarimenti per una corretta qualificazione giuridica degli accordi* – 4. *L'esercizio di potere amministrativo quale tratto caratterizzante l'istituto degli accordi* – 5. *La disciplina degli accordi quale applicazione del principio del giusto procedimento*

1. In entrambe le sentenze in esame, la prima sezione del TAR Umbria ha l'occasione di affrontare, tra le altre cose, la delicata materia degli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento amministrativo, disciplinati dall'art. 11 della legge n. 241/1990.

Tralasciando dunque gli ulteriori profili oggetto delle pronunce, in questa sede ci si concentrerà esclusivamente sulle osservazioni compiute dal giudice in materia di accordi *ex* art. 11, legge n. 241/1990.

Sembra infatti interessante riflettere su un tema che, come osservato dallo stesso collegio, pone delicatissime questioni "sia a livello dogmatico che sul piano della concreta individuazione della disciplina normativa applicabile"[1]. Ma sembra soprattutto interessante concentrarsi sul tema alla

[1] TAR Liguria, sez. I, 13 giugno 2006, n.542; TAR Umbria, sez. I, 17 gennaio 2014, n. 59; Id., 5 maggio 2014, n.238.

luce del riconoscimento che, in entrambe le sentenze, il giudice riserva a tali accordi, sottolineando la *rilevanza* dei detti istituti, quali moduli consensuali dell'azione amministrativa di tipo aperto.

Del resto, anche la legislazione più recente, a partire dalla legge n. 15/2005 e proseguendo con la legge n.190/2012, ha mostrato un certo *favor* per la conclusione di accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento, trasformati da strumenti tipici a modello generale[2] e ne ha definitivamente sancito la natura pubblicistica, laddove, modificando il comma 2 dell'art. 11, ha imposto la motivazione degli accordi[3], essendo tale obbligo evidentemente funzionale ad esigenze di trasparenza ed imparzialità riferibili all'azione autoritativa. Si tratta di un tema più che mai attuale, ma sul quale i riflettori sono accessi già da oltre due decenni[4]. Il ricorso a moduli convenzionali di esercizio della potestà amministrativa rappresenta probabilmente uno dei fenomeni più rilevanti dell'evoluzione del nostro sistema di diritto ammi-

---

[2] V. art. 7 comma 1 lett. a) legge 11 febbraio 2005 n. 15, che, sopprimendo la limitazione in forza della quale gli accordi potevano sostituire il provvedimento finale solo "*nei casi previsti dalla legge*" ha generalizzato il possibile uso degli accordi sostitutivi.

[3] V. art. 1, comma 47, della L. 6 novembre 2012, n. 190 "anticorruzione".

[4] Per i principali contributi in materia, a cavallo o immediatamente dopo la prima formulazione introdotta con la legge n. 240/1990, si rimanda in particolare a: Berti, *Dalla unilateralità alla consensualità dell'azione amministrativa,* in Masucci (a cura di) *L'accordo nell'azione amministrativa,* Formez, Quaderni regionali, Roma 1988, 25; Castiello, *Il nuovo modello di azione amministrativa nella legge 7 agosto 1990, n. 241*, Rimini, 1996, e *Gli accordi integrativi e sostitutivi di provvedimenti amministrativi*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 124; Corso, *Gli accordi di programma*, in Aa.Vv., *L'accordo nell'azione amministrativa*, cit., 51; Corso, Teresi, *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti*, Rimini, 1991; De Roberto, *La legge sul procedimento amministrativo: ambito di operatività e contenuti della nuova disciplina*, in Aa.Vv., *Procedimento amministrativo e diritto di accesso*, Napoli, 1991, 26; Fedullo, *Le convenzioni di lottizzazione: intangibilità del contratto e tutela degli interessi generali*, in *Rass. dir. civ.*, 1994. 721; Ferrari, *La giurisdizione amministrativa esclusiva nell'ambito degli art. 11 e 15, L. 7 agosto 1990 n. 241 sul procedimento amministrativo*, in *Foro amm*., 1993, 878; Franco, *Il nuovo procedimento amministrativo*, Bologna, 1995; Frattini, *Amministrazione per accordi e il principio di gerarchia degli interessi*, in *Cons. Stato*, 1991, II, 1773; Giacchetti, *Partecipazione e tutela cautelare*, in *Riv. amm*., 1991, 931; Nigro, *Conclusioni*, in Aa.Vv., *L'accordo nell'azione amministrativa*, cit. 80; Pastori, *Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e autoamministrazione*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Pietro Virga*, Milano, 1994, II, 1317, e *L'amministrazione per accordi nella recente progettazione legislativa*, in Aa.Vv.*, Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, Milano, 1990, 78; Pericu, *L'attività consensuale della pubblica amministrazione*, in Aa.Vv., *Diritto amministrativo*, Bologna, 1993; Aicardi, *La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativi: fondamento e caratteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl*., 1997, 1; Fracchia, *L'accordo sostitutivo. Studio sul consenso disciplinato dal diritto amministrativo in funzione sostitutiva rispetto agli strumenti unilaterali di esercizio del potere*, Padova, 1998.

nistrativo e del tentativo di individuare un'alternativa all'attività amministrativa esercitata mediante la sola forma del provvedere unilaterale e autoritativo, attraverso la ricerca del consenso dei soggetti amministrati. Nel corso degli anni l'istituto dell'accordo ha conosciuto una certa evoluzione tanto a livello normativo, quanto di prassi[5]; la ribadita rilevanza che ai suddetti istituti deve essere riconosciuta, sancita nelle sentenze in esame, offre l'occasione per (ri)scoprire cosa ci sia dietro quei riflettori.

2. Nella prima sentenza in oggetto, la n. 59 del 17 gennaio 2014, è materia del contendere il reciproco adempimento dell'accordo sottoscritto tra il Comune di Terni e la Grandi Magazzini Superconti s.p.a., in seguito all'aggiudicazione definitiva previa evidenza pubblica, inerente il trasferimento della proprietà e del diritto di superficie del sottosuolo dell'area comunale dismessa di Piazza del Mercato. Il TAR Umbria, dovendo preliminarmente affrontare l'eccepita questione di difetto di giurisdizione, osserva come, a tal fine, sia necessario individuare la corretta qualificazione giuridica dell'accordo in questione. Sul punto, le parti in causa prospettano interpretazioni diametralmente opposte; è a partire da queste che il giudice individua gli elementi fondamentali e distintivi per la corretta identificazione dell'accordo e per la sua riconducibilità all'ambito di operatività dell'art. 11 della legge n. 241/1990.

L'accordo, sottoscritto il 30 dicembre 2010, segue la procedura di alienazione e cessione del diritto di superficie mediante asta pubblica avviata dal Comune e aggiudicata dalla Superconti e ha per oggetto la disciplina di alcuni profili dell'aggiudicazione, come ad esempio la fissazione dei termini per la stipula del contratto definitivo. Secondo la società resistente, l'accordo in questione avrebbe natura privatistica, quale contratto preliminare di compravendita immobiliare. Si tratterebbe infatti di un negozio avente ad oggetto la disciplina dei soli aspetti patrimoniali di un rapporto amministrativo in relazione al quale il momento discrezionale della funzione si è già

---

[5] Basti pensare che, nel contributo di Giacchetti, *Gli accordi dell'art. 11 della legge n. 241 del 1990 tra realtà virtuale e realtà reale*, Rielaborazione della relazione tenuta al 42° convegno di studi amministrativi su *Procedimenti e accordi nell'amministrazione locale*, 19-21 settembre 1996, Tremezzo, in *www.lexitalia.it*, si osservava come la disciplina messa a punto con l'art.11 della legge 241 sembrasse quasi un'opera visionaria, dal momento che nessun accordo aveva ancora visto la luce a distanza di qualche anno, "non perché, in astratto, non potessero nascere ma perché, in concreto, sono mancate le condizioni giuridico-sociologiche per farli nascere: così come mancherebbe la possibilità di far nascere un blocco di ghiaccio nell'acqua bollente". Sulla scarsa fortuna degli accordi nei primi dieci anni di vita, si veda in particolare il contributo di Pioggia, *Gli accordi nell'azione amministrativa fra teoria e prassi; vita e fortuna degli strumenti convenzionali nei primi anni di applicazione della l.241*, in Arena, Marzuoli, Rozo Acuña (a cura di), *La legge n. 241/1990: fu vera gloria? Una riflessione critica a dieci anni dall'entrata in vigore*, Napoli, ESI, 2001, 275 ss.

esternato in un provvedimento e pertanto riconducibile ai c.d. contratti di diritto pubblico. Quindi, ad avviso della resistente, l'accordo in questione, al di là del *nomen iuris* non sarebbe riconducibile sotto il profilo contenutistico agli accordi di cui all'art. 11 della l. n. 241/90, risultando assente qualsiasi profilo di discrezionalità dell'amministrazione e venendo in questione un atto paritetico privo di potere autoritativo. Contrariamente, ad avviso del Comune, l'accordo, avendo ad oggetto la determinazione del contenuto discrezionale del provvedimento di aggiudicazione, sarebbe ascrivibile agli accordi disciplinati dall'art. 11 della l. n. 241/1990.

Il giudice, al fine di identificare la corretta natura giuridica dell'accordo in questione e di verificare se lo stesso possa essere considerato un accordo ai sensi del richiamato art. 11, individua due profili in particolare a cui guardare per distinguere un accordo amministrativo da un contratto di diritto comune.

Il primo riguarda l'aspetto contenutistico, il profilo oggettivo del negozio giuridico. Sul punto, la sentenza sottolinea che il tratto caratterizzante un accordo *ex* art. 11 della legge 241/1990 è rappresentato dalla titolarità in capo all'amministrazione di *discrezionalità* amministrativa e dall'esercizio di *potere autoritativo*. In altre parole, a differenza degli atti di natura privata che l'amministrazione può perfezionare quando agisce in via non autoritativa, nel caso degli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento, l'amministrazione dispone del potere di determinare in più modi l'assetto degli interessi in gioco nella prospettiva del miglior perseguimento dell'interesse pubblico. È la sussistenza di questo potere a giustificare una diversa disciplina ed una diversa giurisdizione rispetto ai contratti di diritto comune.

Il secondo profilo riguarda la collocazione dell'accordo nel contesto del procedimento. Oltre al requisito contenutistico, al fine di identificare un accordo *ex* art. 11, va anche verificato che si collochi sul piano procedimentale all'interno del procedimento come suo segmento e non successivamente alla emanazione del provvedimento finale e conclusivo[6].

Alla luce dei criteri suesposti, il collegio ritiene di poter inquadrare l'accordo in questione quale accordo integrativo del provvedimento di aggiudicazione, riconducibile al generale schema degli accordi sul contenuto e/o sostitutivi del provvedimento previsto dall'art. 11 della l. n. 241/1990.

Infatti, quanto al profilo della collocazione nel contesto procedimentale, ne emerge il perfezionamento soltanto nella fase successiva al procedimento di aggiudicazione, nonché la preventiva autorizzazione alla sottoscrizione dell'accordo[7]. L'accordo, collegandosi funzionalmente all'aggiudicazione

---

[6] *Ex multis* Cass., sez. un., 24 giugno 1992, n. 7773; id., sez. un. 17 aprile 2009 n. 9151; Cons. St., sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2636.

[7] La deliberazione di autorizzazione allo stipulando accordo appare assimilabile alla determinazione preparatoria di cui al comma 4 *bis* dello stesso art. 11 della legge 241/90.

e costituendo integrazione delle condizioni fissate dalla *lex specialis*, va considerato come "appendice seppur cronologicamente postuma del procedimento amministrativo".

Dal punto di vista contenutistico, spicca l'elemento obiettivo della evidente integrazione degli elementi contrattuali sostanziali stabiliti negli atti di gara. Con l'accordo in oggetto vengono infatti disposte modifiche sostanziali dell'assetto degli interessi definito in sede di avviso d'asta pubblica, "il che determina innanzitutto, una innegabile integrazione della disciplina autoritativa ed un inserimento dell'accordo nella fase procedimentale preordinata alla dismissione del bene pubblico".

L'aspetto più delicato è rappresentato proprio dalla verifica della titolarità in capo all'amministrazione di discrezionalità amministrativa, che, sulla base di quanto precedentemente detto, rappresenta l'aspetto caratterizzante e determinante. Osserva il giudice che, per il principio di legalità dell'azione amministrativa, non sarebbe possibile qualificare come accordi fattispecie negoziali inerenti l'esercizio di potere autoritativo *vincolato*. Non è dunque sufficiente verificare la sola presenza di potere autoritativo, ma è necessario che si tratti di potere discrezionale. In proposito, ricorda il collegio che in giurisprudenza sono stati ritenuti ammissibili anche accordi in procedimenti del tutto vincolati, limitatamente agli aspetti che presentino nel *quando* o nel *quomodo* elementi di discrezionalità[8]. Nel caso di specie, il collegio ritiene di poter dare risposta affermativa alla presenza del profilo della "discrezionalità", pur se i procedimenti concorsuali per l'alienazione del patrimonio pubblico presentano natura tendenzialmente vincolata, non diversamente dai procedimenti per l'aggiudicazione degli appalti pubblici, dal momento che "l'amministrazione comunale, ha inteso diversamente regolamentare alcuni aspetti dell'aggiudicazione, *reputando maggiormente confacente al pubblico interesse* introdurre le modifiche descritte (…)". Trattandosi dunque di modifiche suscettibili di modificare l'assetto degli interessi in gioco, il collegio individua l'esercizio di un potere discrezionale, che, quale tratto distintivo degli accordi *ex* art. 11 della legge n. 241/240, consente di configurare l'accordo in oggetto quale accordo integrativo di provvedimento, con tutte le conseguenze che ciò implica, sotto il profilo della disciplina, dell'ambito della giurisdizione e della tutela processuale.

---

[8] V. Cons. St., sez. VI, 15 maggio 2002 n. 2636; id., sez. VI 10 dicembre 2007, n. 6344; TAR Liguria, sez. I, 13 giugno 2006, n.542. Va detto che secondo una tesi più restrittiva invalsa presso la giurisprudenza civile, rimarrebbero nella sfera privatistica del contratto "ad oggetto pubblico" estranea all'art. 11 della legge 241, i negozi giuridici ove l'elemento della autonomia negoziale non si estenda anche al contenuto del negozio ovvero alle prestazioni ivi dedotte (vedi in riferimento alle cessioni volontarie oggi disciplinate dall'art. 45 del d.p.r. n.327/2001, Cass., sez. II, 22 maggio 2009, n.11955; id., sez. un., 24 aprile 2007, n.9845; id., sez. I, 17 marzo 2006, n.6003; id., sez. I, 9 maggio 2000, n. 5848; id., 2 marzo 1999, n.1730; id., 16 marzo 1994, n. 2513; id., 4 novembre 1994, n. 9130.

Con riferimento a quest'ultima, il giudice accoglie positivamente la domanda presentata dal Comune volta a conseguire pronuncia costitutiva ai sensi dell'art. 2932 c.c. La questione è piuttosto delicata, considerando i problemi che ciò implica quando sia la parte privata ad agire per sentenza costitutiva. Piuttosto discussa è infatti la possibilità per il privato contraente di ottenere tutela in forma specifica nei confronti dell'Amministrazione in ipotesi di inadempimento degli obblighi assunti con l'accordo.[9]

Nel caso in esame, ritiene il collegio che non vi siano ostacoli per ammettere la possibilità per il giudice amministrativo di garantire la piena ed effettiva tutela della posizione soggettiva dell'amministrazione, "poiché i diritti soggettivi, inclusi naturalmente quelli degli enti pubblici, derivanti dall'accordo ai sensi dell'art. 11 L.241/90, debbono godere anche della tutela costitutiva offerta dall'art. 2932 c.c. quale generale rimedio in forma specifica per l'inadempimento di obblighi di contrattare di fonte negoziale o legale".[10]

Nella sentenza si osserva che la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 133 c. 1 lett. a) 2) cod. proc. amm., in tema di "formazione, conclusione ed esecuzione" degli accordi, opererebbe in maniera "ampia" ed estensiva rispetto alla giurisdizione esclusiva sulle controversie concernenti l'affidamento di appalti pubblici. Infatti in questo caso la giurisdizione è estesa alla fase di esecuzione, e dunque si riconosce all'amministrazione la possibilità di rivestire in giudizio la posizione di attore/ricorrente al fine di ottenere sentenza costitutiva *ex* art 2932 c.c.

Volendo concludere con brevi osservazioni sulla sentenza esaminata, il TAR Umbria sembra complessivamente valorizzare gli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento, probabilmente riconoscendo le potenzialità insiste in questi strumenti e sulle quali più avanti si rifletterà. Certamente apprezzabile risulta l'opera di chiarimento relativa ai profili identificativi di un accordo amministrativo e distintivi rispetto ad un contratto di diritto comune. Sul punto, l'interpretazione del collegio, nel caso di specie, sembra essere piuttosto flessibile, non operando con eccessiva rigidità intorno alla ricerca del requisito di esercizio di potere discrezionale. Infatti, pur riconoscendo che il procedimento da cui scaturisce la controversia presenta natura tendenzialmente vincolata, il TAR individua nella diversa regolamentazione

---

[9] Tutela che la giurisprudenza individua oltre che nell'azione demolitoria in quella *contra silentium* di cui all'art. 117 c.p.a. in considerazione della posizione di interesse legittimo a fronte dell'esercizio di un potere autoritativo (Cons. St., sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2636) ma che oggi potrebbe forse trovare ulteriore sviluppo nell'azione di adempimento introdotta nel secondo correttivo (d.lgs. 14 settembre 2012, n.160) al Codice del Processo amministrativo con la novellazione dell'art. 34 comma 1 lett. c) del Codice, nei limiti di cui all'art. 31 comma 3 (ovvero in presenza di attività vincolata) e contestualmente all'azione di annullamento.

[10] Cass., sez. II, 30 marzo 2012, n. 5160; id., 8 agosto 1987, n. 6792; id., 15 aprile 2004, n. 7157; id., 23 maggio 2008, n. 13403; TAR Calabria – Catanzaro, sez. I, 25 agosto 2012, n. 880.

di alcuni aspetti dell'aggiudicazione – oggetto dell'accordo – profili di discrezionalità, dal momento che tali modifiche derivano da una valutazione che le ha reputate *maggiormente confacenti al pubblico interesse*.

Anche sul piano della tutela processuale il giudice mostra una certa apertura e flessibilità, riconoscendo, in questi casi, tutela costitutiva per la P.A. Probabilmente questo orientamento si lega al riconoscimento della rilevanza dell'istituto degli accordi e si pone il linea con il *favor* mostrato dallo stesso legislatore e già richiamato in apertura.

3. La sentenza n. 238 del 5 maggio 2014 ha ad oggetto una controversia tra la società Findem s.r.l. ed il Comune di Spoleto che in questa sede non verrà esaminata nella sua interezza, limitando l'analisi ai soli aspetti che ci consentono di proseguire la riflessione in materia di accordi integrativi o sostitutivi, avviata con la pronuncia *supra* esaminata. Ancora una volta, la corretta qualificazione ed interpretazione giuridica dell'accordo sottoscritto tra le parti risulta dirimente ai fini della decisione del collegio ed è appunto da qui che la prima sezione del TAR Umbria parte, riprendendo le considerazioni già esposte in occasione delle sentenza n. 59/2014.

In questo caso, l'accordo sottoscritto tra la Findem ed il Comune di Spoleto in data 23 novembre 2000 consiste in un negozio giuridico con cui l'Amministrazione si impegna - per i profili che qui più rilevano - a procedere al rilascio della concessione edilizia in favore della Findem per interventi residenziali (secondo quanto già previsto nel piano particolareggiato del Comune), attivandosi anche per la messa in sicurezza dell'area e per la riperimetrazione del vincolo da parte dell'Autorità di Bacino; di contro, la Findem si obbliga alla cessione gratuita delle aree di relativa esclusiva proprietà necessarie alla realizzazione di un parcheggio pubblico. Si tratta di aree che erano state ricomprese tra quelle da espropriare per la realizzazione di un progetto comunale sulla mobilità alternativa. La Findem ritiene il suddetto accordo non idoneo al trasferimento del diritto di proprietà, in quanto qualificabile alla stregua di un preliminare di cessione volontaria e divenuto inefficace poiché travolto dalla sopravvenuta scadenza della dichiarazione di pubblica utilità, in relazione al decorso del termine decennale di approvazione del piano particolareggiato. Pertanto l'occupazione della aree, ancora di sua proprietà, da parte del Comune, sarebbe del tutto illecita e chiede dunque, tra le altre cose, la condanna del Comune di Spoleto alla cessazione immediata dell'occupazione *sine titulo* dei terreni di sua proprietà ed a valutare e decidere, in alternativa all'acquisto in via autoritativa, se procedere o meno a concludere un accordo bonario.

Il Comune chiede invece il riconoscimento del proprio diritto di proprietà sulle aree in questione, dal momento che l'accordo in questione sarebbe da considerarsi definitivo ed efficace. Primo, perché non si tratterebbe semplicemente di un "accordo amichevole sull'ammontare dell'indennità", ma di una convezione intesa come ampio accordo riconducibile al *genus* dell'art. 11 della legge 241/1990 inerente l'assetto urbanistico del comparto. Inoltre,

sarebbe qualificabile anche quale accordo integrativo del futuro permesso di costruire per gli interventi residenziali. Il Comune sostiene dunque la natura mista dell'accordo, in parte assimilabile ad un contratto di cessione volontaria quanto all'aspetto espropriativo ed in parte riconducibile ad accordo integrativo del futuro permesso di costruire. In via subordinata al riconoscimento del diritto del proprietà, il Comune promuove azione per ottenere l'esecuzione specifica dell'obbligo di cessione da parte della ricorrente principale ai sensi dell'art. 2932 c.c., considerato che la natura definitiva dell'accordo di trasferimento comporterebbe il diritto dell'Amministrazione ad ottenere una sentenza costitutiva.

Il giudice risolve la questione ed individua la corretta qualificazione giuridica dell'accordo in oggetto a partire dai parametri già messi a punto dal TAR Umbria nella sentenza n. 59/2014.

Sotto il profilo contenutistico ed oggettivo, per gli aspetti disciplinati dall'accordo in questione, lo stesso costituisce strumento consensuale dell'esercizio di un potere autoritativo. Infatti, con l'accordo si disciplinavano sia alcuni aspetti del futuro permesso di costruire sia l'obbligo di cessione gratuita dell'area della Findem per la realizzazione del parcheggio pubblico. Il giudice, pur non condividendo pienamente quanto sostenuto dalla difesa civica[(11)], conferma la natura mista dell'accordo e, dato che da un punto di vista oggettivo, è espressione di discrezionalità amministrativa, può essere ricondotto al *genus* dell'art. 11 della legge n. 241/1990. Ribadendo l'orientamento già esposto dal TAR Umbria , il giudice chiarisce infatti che "gli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento disciplinati dall'art. 11 della legge 241/90 e s.m. si differenziano dai contratti di diritto comune innanzitutto per l'inerenza, sotto il profilo dell'oggetto, al contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sua sostituzione, dovendosi pertanto verificare la titolarità in capo all'Amministrazione di *discrezionalità amministrativa* circa l'oggetto specifico dell'accordo, vale a dire il potere di determinare in più modi l'assetto degli interessi in gioco nella prospettiva del miglior perseguimento dell'interesse pubblico". Dunque, ancora una volta, viene ribadito che l'aspetto caratterizzante un accordo integrativo o sostitutivo è la titolarità di discrezionalità amministrativa in ordine all'oggetto dell'accordo. La sussistenza di potere autoritativo identifica e distingue gli accordi dai negozi di diritto comuni, mediante i quali la pubblica amministrazione opera quando agisce infatti in via non autoritativa.

[(11)] Secondo il giudice, la prevista gratuità della cessione in luogo del corrispettivo dell'atto di cessione (oggi previsto dall'art. 45 comma 2 d.p.r. 327/2001), non può eziologicamente ricondursi alla maggior volumetria derivante dall'accordo stesso; infatti, il *quantum* degli interventi residenziali consentiti trova già la propria autonoma previsione nel piano particolareggiato adottato dal Comune. Ciò premesso, il giudice rileva comunque come la prevista cessione gratuita si collochi nel più ampio contesto di regolamentazione dell'assetto del territorio comunale, rientrando nel *genus* dell'art. 11 della legge n.241/1990.

Come già evidenziato nell'analisi della prima sentenza, l'aspetto problematico potrebbe però riguardare la riconducibilità di un negozio giuridico all'art. 11 nel caso in cui ci sia esercizio di potere autoritativo, ma lo stesso si collochi tra vincolatività e discrezionalità. Come visto, nella precedente sentenza il TAR Umbria sembra aver avuto un approccio piuttosto flessibile sul punto. Nel caso di specie, vengono nuovamente riprese le considerazioni già esposte, richiamando la giurisprudenza orientata ad ammettere anche accordi in procedimenti del tutto vincolati, limitatamente agli aspetti che presentino nel *quando* o nel *quomodo* elementi di discrezionalità. Ritenendo l'accordo in esame riconducibile all'art.11, il collegio rifiuta dunque quella tesi più restrittiva invalsa presso la giurisprudenza civile proprio in riferimento alle cessioni volontarie (oggi disciplinate dall'art. 45 del d.p.r. n.327/2001), secondo la quale queste rimarrebbero nella sfera privatistica del contratto "ad oggetto pubblico" estranea all'art. 11 della legge 241, in quanto "negozi giuridici ove l'elemento della autonomia negoziale non si estende anche al contenuto del negozio ovvero alle prestazioni ivi dedotte"[(12)]. Ancora una volta, dunque, il giudice, in ordine al requisito dell'esercizio di potere amministrativo, sembra mostrarsi piuttosto flessibile, ammettendo la riconducibilità all'art.11 dell'accordo avente ad oggetto la cessione volontaria di beni nell'ambito di un procedimento di espropriazione per pubblica utilità. Sul punto, il TAR Umbria si allinea dunque alla prevalente giurisprudenza amministrativa, essendo stata proprio l'ipotesi di cessione volontaria di beni nell'ambito di un procedimento di espropriazione per pubblica utilità, al centro di una contrapposizione tra la giurisprudenza del Consiglio di Stato e quella della Corte di Cassazione, dove il primo ha sostenuto la riconducibilità della cessione volontaria all'art. 11 della legge 241[(13)], mentre la Suprema Corte ha escluso che potesse rientrare nel *genus* dell'accordo *ex* art. 11.[(14)]

La possibilità di operare una valutazione su quale sia la soluzione maggiormente confacente ai diversi interessi coinvolti ed, ovviamente, all'interesse pubblico, identifica l'esercizio di discrezionalità e dunque legittima l'ambito di operatività dell'art. 11.

Infine, per quanto attiene al secondo parametro, ossia la collocazione in seno al procedimento amministrativo, osserva il TAR Umbria come, nel

---

[(12)] Cass., sez. II, 22 maggio 2009, n.11955; id., sez. un., 24 aprile 2007, n.9845; id., sez. I, 17 marzo 2006, n.6003; id., sez. I, 9 maggio 2000, n.5848; id., 2 marzo 1999, n.1730; id., 16 marzo 1994, n.2513; id., 4 novembre 1994, n.9130; *contra* Cons. St., sez. VI, 14 settembre 2005, n.4735; TAR Calabria - Reggio Calabria, 18 luglio 2007, n.688.

[(13)] V. anche Cons. St., sez. V, 20 agosto 2013, n. 4179.

[(14)] V. anche Cass., sez. un., 6 dicembre 2010, n. 2468. I giudici amministrativi di primo grado si sono in alcuni casi allineati alla Cassazione. Cfr. ad es. TAR Campania, Salerno, 28 febbraio 2014; TAR Puglia, Lecce, 7 febbraio 2014, n. 1545; TAR Molise, 1 giugno 2011, n. 354.

caso in esame, emerge la collocazione in seno al procedimento espropriativo, confermando dunque la riconducibilità all'art.11 della legge 241/1990. Nel caso di specie, l'accordo risulta privo di effetti reali, in quanto considerato dal giudice non definitivo; pertanto,al fine di risolvere la controversia, le successive riflessioni compiute dal collegio partono da questa condizione ed ovviamente non verrà ritenuta ammissibile la proposta di azione da parte del Comune *ex*. 2932 c.c.

4. La disciplina posta dal legislatore con l'art. 11 della legge 241, prevede che "*in accoglimento di osservazioni e proposte presentate a norma dell'art. 10*", intitolato ai diritti dei partecipanti al procedimento, *"l'amministrazione procedente può concludere (...) accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sostituzione di questo*". Sulla base di tale norma sono dunque delineate le nozioni degli accordi integrativi - con i quali si concorda il contenuto discrezionale del provvedimento - e degli accordi sostitutivi, che prendono il posto del provvedimento finale. Il legislatore del 1990 ha così introdotto, per la prima volta, un modulo di attività amministrativa consensuale utilizzabile come strumento generale e ordinario di azione amministrativa[(15)]. Ciò che caratterizza un accordo integrativo o sostitutivo *ex* art. 11, legge n.241/1990, e lo contraddistingue da un contratto di diritto comune, anche ad oggetto pubblico, è la titolarità in capo all'amministrazione - e dunque l'esercizio - di potere autoritativo. In dottrina, già negli anni immediatamente successivi alla formulazione della norma, è stata colta questa caratteristica, osservando come siano ricomprese nell'art. 11 "tutte le fattispecie concorsuali nelle quali l'amministrazione interviene, *non usando della propria autonomia privata*, ma nell'esercizio di un potere funzionalizzato al perseguimento del fine pubblico indicato dalla norma"[(16)]. La stessa Corte Costituzionale ha poi evidenziato e confermato questo aspetto, qualificando gli accordi quali "forme mediate di esercizio del potere autoritativo"[(17)], seppur ai fini della legittimità costituzionale della devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle controversie sui "comportamenti" in materia di governo e trasformazione del territorio. La Corte ha infatti osservato comel'istituto della giurisdizione esclusiva, che si applica solo nei casi in cui c'è esercizio di potere amministrativo, operi in presenza degli accordi *ex* art. 11, in quanto riguardano l'esercizio di potere autoritativo, che è dunque il *presupposto indispensabile* per ricorrere a tali accordi. Il potere autoritativo è anche l'elemento chiave per distinguerli dai contratti

---

[(15)] Così in Pioggia, *La concessione di pubblico servizio come provvedimento a contenuto convenzionalmente determinato: un nuovo modello per uno strumento antico*, in *Dir. pubbl*., 1995, 3, 567.

[(16)] *Ibidem*, 623.

[(17)] V. Corte Cost. sentt. n. 204 del 6 luglio 2004 e n. 191 dell'11 maggio 2006.

di diritto comune: infatti, pur potendo avere identico oggetto, è la genesi ad essere diversa e, nel caso dell'accordo, questa si accompagna a potere e procedimento amministrativo. Il concetto di potere autoritativo non si esaurisce ai casi di intervento unilaterale dell'amministrazione, mediante la scelta autoritativa e l'imposizione, essendo ormai da tempo superata la concezione tradizionale del potere e della funzione amministrativa che non tollerava alcun intervento del privato nella definizione e nella espressione del provvedere dell'amministrazione.[18] Il più ampio concetto di "potere di scelta"[19] comprende in sé tanto le caratteristiche della scelta autoritativa ed impositiva, quanto quelle dell'attività di valutazione, comparazione e selezione di soluzioni differenti. Gli accordi disciplinati dall'art. 11 sono la perfetta espressione di questo concetto, dato che l'amministrazione non si spoglia del proprio potere autoritativo, di cui rimane titolare, ma rinuncia ad esercitarlo unilateralmente, optando per una negoziazione dello stesso. Ma, anche di fronte alla traduzione pattizia, il potere amministrativo non diventa potere privato.

Anche guardando alla giurisprudenza amministrativa, diverse pronunce evidenziano la natura pubblica di tali accordi e ravvisano nell'esercizio del potere amministrativo il tratto peculiare degli accordi, quali *"innovativa modalità di esercizio del potere amministrativo attuato attraverso un modulo bilaterale consensuale" (…)* dove *"la potestà esercitata rimane pubblica, e quindi, istituzionalmente funzionalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico di cui è titolare l'amministrazione e soggetta alle regole generali dell'attività amministrativa, in parte diverse da quelle che disciplinano l'attività contrattuale privatistica"*.[20]

Se possa parlarsi di accordo *solo* nel caso in cui detto potere abbia natura discrezionale, rimane un aspetto dibattuto, in quanto esistono delle zone grigie tra vincolatività e discrezionalità che potrebbero creare dubbi. In merito, il TAR Umbria sembra aver mostrato un approccio flessibile. L'istituto *ex* art.11 può diventare utile strumento di *accordo* tra amministrazione e privato anche nei casi in cui, pur in presenza di procedimenti tendenzialmente vincolati, residuano spazi di discrezionalità in capo all'amministrazione, spazi di valutazione di come meglio soddisfare gli interessi in gioco, e la stessa decida di non agire in via autoritativa, ma definendo consensualmente le modalità di azione. Ciò che si evince, è l'accento posto più sulla necessaria sussistenza di potere amministrativo esercitato per meglio soddisfare l'interesse pubblico, che sulla sua natura.

---

[18] Cfr. Pioggia, *La concessione di pubblico servizio come provvedimento a contenuto convenzionalmente determinato: un nuovo modello per uno strumento antico*, cit., 631.

[19] V. Sorace, *Gli "interessi di servizio pubblico" tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, in *Foro it*., 1988, V, c. 205.

[20] TAR Puglia, sentenza n. 899 del 2013.

Dunque, il potere inteso nella sua accezione più ampia, quale potere di scelta degli strumenti più idonei a raggiungere i fini dati. Probabilmente è in quest'ottica che devono essere lette le parole ribadite dal giudice in entrambe le sentenze: "l'ambito di operatività degli accordi coincide, pertanto, con quello di negoziabilità dell'esercizio del potere amministrativo, anche se pare più corretto parlare anziché di negoziazione del potere, di *definizione consensuale delle relative modalità di esercizio*". Dunque, non negoziazione, ma "definizione consensuale delle modalità di esercizio" del potere. Sembrerebbe questa una definizione che meglio si adatta anche a quei casi in cui non si può parlare di piena discrezionalità amministrativa, a quei casi dove, appunto, più che negoziare un potere, perché circondato da vincoli, ci si può accordare sulle sue modalità di esercizio.

Questa interpretazione flessibile che tende a identificare gli accordi *ex* art. 11 sulla base dell'esercizio di potere amministrativo, a prescindere dal "contesto" di discrezionalità, ha certamente l'effetto di estendere l'ambito di operatività della norma e probabilmente si giustifica in ragione del generale *favor* che a tali accordi viene riconosciuto. Un *favor* non scontato e non da sempre accordato. A dieci anni dall'entrata in vigore della legge n. 241/1990 veniva infatti rilevato come, in relazione alla fattispecie introdotta dall'art.11, si potesse parlare di un duplice fallimento.[21] Da un lato per lo scarso utilizzo nella prassi amministrativa, dall'altro per lo stesso atteggiamento della giurisprudenza, anche amministrativa, che veniva annoverata tra i principali artefici della scarsa fortuna pratica degli accordi disciplinati dall'art. 11.[22] Probabilmente ciò si spiega in ragione del fatto che l'istituto degli accordi è espressione di un profondo cambiamento di prospettiva sugli schemi dell'agire amministrativo, che necessita di tempi lunghi per essere assimilato. La cultura dell'unilateralità è (stata) certamente difficile da superare, ma nel corso degli ultimi anni, tanto da parte del legislatore quanto dalla giurisprudenza amministrativa, si evince il tentativo di dare un nuovo impulso all'esercizio consensuale del potere amministrativo, valorizzando proprio lo strumento degli accordi *ex* art. 11.

5. Il primo comma dell'art. 11 prima richiamato, prosegue concludendo che tali accordi possono essere conclusi "*in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse*". Proprio in queste parole si può evincere la *ratio* alla base dell'istituto degli accordi.[23] Vi sono cioè dei casi nei quali l'interesse

---

[21] V. Pioggia, *Gli accordi nell'azione amministrativa fra teoria e prassi*, cit.

[22] Come evidenziato anche da Zanetti, *Gli accordi amministrativi previsti dalla legge n. 241 alla prova dei fatti: l'affermarsi della negozialità nell'esercizio del potere pubblico*, in Arena, Marzuoli, Rozo Acuña (a cura di) *La legge n. 241/1990: fu vera gloria? ..,* cit., 355 ss.

[23] Cfr. Bigolaro, *La partecipazione del privato al procedimento amministrativo e gli accordi ex art. 11 della legge n. 241 del 1990,* in *www.lexitalia.it*, n. 7-8/2014.

pubblico può essere meglio perseguito con strumenti consensuali piuttosto che con strumenti autoritativi. Come si avrà modo di meglio approfondire in seguito, il modello dell'accordo può infatti comportare dei vantaggi, in termini di risparmio di tempo e di risorse pubbliche, ma anche di una maggiore certezza del rapporto e di un più sicuro raggiungimento dei risultati perseguiti. Probabilmente, proprio per queste ragioni, dall'esame delle sentenze si evince il riconoscimento di una particolare rilevanza all'istituto degli accordi, in linea con il già richiamato atteggiamento del legislatore, che ha cercato di incentivare il ricorso alla conclusione degli accordi, trasformandoli da strumenti tipici a modello generale.[24] L'apertura del comma 1*bis* dell'art. 11 conferma certamente quanto detto, laddove invita il responsabile del procedimento ad attivarsi "*al fine di favorire la conclusione degli accordi* di cui al comma 1".

Si tratta di un riconoscimento che merita di essere condiviso, dal momento che la disciplina degli accordi amministrativi *ex* art. 11, legge 241/1990, può essere considerata una delle massime applicazioni del principio del giusto procedimento. L'istituto degli accordi, rientrante tra quelli partecipativi di cui al Capo III della legge 241/90, rappresenta infatti non solo un'applicazione del principio di partecipazione al procedimento amministrativo, ma più in generale, può essere visto come attuativo del principio del giusto procedimento.

Il principio del giusto procedimento si presta a due letture. Da un primo punto di vista, valorizzando l'elemento *oggettivo* e *funzionalista*, si intende come *giusto* quel procedimento che si realizza mediante una serie di istituti in grado di favorire la partecipazione e l'apporto collaborativo dei privati al fine di giungere al *migliore risultato*, al migliore provvedimento. In questi termini, prevale una visione sostanzialistica dove rileva il grado di apporto partecipativo. Da un secondo punto di vista, valorizzando l'elemento *soggettivo* e *garantista*, si intende il *giusto* procedimento in relazione al grado di contraddittorio consentito, in funzione *difensiva* e di *tutela* per il privato. In questo caso il giusto procedimento non si misura tanto in relazione al risultato *contenuto* nel provvedimento, ma piuttosto alla possibilità per i

---

[24] Uno dei principali limiti ad una piena affermazione dell'istituto veniva infatti individuato proprio nella originaria formulazione della 241, che, con riferimento agli accordi sostitutivi, richiedeva un'apposita previsione normativa che tipizzasse ciascuna singola figura di accordo, limitandosi così a prevedere uno strumento il cui concretizzarsi era rimesso alle scelte del futuro legislatore, che furono praticamente assenti. In proposito, v. PIOGGIA, *Gli accordi nell'azione amministrativa fra teoria e prassi,* cit. Questa previsione fu abrogata nel 2005; per le novità apportate alla materia con la legge n.15/2005 si rimanda in particolare a CANGELLI, *Accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*, in PAOLANTONIO, POLICE, ZITO (a cura di) *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005, 265; GIULIETTI, *La conclusione di accordi tra amministrazioni e privati dopo la legge n. 15 del 2005: ambito applicativo e profili sistematici,* in *Rassegna forense,* 2005.

soggetti privati di val valere e tutelare le rispettive posizioni.[25]

Le due letture non sono da considerarsi come alternative; al contrario, l'una integra l'altra e complessivamente danno senso e contenuto al principio. Ciò premesso, è facilmente intuibile come l'istituto degli accordi possa essere considerato una delle più alte espressioni del principio: la partecipazione e l'apporto collaborativo dei privati raggiunge il suo massimo livello, dal momento che l'amministrazione, pur non spogliandosi del suo potere, lo esercita consensualmente. Tramite la definizione consensuale delle modalità di esercizio del potere amministrativo, il privato contribuisce direttamente a definire, in tutto o parzialmente, il contenuto del provvedimento finale (nel caso in cui l'accordo sia integrativo) o dell'accordo che lo sostituisce. In questi termini, l'istituto si pone come diretta e immediata applicazione del principio in quella che è stata richiamata come prima lettura: il provvedimento "concordato" sarà più facilmente quello con il miglior esito realizzabile. La partecipazione attiva dei privati, a partire dalla proposta, alla fase delle trattative, di istruttoria, contribuisce senza dubbio a soddisfare il principio e a far scaturire un "miglior provvedimento".[26] Tra i possibili vantaggi che ciò comporta, va certamente evidenziata la possibilità di determinare contenuti specifici, frutto di una elaborazione in grado di dare una maggiore effettività alla decisione. Ad esempio, in quei settori caratterizzati da un forte tecnicismo dove le decisioni sono molto complesse, attraverso la collaborazione di più competenze, si arriverà probabilmente a decisioni migliori e meglio eseguibili, consentendo di

---

[25] Questa seconda lettura affonda le sue radici nella tradizione anglosassone (si pensi allo stesso V emendamento della Costituzione americana), dove si è sviluppato il concetto del "dovuto procedimento", dapprima riferito alla tutela giurisdizionale ma poi esteso anche ai procedimenti amministrativi. Dall'ordinamento anglosassone il principio è stato assorbito dall'ordinamento europeo, che l'ha positivizzato e formalizzato. A livello europeo, in riferimento al principio del *giusto procedimento* è possibile richiamare due fonti in particolare: l'art. 41 della Carta di Nizza, che riconosce espressamente il diritto ad una buona amministrazione, e l'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (i cui principi sono da considerarsi principi generale del diritto europeo ai sensi del Trattato dell'Unione Europea), che parla del "diritto ad un equo e giusto processo". Una norma originariamente processuale, poi interpretata dalla CEDU come applicabile anche ai procedimenti amministrativi. A livello interno, il principio del giusto procedimento ha ottenuto un certo riconoscimento dalla stessa Corte Costituzionale, passando da principio generale dell'ordinamento ad un principio di rilievo costituzionale, come chiarito ad esempio in Corte Cost., sentenza n. 152 del 21 giugno 2013, dove la Corte ha sancito l'illegittimità di previsione regionali poiché contrastanti con il principio del giusto procedimento.

[26] In proposito, sembra utile richiamare il comma 1*bis* dell'art.11, il quale prevede che "al fine di favorire la conclusione degli accordi di cui al comma 1, il responsabile del procedimento può predisporre un calendario di incontri cui invita, separatamente o contestualmente, il destinatario del provvedimento ed eventuali controinteressati".

valutare e bilanciare gli interessi in modo più completo ma *semplificando* l'attività amministrativa.[27]

Ancora, la disciplina degli accordi *ex* art. 11 evidenzia come l'istituto si ponga perfettamente in linea anche in riferimento alla seconda lettura del principio del giusto procedimento, prevedendo dei meccanismi di garanzia e tutela nei confronti del privato più incisivi di quanto previsto nella 241 rispetto al provvedimento unilaterale. In particolare, ci si riferisce alla disciplina della possibilità di recesso dall'accordo da parte della P.A., che appare maggiormente garantista per il privato.[28]

Ai sensi del comma 4 dell'art.11 si parla infatti di "autotutela legata", che *obbliga* l'amministrazione a recedere dall'accordo, ma solo nel caso di "sopravvenuti motivi di interesse pubblico" e dunque con una significativa differenza rispetto alla revoca di cui all'art. 21 *quinquies*[29], e comunque prevedendo l'obbligo di indennizzo per eventuali pregiudizi arrecati al privato. A tal fine, la deliberazione preliminare motivata che ai sensi del comma 4 *bis* dell'art.11 deve precedere l'accordo, offre una ulteriore garanzia, dal momento che, cristallizzando le ragioni di interesse pubblico alla base dell'accordo, consente di meglio valutare la sopravvenienza di ragioni legittimanti il recesso della P.A.

I caratteri "garantisti" dell'istituto, uniti agli elementi già richiamati, consentono di evidenziare ulteriori potenziali vantaggi positivi ottenibili mediante il ricorso allo strumento dell'accordo, come una maggiore stabilità della decisione concordata – e quindi deflazione del contezioso – ma soprattutto il perseguimento di un sempre maggiore livello di trasparenza e democraticità dell'azione pubblica.

Ovviamente, il presupposto imprescindibile affinché gli accordi siano un elemento positivo è quello di un sistema in cui il procedimento amministrativo sia aperto alla partecipazione, poiché, paradossalmente, in un sistema privo di forti garanzie procedimentali, gli accordi - anziché costituire un valore aggiunto- potrebbero determinare un abbassamento del livello di giuridicità dell'ordinamento.[30] "Quanto maggiore è il grado di apertura del procedimento nei confronti della libera introduzione degli interessi da parte dei soggetti coinvolti, così da colmare eventuali lacune dell'attività

---

[27] In proposito, v. CAVALLARO, *Sulla configurabilità degli accordi tra pubblica amministrazione e privati come strumento di semplificazione,* in *Nuove autonomie,* n. 3-4/2008, 569.

[28] Per l'esempio di ulteriori meccanismi garantisti, è possibile richiamare in particolare il comma 2 dell'art. 11, il quale prevede l'obbligo di motivazione e la forma scritta *ad substantiam.*

[29] Il recesso unilaterale dall'accordo, infatti, non appare ammissibile nel caso di "mutamento della situazione di fatto" o di "nuova valutazione dell'interesse pubblico originario".

[30] PORTALURI, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali,* Giuffrè, Milano, 1998.

conoscitiva svolta *motu* proprio dalla P.A., tanto più munito sarà l'ordinamento dal rischio che le concrete modalità di definizione consensuale della vicenda occultino l'intento di accondiscendere alla soddisfazione, oltre il lecito o comunque l'opportuno, di posizioni sostanziali private metagiuridicamente egemoni"[(31)].

LAURA BERIONNI

[(31)] *Ibidem*, 32.

T.A.R. UMBRIA – Sez. I – Sentenza 2 agosto 2014, n. 427 – *Pres.* LAMBERTI – *Est.* FANTINI – Cooperativa Polis Soc. Coop. Sociale (Avv.ti E. Delli Cardillo e L. Calzoni) c. Comune di Marsciano (Avv. M. Rampini e R. Baldoni) e Società Cooperativa Sociale ACTL (Avv. L. Anelli)

Contratti Pubblici – Gara – Cauzione provvisoria – Polizza fideiussoria rilasciata su modulistica società garante – Firma non autenticata del procuratore – Causa di esclusione anche in assenza di previsioni specifiche in *lex specialis* - Insussistenza (art. 75 e art. 46, comma 1*bis*, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 s.m.i.)

Contratti Pubblici – Gara – Cauzione provvisoria – Incompletezza – Causa di esclusione – Insussistenza (art. 75 e art. 46, comma 1*bis* d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 s.m.i.)

Contratti Pubblici – Gara – Violazione del termine di *stand still* procedimentale per la stipula del contratto – Causa di invalidità dell'aggiudicazione definitiva – Insussistenza (art. 11, comma 10, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 s.m.i.)

Contratti Pubblici – Gara – Componente commissione giudicatrice che ha svolto prima della nomina funzioni relative al contratto oggetto di aggiudicazione – Incompatibilità – Sussistenza – Effetti - Annullamento atto nomina e atti di gara (art. 84, comma 4, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 s.m.i.)

Nell'ambito di una procedura per l'affidamento di un contratto pubblico, in assenza di prescrizioni della lex specialis *che impongano l'autentica della firma del garante, la presentazione di una polizza fideiussoria rilasciata su modulistica della società garante e sottoscritta*

da un procuratore di quest'ultima, anche non esattamente individuato, possiede i requisiti previsti dall'art. 75 del d.lgs. n. 163 del 2006 ai fini della valida costituzione della cauzione provvisoria. (1)

Nell'ambito di una procedura per l'affidamento di un contratto pubblico, in base al principio di tassatività delle cause di esclusione previsto dall'art. 46, comma 1 bis*, del d.lgs. n. 163 del 2006, non costituisce causa di esclusione la presentazione di una cauzione provvisoria d'importo insufficiente e/o deficitario rispetto a quello richiesto dalla* lex specialis*, ovvero di una cauzione incompleta, dovendo in tali evenienze l'impresa essere previamente invitata dalla Stazione appaltante ad integrare/emendare la cauzione.* (2)

Nell'ambito di una procedura per l'affidamento di un contratto pubblico, l'inosservanza del termine di c.d. stand still *procedimentale per la stipulazione del contratto previsto dall'art. 11, comma 10, del d.lgs. n. 163 del 2006 ovvero del divieto temporaneo di stipula del contratto prima nei trentacinque giorni successivi all'invio dell'ultima comunicazione relativa all'aggiudicazione della relativa gara, non costituisce causa di invalidità dell'aggiudicazione stessa.* (3)

Nell'ambito di una procedura per l'affidamento di un contratto pubblico, lo svolgimento da parte di uno dei membri della commissione giudicatrice diverso dal Presidente di incarichi o, rectius*, di funzioni relative al contratto oggetto della gara prima della nomina a commissario costituisce una causa di incompatibilità ai sensi dell'art. 84, comma 4, del d.lgs. n. 163 del 2006 e determina l'invalidità del provvedimento di nomina della commissione e degli atti relativi alla gara dalla stessa adottati.* (4)

(Omissis) La società cooperativa ricorrente premette di avere partecipato alla procedura aperta, indetta dal Comune di Marsciano, per l'affidamento dei servizi di assistenza domiciliare per persone anziane, diversamente abili e minori e per i servizi di assistenza educativa scolastica, per la durata di ventidue mesi (dall'1 marzo 2014 al 31 dicembre 2015, termine poi posticipato dall'1 aprile 2014 al 31 gennaio 2016), con importo a base di gara pari ad euro 420.000,00, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Impugna in questa sede il provvedimento di aggiudicazione definitiva alla società cooperativa sociale ACTL, di cui alla determinazione n. 162 del 27 marzo 2014, nonché gli atti presupposti, tra cui la determina n. 93 in data 13 febbraio 2014, di nomina della Commissione giudicatrice, ed i verbali di gara, deducendo a sostegno del ricorso i seguenti motivi di diritto:

1) Relativamente alla cauzione provvisoria presentata dalla cooperativa sociale ACTL, violazione dell'art. 4 del disciplinare di gara e dell'art. 10 del capitolato speciale; violazione dell'art. 46, comma 1 bis, del d.lgs. n. 163 del 2006; incertezza sulla paternità, provenienza e contenuto della garanzia presentata in gara dall'impresa aggiudicataria per difetto di sottoscrizione della stessa (è apposta la generica denominazione di "un procuratore"); violazione dell'art. 75 del d.lgs. n. 163 del 2006 e delle modalità di costituzione della cauzione provvisoria che richiedono certezza della provenienza e di colui che firma la medesima anche ai fini della verifica dei poteri del procuratore che sottoscrive per il garante. Discende dall'incertezza dell'identità di colui che sottoscrive per conto del garante la cauzione provvisoria prodotta dalla cooperative ACTL che la medesima doveva essere esclusa dalla gara.

2) Illegittimità dell'aggiudicazione definitiva disposta in favore della società cooperativa sociale ACTL per carenza di motivazione e violazione dell'art. 11, comma 9, del codice dei contratti pubblici; violazione dell'art. 7 del disciplinare di gara, lamentando che la disposta esecuzione anticipata del servizio, prevista nel provvedimento di aggiudicazione, sia immotivata e violi il termine dello *stand still*.

In via subordinata, ai fini dell'annullamento della gara, la società ricorrente deduce i seguenti ulteriori motivi :

3) Violazione dell'art. 83, commi 2, 4 e 5, del d.lgs. n. 163 del 2006; violazione dell'art. 15 del capitolato pubblicato con avviso di rettifica in data 13 gennaio 2014 che non contempla, quale criterio di valutazione delle offerte tecniche, il metodo del confronto a coppie, adottato dalla Commissione giudicatrice; eccesso di potere per carenza di istruttoria, per incertezza e contraddittorietà tra la iniziale previsione dell'art. 15 del capitolato (che tale confronto a coppie prevedeva) e quella derivante dalla rettifica del 13 gennaio 2014; incertezza ed indeterminatezza del criterio di valutazione dell'offerta tecnica.

In ogni caso, la gara *de qua* dovrebbe essere annullata per incertezza ed indeterminatezza del criterio di valutazione dell'offerta tecnica attesa l'assoluta discrepanza ed incompatibilità tra l'art. 15 del capitolato pubblicato in data 14 dicembre 2013 (che prevede il confronto a coppie) e l'art. 15 del capitolato pubblicato il 13 gennaio 2014 (che tale metodo non prevede).

4) In subordine : violazione delle modalità di applicazione del metodo del confronto a coppie, atteso che, come si evince dal verbale n. 2, la Commissione non ha indicato le coppie delle offerte comparate; violazione dell'art. 83, commi 2, 4 e 5, del d.lgs. n. 163 del 2006; eccesso di potere per carenza di istruttoria, difetto di motivazione per impossibilità di ricostruire il percorso valutativo adottato dalla Commissione di gara; sviamento di potere; violazione dell'All. P al regolamento del codice dei contratti pubblici.

5) In ulteriore subordine : violazione delle modalità di applicazione del metodo del confronto a coppie, atteso che la Commissione giudicatrice non ha indicato le coppie delle offerte che ha comparato; eccesso di potere per carenza di istruttoria, impossibilità di ricostruire il percorso valutativo adottato dalla Commissione di gara; violazione dell'art. 83, commi 2, 4 e 5, del d.lgs. n. 163 del 2006; violazione dell'All. P al regolamento del codice dei contratti pubblici.

Il confronto a coppie prevede che ciascun commissario rediga la tabella triangolare caratteristica del confronto a coppie indicando sia l'offerta preferita nel confronto a due a due delle offerte, sia il punteggio di preferenza. Nel caso di specie, in disparte il fatto che non emerge quale sia stato il confronto a coppie, risulta dai verbali delle sedute della Commissione che per ciascun elemento di valutazione della qualità tecnica ed organizzativa è stata compilata un'unica tabella triangolare, ove è confluito il medesimo punteggio concordato tra tutti i commissari. Ogni commissario avrebbe dovuto esprimere la propria preferenza compilando una propria tabella triangolare, mentre la compilazione di un'unica tabella cumulativa in cui è confluito il punteggio concordato tra tutti i commissari è in contrasto con il metodo di valutazione prescelto.

6) Violazione dell'art. 87, comma 4, del d.lgs. n. 163 del 2006; incompatibilità dei membri della Commissione di gara; violazione dell'art. 97 della Costituzione, nell'assunto che la Commissione giudicatrice ha tra i componenti, diversi dal Presidente, il referente dell'esecuzione del contratto, ovvero l'assistente sociale del Comune di Marsciano dr.ssa Silvia Silvestri. Quest'ultima risulta assunta dalla Stazione appaltante con un contratto a tempo indeterminato in organico al settore dei servizi sociali che ha indetto la procedura di gara e che è l'unità organizzativa riferibile al contratto d'appalto oggetto della gara *de qua*.

7) Con riguardo al diniego tacito di accesso agli atti relativi all'offerta progettuale della società cooperativa sociale ACTL : violazione degli artt. 22 e seguenti della legge n. 241 del 1990, nonché dell'art. 13, comma 6, del d.lgs. n. 163 del 2006; eccesso di potere per carenza di istruttoria; violazione del diritto di difesa della cooperativa Polis; violazione dei principi di parità di trattamento, buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa.

Il disconoscimento dell'ostensione del progetto tecnico della società aggiudicataria costituisce un inaccettabile svuotamento del diritto di difesa della cooperativa Polis.

La società ricorrente ha dichiarato la propria disponibilità al subentro nel contratto, ove *medio tempore* stipulato, previa pronuncia di inefficacia del contratto, e chiesto altresì la condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Marsciano e la società cooperativa sociale ACTL puntualmente controdeducendo alle censure avversarie e chiedendone la reiezione.

All'udienza del 25 giugno 2014 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. - Principiando, in ossequio al principio dispositivo, dai motivi graduati in via prioritaria, finalizzati ad ottenere anzitutto l'esclusione dalla gara dell'impresa aggiudicataria, e poi l'annullamento dell'aggiudicazione, va anzitutto esaminato il primo mezzo, con cui si deduce il difetto di sottoscrizione della cauzione provvisoria presentata in gara dalla cooperativa ACTL, inidonea a dare certezza dell'identità del garante, nella misura in cui la polizza fideiussoria indica solamente la dicitura "un procuratore" (dell'assicuratore), senza specificazione del nome della persona fisica.

Il motivo non appare meritevole di positiva valutazione.

La polizza fideiussoria, costituente cauzione provvisoria, presentata dalla controinteressata, possiede i requisiti previsti dall'art. 4.A, 4), del disciplinare di gara ed, in via generale, dall'art. 75 del codice dei contratti pubblici.

La fideiussione risulta sottoscritta dal garante, e nessuna prescrizione di legge o della *lex specialis* di gara richiede l'autentica, anche mediante autocertificazione, della firma del soggetto sottoscrittore. L'esigenza di certezza in ordine alla provenienza della polizza da parte della società che l'ha emessa, con conseguente validità dell'impegno, può ritenersi soddisfatta mediante l'uso di una modulistica proveniente dalla società che ha prestato la garanzia fideiussoria (T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 17 luglio 2003, n. 3588).

Va, del resto, considerato che, in base al principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare pubbliche, introdotto dall'art. 46, comma 1 bis, del d.lgs. n. 163 del 2006, non costituisce causa di esclusione la presentazione di una cauzione provvisoria d'importo insufficiente e/o deficitario rispetto a quello richiesto dalla *lex specialis*, ovvero di una cauzione incompleta, dovendo in tali evenienze l'impresa essere previamente invitata dalla Stazione appaltante ad integrare/emendare la cauzione (in termini Cons. Stato, Sez. III, 5 dicembre 2013, n. 5781).

Si è osservato, da una parte della giurisprudenza che, a stretto rigore, le prescrizioni afferenti la cauzione provvisoria, riportate nell'art. 75 del codice dei contratti pubblici, non prevedono alcuna sanzione di inammissibilità dell'offerta neppure per l'ipotesi in cui la stessa non risulti prestata, diversamente da quanto disposto dal successivo ottavo comma con riferimento alla garanzia fideiussoria del 10 per cento dell'importo contrattuale per l'esecuzione del contratto (T.A.R. Lazio, Sez. I *ter* 9 ottobre 2013, n. 8711).

2. - Il secondo motivo si incentra sulla violazione del termine di *stand still* per effetto della disposta (dal provvedimento di aggiudicazione), seppure immotivatamente, esecuzione anticipata del contratto.

La censura è inammissibile, prima ancora che infondata, nei termini in cui è prospettata, e cioè ai fini dell'annullamento dell'aggiudicazione.

Ed infatti l'inosservanza del termine previsto dall'art. 11, comma 10, del d.lgs. n. 163 del 2006 per la stipulazione del contratto non costituisce causa di invalidità dell'aggiudicazione stessa. La giurisprudenza ha costantemente affermato che l'inosservanza della clausola dello *stand still* non incide sul procedimento di gara, potendo tale circostanza avere effetti sul contratto ed eventualmente rilevare ai fini della valutazione della responsabilità, anche risarcitoria, mentre non ha autonomo rilievo invalidante sull'aggiudicazione (in termini, tra le tante, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 9 aprile 2014, n. 2031; T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. II, 25 giugno 2013, n. 610; 18 aprile 2013, n. 363; T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, Sez. I, 20 ottobre 2010, n. 942). Ciò trova conferma anche nell'ermeneusi della previsione dell'art. 121, lett. c), del cod. proc. amm., alla cui stregua il giudice che annulla l'aggiudicazione dichiara l'inefficacia del contratto solo laddove il mancato rispetto dell'art. 11, comma 10, abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e sempre che tale violazione si aggiunga ai vizi propri dell'aggiudicazione, diminuendo le possibilità del ricorrente di ottenere il bene della vita; resta peraltro ferma l'applicazione delle sanzioni (alternative) previste dall'art. 123 del cod. proc. amm.

3. - Procedendo alla disamina dei motivi graduati in via subordinata, ritiene il Collegio, tenendo conto della censura dedotta e del rapporto logico-giuridico intercorrente tra i vari motivi, di prendere le mosse dal sesto, con cui si deduce la violazione dell'art. 84, comma 4, del codice dei contratti pubblici, lamentandosi l'incompatibilità, quale membro della Commissione giudicatrice diverso dal Presidente, della dr.ssa Silvia Silvestri, che è referente dell'esecuzione del contratto, in quanta applicata al settore dei Servizi sociali, che è l'unità organizzativa interessata dal contratto in questione; la ricorrente genericamente ipotizza anche l'incompatibilità dell'altro componente dr.ssa Lucia Padiglioni.

Allega negli scritti difensivi parte ricorrente che dall'art. 1 del capitolato speciale di appalto si evince che «il servizio viene erogato su indicazione dell'assistente sociale comunale, secondo le procedure previste dalla normativa vigente e in base alle disponibilità delle risorse economico finanziarie»; il che evidenzierebbe inequivocabilmente come la dr.ssa Silvestri sia destinata a svolgere, in fase di esecuzione contrattuale, la propria funzione relativamente al contratto del cui affidamento

si tratta, anche alla stregua dell'insegnamento di Cons. Stato, Ad. Plen., 7 maggio 2013, n. 13.

L'Amministrazione resistente, da parte sua, ha dedotto che la dr.ssa Silvestri svolge la sua prestazione lavorativa, a tempo parziale, seguendo i procedimenti del Tribunale per i Minorenni, e non assolve dunque ad alcun compito in relazione al servizio appaltato, cui sono preposte le assistenti sociali dr.sse Fornetti ed Alessandri.

Il motivo appare meritevole di positiva valutazione, nei termini che seguono.

Su richiesta del Collegio, la responsabile del Settore Servizi Sociali del Comune di Marsciano ha versato agli atti del giudizio una dichiarazione in data 12 giugno 2014, mediante la quale attesta che la dr.ssa Silvestri è impegnata in via prioritaria e pressocchè esclusiva nella gestione degli adempimenti e procedimenti in materia di tutela minorile, e che non sarà chiamata neppure in futuro ad interessarsi dei servizi di assistenza domiciliare ed educativa – scolastica.

Ora, anche a prescindere dalla, pur rilevabile, assenza di atti protocollati recanti la ripartizione dei compiti, e dunque l'assetto organizzatorio dei "servizi sociali" del Comune (tale non è neppure la "comunicazione interna" in data 25 marzo 2014), anche con riferimento specifico alla "dichiarazione di chiarimento" non può non rilevarsi come sia configurabile un ambito di incompatibilità della commissaria Silvestri, atteso che, secondo quanto è dato desumere dal punto 2.2 del capitolato speciale, il servizio di assistenza domiciliare riguarda anche "i minori e le loro famiglie".

Si aggiunga che la dr.ssa Silvestri risulta avere assunto servizio alle dipendenze dell'Amministrazione comunale il 14 febbraio 2014, e la preposizione, peraltro non esclusiva, alla "tutela minorile" è stata definita con la ricordata nota del responsabile in data 25 marzo 2014; nell'arco temporale che va dal 14 febbraio al 25 marzo (nel quale si sono svolte le operazioni di valutazione delle offerte) la stessa dr.ssa Silvestri è stata dunque verosimilmente occupata anche negli altri servizi sociali, ciò rafforzandone la situazione di incompatibilità rispetto alla procedura di valutazione comparativa concorrenziale oggetto di controversia.

Il fondamento di razionalità dell'art. 84, comma 4, del d.lgs. n. 163 del 2006, come evidenziato dalla già ricordata decisione dell'Adunanza Plenaria, è quella di garantire una rigida separazione della fase di preparazione della documentazione di gara con quella di valutazione delle offerte, a garanzia della neutralità del giudizio, ed in coerenza con la regola generalmente sottesa alle cause di incompatibilità dei componenti degli organi amministrativi (in termini anche Cons. Stato, Sez. V, 14 giugno 2013, n. 3316).

Pertanto, se può affermarsi che non sono incompatibili a fare parte

della Commissione giudicatrice tutti i soggetti che, in quanto dipendenti della Stazione appaltante, sono in qualche misura coinvolti nella specifico servizio oggetto dell'appalto, lo sono invece i chiamati a svolgere una funzione relativamente allo specifico contratto.

L'art. 84, comma 4, delinea un'incompatibilità da riferire non già a situazioni future, ma rispetto ad incarichi svolti prima della nomina a commissario (Cons. Stato, Sez. III, 26 gennaio 2012, n. 343).

Giova ribadire che la disposizione in questione è finalizzata ad impedire la presenza nella Commissione di gara di soggetti che abbiano svolto un'attività idonea ad interferire con il giudizio di merito sull'appalto, in grado cioè di incidere sul processo formativo della volontà che ha condotto alla valutazione delle offerte, potendone condizionare l'esito.

4. - L'accoglimento di tale censura, che stigmatizza la partecipazione ai lavori della Commissione giudicatrice di un soggetto incompatibile comporta non solo l'annullamento del provvedimento di nomina della Commissione stessa, ma anche delle determinazioni dalla stessa adottate, ed in particolare del provvedimento di aggiudicazione.

Tale effetto demolitorio consente al Collegio di assorbire gli ulteriori mezzi di gravame, incentrati sull'asserita illegittimità del ricorso al confronto a coppie, quale metodo attuativo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Appare peraltro opportuno, a questo riguardo, per completezza di esposizione, precisare brevemente che la rettifica dell'art. 15 del capitolato speciale, disposta in data 13 gennaio 2014, ha riguardato solamente l'offerta economica, ragion per cui la mancata riproduzione del richiamo del confronto a coppie è frutto di un mero refuso, inidoneo a determinare incertezza od addirittura l'indeterminatezza del criterio di valutazione dell'offerta tecnica.

Non è neppure sostenibile che non sia inferibile dalla documentazione di gara il percorso valutativo compiuto dalla Commissione; ed infatti i dati delle comparazioni si desumono dalle tabelle triangolari allegate ai verbali nn. 2 e 3.

Non sembra neppure persuasivo l'assunto di parte ricorrente che contesta il ricorso ad una tabella cumulativa, la quale sarebbe in contrasto con il metodo del confronto a coppie. Di tale scelta la Commissione ha dato congrua motivazione nel verbale n. 2 (pag. 2), stabilendo «di compilare collegialmente la tabella triangolare, salvo che vi siano discordanze di valutazione da parte dei singoli commissari». Si tratta solamente di una semplificazione del confronto a coppie (il cui *quid proprium* sta nel fatto che ogni elemento qualitativo dell'offerta è oggetto di valutazione attraverso la determinazione di coefficienti all'interno di una tabella triangolare, nella quale le offerte di ogni concorrente sono confrontate a due a due, e per ogni coppia di offerte il commissario indica l'elemento

preferito, attribuendo un punteggio che va da uno a sei), non precluso dalla formulazione dell'All. G al d.p.r. n. 207 del 2010, compatibile con la natura di collegio perfetto della Commissione giudicatrice, e tanto più giustificato anche in ragione del fatto che si verte al cospetto di un appalto, concernente i servizi sociali, rientrante tra quelli previsti nell'All. II B al codice dei contratti pubblici, e quindi assoggettato alla sola disciplina di cui all'art. 20 del codice dei contratti pubblici.

Ne consegue che le censure 3/5 non appaiono meritevoli di positivo apprezzamento.

5. - Destituito di fondamento, oltre che generico, è poi l'ultimo motivo con cui si contesta il silenzio diniego asseritamente maturato sull'istanza di ostensione documentale del 21 febbraio 2014.

Ed infatti, come noto, ai sensi dell'art. 13, comma 2, lett. c), del codice dei contratti pubblici l'accesso, in relazione alle offerte, è differito all'approvazione dell'aggiudicazione, di cui alla determina del 27 marzo 2014. Tanto che risulta poi tempestivamente fissata la data dell'accesso per il successivo 7 aprile 2014.

6. - L'accoglimento del solo sesto motivo di ricorso, relativo alla composizione della Commissione giudicatrice, imponendo la rinnovazione del procedimento di gara, preclude, allo stato, la delibazione della pretesa risarcitoria svolta dalla ricorrente.

Allo stato, può solamente evidenziarsi che, per effetto della sospensione cautelare del provvedimento di aggiudicazione, la società ricorrente, secondo quanto si evince dagli scritti difensivi, ha proseguito, in qualità di gestore uscente, lo svolgimento del servizio, senza subire alcun pregiudizio patrimoniale.

7.- Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono poste a carico dell'Amministrazione resistente, nella misura liquidata nel dispositivo, in favore della sola società ricorrente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, definitivamente pronunciando sul ricorso, lo accoglie, nei sensi di cui alla motivazione, con conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati, nei limiti dell'interesse.

Condanna l'Amministrazione comunale alla rifusione, in favore della società cooperativa Polis, delle spese di giudizio, liquidate in euro millecinquecento/00 (1.500,00).

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa. (*Omissis*)

(1) La cauzione provvisoria mediante polizza fideiussoria nelle gare per l'affidamento di contratti pubblici.

SOMMARIO: 1. *I principi espressi dal TAR Umbria con la sentenza n. 427 del 2014.* – 2. *Delimitazione dell'ambito d'indagine.* – 3. *Cenni storici sull'istituto della cauzione provvisoria.* – 4. *La cauzione provvisoria tramite polizza fideiussoria. Forma e funzione della cauzione.* - 5. *La natura della cauzione provvisoria.* – 6. *La disciplina dei vizi relativi alla cauzione provvisoria prima del d.l. n. 90/2014.* – 7. *La nuova disciplina dei vizi relativi alla cauzione provvisoria dopo l'entrata in vigore del d.l. 90/2014.* – 8. *Conclusioni.*

1. Con la sentenza in commento, il giudice amministrativo umbro ha deciso una controversia insorta durante una gara per l'aggiudicazione di un contratto di appalto pubblico affermando alcuni importanti principi in materia di cauzione provvisoria, incompatibilità dei membri della commissione giudicatrice ed esecuzione anticipata del contratto.

La vicenda sottoposta al Tribunale Amministrativo Regionale trae origine dalla procedura aperta indetta da un Comune umbro per l'affidamento di alcuni servizi socio-assistenziali che era stata aggiudicata alla società prima classificata e di cui la stazione appaltante aveva disposto l'esecuzione anticipata rispetto alla stipula del contratto.

La società seconda classificata aveva impugnato il provvedimento di aggiudicazione e gli altri atti di gara, dichiarando la propria disponibilità a subentrare nel contratto di appalto eventualmente *medio tempore* stipulato, previa declaratoria d'inefficacia dello stesso, chiedendo altresì la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno subito.

Al fine di ottenere l'esclusione dell'aggiudicataria e quindi l'annullamento dell'aggiudicazione, la ricorrente aveva anzitutto dedotto il difetto di sottoscrizione della polizza fideiussoria presentata a titolo di cauzione provvisoria dalla società aggiudicataria della gara, rilasciata da una compagnia assicurativa mediante la compilazione di un modello predisposto dallo stesso garante, sostenendo che la mancata specificazione del nominativo del procuratore della predetta compagnia non fosse idonea a dare certezza dell'identità del garante.

Con il secondo motivo di ricorso, anch'esso finalizzato ad ottenere l'annullamento dell'aggiudicazione, la ricorrente prospettava invece la violazione da parte della stazione appaltante del divieto temporaneo di stipula del contratto previsto dall'art. 11, comma 10, del d.lgs. n. 12 aprile 2006, n. 163 (il "Codice dei Contratti Pubblici") per effetto della disposta esecuzione anticipata dei servizi oggetto di affidamento, evenienza questa che avrebbe reso invalida l'aggiudicazione stessa.

In via subordinata, la ricorrente prospettava una serie di ulteriori censure finalizzate ad ottenere l'annullamento dell'intera gara relative essen-

zialmente a presunti vizi nell'individuazione e nell'applicazione dei criteri di valutazione dell'offerta nonché la sussistenza di una causa di incompatibilità nei confronti di uno dei membri della commissione giudicatrice di gara.

Con la sentenza annotata, il giudice amministrativo umbro ha innanzitutto rigettato la censura prospettata dalla società ricorrente in merito all'invalidità della polizza fideiussoria presentata dall'aggiudicataria.

Secondo il Collegio infatti, anche alla luce dell'assenza di previsioni della *lex specialis* che imponessero l'obbligo di autenticazione della firma del garante, la presentazione di una polizza fideiussoria rilasciata su modulistica della società garante e sottoscritta da un procuratore di quest'ultima, anche non esattamente individuato, possiede i requisiti previsti dall'art. 75 del d.lgs. n. 163 del 2006 ai fini della valida costituzione della cauzione provvisoria.

In linea con un orientamento giurisprudenziale condiviso anche dalla Terza Sezione del Consiglio di Stato, il TAR Umbria ha in ogni caso precisato che, tenuto conto del principio di tassatività della cause di esclusione dalle gare di appalto recentemente introdotto dal legislatore con l'art. 46, comma 1*bis*, del Codice dei Contratti Pubblici, la presentazione di una cauzione di importo insufficiente rispetto a quello individuato dalla stazione appaltante oppure di una cauzione incompleta non determina l'esclusione dell'offerente. In tali ipotesi, infatti, la stazione appaltante avrebbe l'obbligo di invitare l'impresa concorrente ad integrare o emendare la cauzione carente.

Il Collegio ha altresì rigettato la censura relativa all'asserita invalidità dell'aggiudicazione per effetto dell'esecuzione anticipata del contratto in violazione del divieto temporaneo di stipula del contratto nei trentacinque giorni successivi all'invio dell'ultima comunicazione di aggiudicazione imposto dall'art. 11, comma 10, del Codice dei Contratti Pubblici, il c.d. periodo di *stand still* procedimentale[1],confermando l'ormai consolidato orientamento del giudice amministrativo in base al quale l'inosservanza di tale divieto

---

[1] Sulla distinzione tra c.d. *stand still sostanziale* e c.d. *standing processuale* si rinvia a Bartolini, Fantini, *La nuova direttiva ricorsi*, in *Urb. app*., 2008, 1093-1108 in part. 1095; sul punto, vedi anche G. Greco, *La direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, in *Riv. it. dir.pubbl. com*., 2008, 1029 ss. Per un approfondimento sulla disciplina dei termini dilatori per la stipula del contratto a seguito dell'aggiudicazione della gara introdotta dal d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53 in attuazione della Direttiva 2007/66/CE, si rinvia invece a Bartolini, Fantini, Figorilli, *Il decreto legislativo di recepimento della direttiva ricorsi*, in *Urb. app*., 2010, 6, 638 ss.; Lipari, *Il recepimento della "direttiva ricorsi": il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile" del contratto*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2010, 1, 6 ss.; De Nictolis, *Il recepimento della direttiva ricorsi*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2010, Carpentieri, *Sorte del contratto (nel nuovo rito appalti)*, in *Dir. proc. amm*., 2011, 722 ss., Ruscica, *Il nuovo processo degli appalti pubblici. Commento organico al D.lgs. 20 marzo 2010, n. 53 di attuazione della direttiva ricorsi*, Roma, 2010 nonché al recente contributo di Bertonazzi, *Aggiudicazione, contratto e contenzioso*, in Villata, Bertolissi, Domenichelli, Sala (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, 2014, 905 ss.

non incide sulla legittimità del provvedimento di aggiudicazione e degli atti di gara ma esplica la sua efficacia sul contratto d'appalto e può, in via eventuale, rilevare ai fini della valutazione della responsabilità risarcitoria della stazione appaltante[2].

Il giudice amministrativo umbro ha tuttavia accolto la doglianza prospettata dal ricorrente in merito alla sussistenza di una causa di incompatibilità di uno dei membri della commissione giudicatrice ai sensi dell'art. 84, comma 4, del Codice dei Codici Contratti Pubblici, norma secondo la quale i commissari diversi dal Presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta.

Il Collegio ha infatti rilevato dalla documentazione in atti la presenza nella commissione incaricata della valutazione delle offerte di una dipendente della stazione appaltante che aveva svolto, prima della nomina a commissario, incarichi relativi ai servizi socio-assistenziali di competenza dell'ente di appartenenza e quindi funzioni relative al contratto oggetto della gara.

Condividendo quindi il principio recentemente espresso dalla Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sull'estensione dell'ambito applicativo dell'art. 84, comma 4, del Codice dei Contratti Pubblici, il quale- al fine di garantire la neutralità del giudizio della commissione giudicatrice - impedisce la partecipazione ai lavori della stessa di soggetti che, in epoca precedente alla nomina e in particolare nel periodo di preparazione della documentazione di gara, abbiano svolto incarichi relativi al contratto oggetto di affidamento[3], il TAR Umbria ha quindi ritenuto sussistente l'incompatibilità del commissario in questione.

---

[2] Sotto questo profilo, la sentenza annotata risulta conforme alla prevalente giurisprudenza. Cfr *ex multis* le recenti Cons. St., sez. VI, 12 settembre 2014, n. 4669, in *Foro amm*., 2014, 9, 2328; Id., sez. VI, 8 ottobre 2013, n. 4934, in *Foro amm. C.d.S*., 2013, 10, 2825 nonché Id., sez. III, 12 luglio 2011, n. 4163, *ibidem*, 2011, 7-8, 2355; TAR Lombardia, Brescia, sez. II, 25 giugno 2013, n. 610 in *Foro amm. T.A.R.*, 2013, 6, 1846 e TAR Calabria, Reggio Calabria, in *Guida dir*., 2010, 45, 85. Nello stesso senso, in dottrina cfr. Corradino, Sticchi Damiani, *Il processo amministrativo*, Milano, 2014, 553; Bertonazzi, *op. ult. cit*., 956.

[3] Cons. St., ad. plen., 7 maggio 2013, n. 13, in *Foro amm*., 2014, 7-8, 1912, con nota di Berionni, *L'applicabilità delle norme del Codice dei contratti pubblici alle concessioni di servizi*, la quale chiarisce che all'annullamento del provvedimento di nomina di uno dei membri della Commissione di gara consegue l'annullamento di tutti gli atti di gara medio adottati. L'interpretazione dell'Adunanza Plenaria è stata condivisa dalla giurisprudenza di merito successiva: cfr. Cons. St., sez. III, 28 febbraio 2014, n. 942, in *Foro amm*., 2014, 2, 419; TAR Lazio, Latina, sez. I, 17 marzo 2014, n. 212 in *Foro amm*., 2014, 3, 945. Per un approfondimento dottrinale sulla disciplina che regola la nomina della Commissione giudicatrice ed il suo funzionamento, si rinvia a Biancardi, *Le regole da rispettare per la corretta nomina della commissione di gara*, in *App. contr*., 2010, 10, 37 ss.; Guzzo, *La disciplina della commissione giudicatrice negli appalti pubblici alla luce della recente giurisprudenza amministrativa*, in *www.lexitalia.it*, 2010; Cianflone, Giovannini, *op. cit*., 2012, 979 ss.

Alla luce di quanto sopra, il Collegio, ritenendo assorbiti gli altri motivi di ricorso presentati dalla società ricorrente, ha pertanto annullato il provvedimento di nomina della Commissione e degli atti di gara da essa adottati, incluso il provvedimento di aggiudicazione della stessa.

La pronuncia si segnala per l'estrema chiarezza ed il rigore metodologico con i quali il Collegio ripercorre l'*iter* logico-giuridico che ha condotto alla decisione della controversia nei termini sopra sinteticamente riepilogati.

Sotto altro profilo, la decisione di trattare con priorità la censura relativa all'illegittimità della nomina della Commissione giudicatrice e non rispettare quindi l'ordine di graduazione dei motivi di ricorso prospettato dal ricorrente conferma l'adesione del TAR Umbria all'orientamento giurisprudenziale che, nel silenzio del c.p.a. sul punto[4], riconosce al giudice amministrativo il potere officioso di decidere in quale ordine esaminare le censura che la parte ha graduato alla luce dei possibili esiti del giudizio e degli interessi di rilievo pubblico coinvolti nel contenzioso[5].

Sul punto, tuttavia, occorre evidenziare l'esistenza di un filone giurisprudenziale di segno opposto che nega al giudice la possibilità di esaminare i motivi di ricorso secondo un ordine di graduazione diverso da quello prospettato dal ricorrente[6]. Tale contrasto interpretativo è (auspicabilmente) destinato ad essere risolto nei prossimi mesi dall'Adunanza Plenaria, alla quale la Quinta Sezione del Supremo Consesso Amministrativo ha di recente deferito, per l'ennesima volta, la questione della disponibilità in capo al giudice amministrativo del c.d. *ordo quaestionum* [7].

---

[4] Cfr. Police, *La riunione, la discussione e la decisione dei ricorsi*, in G.P. Cirillo *(a cura di), Il nuovo diritto processuale amministrativo*, Trento, 2014, 537.

[5] Nello stesso senso, cfr. *ex multis* TAR Umbria, sez. I, 4 marzo 2013, n. 146, in *Foro amm. T.A.R*, 2013, 3, 831 nonché Cons. St., sez. IV, 11 settembre 2012, n. 4827, nella stessa *Rivista C.d.s*., 2012, 9, 2282 ss., Id., sez. VI, 25 gennaio 2008, n. 213, *ibidem*, 2008, 2, I, 577 e la recente TAR Basilicata, 17 aprile 2013, n. 186, nella stessa *Rivista T.A.R*., 2013, 4, 1343 ss.

[6] In senso contrario a quello del testo, si vedano, per tutte, Cons. St., sez. V, 6 aprile 2009, n. 2143, in *Foro amm. C.d.S*., 2009, 4, 981 e TAR Lombardia, Brescia, in *www.giustizia-amministrativa.it.*

[7] L'ordinanza Cons. St., sez. V, 22 dicembre 2014, n. 6204 ha infatti rimesso all'Adunanza Plenaria le questioni relative alla necessità o meno di osservare l'ordine di prospettazione dei motivi di ricorso o di appello e di dare la prevalenza, nella determinazione dell'*ordo quaestionum*, alle trattazione delle censure che coinvolgono maggiormente l'interesse pubblico. Si segnala che la questione della sussistenza in capo al giudice amministrativo del potere di decidere l'ordine di esame dei motivi di ricorso era già stata deferita all'Adunanza Plenaria con l'ord. Cons. St., 11 marzo 2013, n. 761 in *www.giustizia-amministrativa.it*. La sentenza Cons. St., ad. plen., 8 febbraio 2014, n. 8, in *Foro amm.*, 2014, 386, che ha deciso le altre questioni deferite con la predetta ordinanza n. 761/2013, non si era però pronunciata sul punto. Per un approfondimento dottrinale, si rinvia alle lucide osservazioni di Romano Tassone, Sulla disponibilità dell'ordine di esame dei motivi di ricorso in *Dir. proc. amm*., 2012, 803 ss. e D'Orsogna, *La fase decisoria*, in Scoca (a cura di), *Giustizia Amministrativa*, VI ed., Torino, 2014, 415 ss.

2. La pronuncia in rassegna offre soprattutto l'occasione per svolgere qualche considerazione alla polizza fideiussoria prestata a titolo di garanzia provvisoria per la partecipazione alle gare per l'affidamento di contratti pubblici, anche alla luce delle recenti modifiche al Codice dei Contratti Pubblici introdotte dal d.l. 24 giugno 2014, n. 90, conv., con modificazioni, dalla l. 11 agosto 2014, n.114 [(8)].

In via preliminare, si evidenzia il ruolo fondamentale rivestito dalla garanzia per la tutela dell'interesse pubblico connesso alla corretta e puntuale aggiudicazione ed esecuzione dei contratti affidati dall'Amministrazione e, conseguentemente, per l'intero sistema economico nazionale. Per tale motivo, esse sono tradizionalmente oggetto di particolare attenzione da parte del legislatore.

L'evoluzione legislativa ha portato alla creazione di un articolato sistema

---

[(8)] La bibliografia sui contratti pubblici in generale è assai copiosa. Tra le più recenti monografie si segnalano De Nictolis, Garofoli, A.M. Sandulli (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*; Milano, 2008-2011; Villata, Bertolissi, Domenichelli, Sala (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, cit., 905 ss.; Sorace (a cura di), *Amministrazione pubblica dei contratti*, Napoli, 2013; Caranta, *I contratti pubblici*, Torino, II ed., 2012; Garofoli, G. Ferrari, *Codice degli appalti pubblici*, Roma, 2012; Fracchia, *Ordinamento comunitario, mercato e contratti della pubblica amministrazione. Profili sostanziali e processuali*, Napoli, 2010; Caringella, Giustiniani (a cura di), *Manuale di diritto amministrativo. I contratti pubblici*, Roma, 2014; Perfetti (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2013; Cianflone, Giovannini, *L'appalto di opere pubbliche*, cit., Milano, 2012; Baccarini, Chinè, Proietti (a cura di), *Codice dell'appalto pubblico*, Milano, 2011 nonché il recentissimo Mastragostino (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce delle nuove Direttive europee e del D.l. 90 del 2014*, Torino, 2014. Si segnala che la materia è destinata a subire profonde modifiche per effetto del recepimento nel diritto interno delle tre nuove direttive in materia adottate dal Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 (la direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, la direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici – che abroga la direttiva 2004/18/CE, la direttiva 2014/25/UE sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali – che abroga la direttiva 2004/17/CE); il Governo italiano ha trasmesso al Senato la proposta di disegno di legge AS 1678 recante delega al Governo per il loro recepimento delle predette direttive, la quale dovrà avvenire entro il 17 aprile 2016; al 7 gennaio 2015, il testo del ddl è all'esame della 8ª Commissione permanente (Lavori pubblici, comunicazioni). Per un approfondimento sulle nuove direttive, si rinvia *ex multis* a S. Gallo, *Le nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni*, Rimini, 2014. Per i contributi in materia di diritto processuale, *ex pluribus,* De Nictolis, Garofoli, A.M. Sandulli (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici. Vol. VI, Il contenzioso*, Milano, 2011 e Fracanzani, *Il rito in materia di contratti pubblici*, in G.P. Cirillo *(a cura di), Il nuovo diritto processuale amministrativo*, cit., 1229 ss. nonché ai recentissimi contributi di Giustiniani, *Il nuovo giudice amministrativo in funzione di giudice degli appalti (le novità in materia di rito appalti e sul processo amministrativo in generale)*, in Aa.Vv., *La Riforma Renzi della Pubblica Amministrazione*, Roma, 2014, 270 ss. e De Nictolis., *Il rito degli appalti pubblici dopo il D.L. 90/2014*, in *Urb. app*., 2014, 11, 1157 ss.

di garanzie "ad intensità progressiva"[9] in favore della stazione appaltante che prevede, da una parte, l'obbligo per i concorrenti di presentare insieme con la propria offerta una garanzia a titolo di cauzione provvisoria e l'impegno di un soggetto terzo fideiussore a rilasciare la garanzia definitiva in caso di aggiudicazione; dall'altra, l'obbligo in capo all'aggiudicatario di costituire la c.d. cauzione definitiva ovvero una garanzia fideiussoria in favore dell'Amministrazione per l'esecuzione del contratto. Il vigente Codice dei Contratti Pubblici prevede poi, limitatamente ai contratti di appalto aventi ad oggetto l'esecuzione di lavori, l'obbligo per l'aggiudicatario di costituire una serie di copertura assicurative e una ulteriore forma di garanzia denominata "garanzia globale di esecuzione".

Premesso che non è possibile analizzare in questa sede il tema della cauzione definitiva e, più in generale, la "rete di protezione" individuata dal legislatore per preservare l'Amministrazione dai rischi derivanti dal mancato o inesatto adempimento del contratto stipulato con l'aggiudicatario[10], nelle pagine che seguono tenteremo di ricostruire, senza alcuna pretesa di esaustività, i tratti fondamentali dell'istituto della cauzione provvisoria[11].

---

[9] Sul sistema complessivo delle garanzie previste dal Codice dei Contratti Pubblici, il rinvio è d'obbligo a Zoppolato, *Le garanzie dell'offerta, della progettazione e dell'esecuzione* in De Nictolis, Garofoli, A.M. Sandulli (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici. Vol. V, I settori speciali e l'esecuzione*, cit., 3519 ss., ma anche a Minnei, *Il sistema delle garanzie a corredo dell'offerta e a tutela dell'esecuzione del contratto* in Villata, Bertolissi, Domenichelli, Sala (a cura di), *I contratti pubblici*, cit., 1019 ss., il quale sottolinea come il Codice dei Contratti Pubblici individui "sistema di garanzie – come dire - ad intensità progressiva, a carico prima dell'offerente (rectius: di tutti i candidati offerenti) e, poi, in esito alla procedura di gara, dell'offerente-aggiudicatario", P. Carbone, *Garanzie e appalti pubblici*, in *Riv. trim. app*., 2013, 4, 733 ss. e Titomanlio, *Le garanzie*, in Bargone, Stella Richter (a cura di), *Manuale del diritto dei lavori pubblici*, Milano, 2001, 526 ss.; Grasso, *Cauzione provvisoria e definitiva negli appalti pubblici,* in *Riv. trim. app*., 2001, 788 ss.; Bullo, *Il regime delle garanzie nel sistema dei lavori pubblici. Profili normativi ed applicativi* in *Dir. ed econ. assic*., 2003, 296 ss.; Dugato, *Garanzie di esecuzione, vizi e cauzioni negli appalti di lavori pubblici*, in *Riv. trim. app*., 2002, 646 ss.

[10] Per uno specifico approfondimento sulle garanzie previste a carico dell'aggiudicatario per la fase di esecuzione del contratto, si rinvia invece a Zoppolato, *La garanzia e il sistema globale di esecuzione*, in De Nictolis, Garofoli, A.M. Sandulli (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici. Vol. VIII, Il regolamento di attuazione*, Milano, 2011, 4665 ss., B.G. Carbone, *Le garanzie della p.a. nell'esecuzione del contratto di appalto di opere pubbliche*, in *Arch. giur. oo.pp*., 1992, 1841 ss. e Cianflone, Giovannini, *L'appalto di opere pubbliche*, Vol. II, cit., 1563.

[11] Tra i contributi dottrinali in materia di cauzione provvisoria, si segnalano Monzani, *Commento all'art. 75* in AA.VV., *Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2007, Musenga, Filli, *I soggetti legittimati a prestare le garanzie ex art. 30 legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modifiche e integrazioni (legge finanziaria 2001)*, in *Riv. giur. quad. pubbl.* serv., 2001, 51 ss.; De Rosa, *La cauzione provvisoria nelle gare per l'affidamento di lavori pubblici: problematiche applicative*, in *Riv. giur. ed*., fasc. 6, 2003, 1592 ss.; Zoppolato, *Commento all'art. 30*, in AA.VV., *Legge quadro sui lavori pubblici*, Milano, 2003, 748 ss.; Valletti, *La cauzione provvisoria negli*

3. L'istituto della cauzione provvisoria nelle gare pubbliche è presente nell'ordinamento italiano, sebbene limitatamente alle procedure per l'affidamento dell'esecuzione di lavori pubblici e nella sola forma della garanzia reale, sin dal periodo postunitario[12].

Solo nel secondo dopoguerra, tuttavia, si avvertì anche nel settore dei contratti di cui era parte la Pubblica Amministrazione la graduale necessità, imposta dalle prassi commerciali, di abbandonare il sistema di garanzia basato esclusivamente sul deposito a titolo cauzionale di denaro o altra cosa mobile e si iniziò a valutare la possibilità di consentire anche per tali contratti l'utilizzo di garanzie personali che, modulate in funzione delle nuove esigenze, consentivano il raggiungimento dei medesimi risultati, ma evitavano la fisiologica e penalizzante immobilizzazione di capitali, anche ingenti, per lunghi periodi[13].

La possibilità di prestare una garanzia mediante fideiussione venne infatti introdotta per tutti coloro i quali contraevano obbligazioni nei confronti della p.a., in alternativa alla tradizionale cauzione mediante il deposito di denaro ovvero titoli di Stato o comunque garantiti dallo Stato, per effetto delle modifiche introdotte dal d.p.r. 20 luglio 1948, n. 1309 all'art. 54 del R.D. 25 maggio 1924, n. 827 (il "Regolamento di Contabilità dello Stato"). Tale principio generale venne poi espressamente ribadito dal legislatore con riferimento alle gare pubbliche per l'affidamento di lavori dall'art. 2 del capitolato speciale di appalto per le opere di competenza del Ministero dei Lavori Pubblici, approvato con d.p.r.16 luglio 1962. Secondo entrambe le disposizioni sopra richiamate, tuttavia, la fideiussione poteva essere emessa esclusivamente da un istituto bancario. Successivamente, l'art. 13 della l. 3 gennaio 1978, n. 1, introdusse la possibilità per i partecipanti alle gare per l'affidamento di lavori pubblici di costituire la cauzione provvisoria, oltre che tramite fideiussione bancaria, mediante polizza fideiussoria rilasciata da una compagna assicurativa. Tuttavia, a seguito delle censure mosse dalla Corte di Giustizia della Comunità Economica Europea, la quale aveva ravvisato nella cauzione provvisoria un ostacolo all'accesso delle imprese

---

appalti di lavori pubblici: limiti all'escussione, in *Urb. app*., 2004, 1182 ss.; Antonioli, *Commento all'art. 75*, in Perfetti (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, cit., 1031 ss.; Cianflone, Giovannini, *L'appalto di opere pubbliche*, Vol. II, 952 ss.; Toschei, *Commento all'art. 75*, in Baccarini, Chinè, Proietti (a cura di), *Codice dell'appalto pubblico*, cit., 881 ss.

[12] Già l'art. 332 della l. 20 marzo 1885, n. 2248, all. F prevedeva infatti l'obbligo per i concorrenti nelle gare pubbliche di depositare all'atto della presentazione dell'offerta una somma di denaro "per sicurezza" e riconosceva all'amministrazione la facoltà di trattenere la cauzione versata dalla ditta aggiudicataria nell'ipotesi in cui questa non avesse stipulato il contratto. Sull'evoluzione storica dell'istituto della cauzione provvisoria, tuttavia, si rinvia per tutti a De Rosa, *La cauzione provvisoria*, cit., 1592 ss.

[13] Sul tema, vedi Botta, *Polizze fideiussorie*, in Cendon (a cura di), *Il diritto privato oggi*, Milano, 1999, 58 ss.

degli altri Stati membri al mercato italiano dei lavori pubblici l'obbligo di versare una garanzia provvisoria nelle procedure per l'affidamento di lavori pubblici, secondo le modalità sopra richiamate, venne però espunto dal nostro ordinamento con l'adozione dell'art. 5 della l. 8 ottobre 1984, n. 687 e venne sostituito da misure succedanee [14].

La prestazione della cauzione provvisoria - da costituire tramite fideiussione bancaria o polizza fideiussoria o, in alternativa, in denaro - quale condizione per la partecipazione alle gare per l'affidamento dell'esecuzione di lavori venne però reintrodotto con l'art. 30 della l. 11 febbraio 1994, n. 109 (la c.d. "Legge quadro in materia di lavori pubblici")[15].

Il legislatore è intervenuto a più riprese sul testo della norma in questione – il cui contenuto verrà sostanzialmente recepito nell'art. 75 del Codice dei Contratti Pubblici, di cui si dirà di seguito – mediante l'introduzione di modifiche che hanno contributo a delineare i tratti essenziali dell'istituto della cauzione provvisoria.

Dapprima, l'art. 9 della l. 18 novembre 1998, n. 415 (la c.d. "Merloni *ter*") ha previsto l'obbligatorio inserimento nella fideiussione bancaria (o polizza fideiussoria) da presentare a corredo dell'offerta del concorrente-offerente di una clausola recante l'espressa rinuncia del garante al beneficio della preventiva escussione del debitore principale e l'operatività della garanzia stessa entro quindici giorni[16].

Successivamente, l'art. 100 del regolamento di attuazione della Legge quadro sui lavori pubblici, il d.p.r. 21 dicembre 1999, n. 554 ha previsto l'obbligatorio inserimento nell'eventuale fideiussione bancaria o polizza fideiussoria anche di una clausola di pagamento a prima richiesta[17].

Infine, l'art. 245, comma 50, della l. 14 novembre 2000, n. 388 ha modificato il comma 1 dell'art. 30 della Legge quadro sui lavori pubblici inserendo tra i soggetti abilitati a rilasciare valide cauzioni per la partecipazione a gare pubbliche, sotto forma di polizze fideiussorie oppure fideiussioni di-

---

[14] Per un approfondimento sul tema, vedi CLARIZIA, *Relazione generale sulla legge 8 ottobre 1984, n. 687*, in *Atti del Convegno CERISOP - Roma 6 febbraio 1985*, Rimini, 1986, 52 ss.

[15] In sostituzione della cauzione provvisoria, l'art. 5 della l. n. 687/1994 aveva infatti previsto che, qualora non si addivenisse alla stipula del contratto per causa imputabile all'aggiudicatario, la stazione appaltante avesse l'obbligo di comunicare l'accaduto al Comitato centrale dell'albo nazionale dei costruttori, il quale poteva sospendere l'iscrizione dello stesso aggiudicatario, se iscritto a detto albo, oppure disporre l'esclusione dello stesso aggiudicatario dalla presentazione di offerte in pubblici appalti. Per un approfondimento sulle misure introdotte dalla l. n. 687/1984, si rinvia per tutti a TITOMANLIO, *Le garanzie*, cit., 527 ss.

[16] L'art. 9 della Merloni *ter* ha novellato l'art. 30 della Legge quadro sui lavori pubblici mediante l'introduzione di un nuova comma 2 *bis*.

[17] La norma in questione ha altresì reintrodotto la possibilità di costituire la cauzione provvisoria tramite il deposito di titoli di debito pubblico o garantiti dallo Stato.

rette, anche gli intermediari finanziari in possesso di determinati requisiti funzionali[18].

4. Attualmente, la disciplina della cauzione provvisoria o, più correttamente, del sistema di garanzie a corredo dell'offerta dei partecipanti ad una gara per l'affidamento di un contratto pubblico è individuata dall'art. 75 e dell'art. 48, comma 1, del Codice dei Contratti Pubblici. Ulteriori prescrizioni afferenti la cauzione provvisoria sono però contenute in altre disposizioni del predetto Codice e, più precisamente, nell'art. 113, comma 4, laddove disciplina le conseguenze che derivano dalla mancata costituzione della garanzia definitiva da parte dell'aggiudicatario di una gara, ma anche nelle nuove disposizioni introdotte dall'art. 39 del richiamato d.l. n. 90/2014.

I tratti fondamentali dell'istituto sono però delineati dal predetto art. 75 del Codice dei Contratti Pubblici, norma nella quale è stato sostanzialmente trasfuso il contenuto del previgente art. 30 della Legge quadro in materia di lavori pubblici.

Il Codice dei Contratti Pubblici ha tuttavia esteso l'ambito di applicazione della cauzione provvisoria, la quale oggi opera nell'ambito dei settori ordinari - oltre che per gli appalti di lavori - anche nei riguardi degli appalti di servizi e forniture e della concessione di lavori [19]. Sebbene gli articoli 30 e 206 del Codice dei Contratti Pubblici non richiamino espressamente l'art. 75, la giurisprudenza riconosce tuttavia alle stazioni appaltanti la facoltà di prevedere la prestazione di una cauzione provvisoria anche nei

---

[18] Sottolinea De Rosa, *La cauzione provvisoria*, cit., 1594 che prima dell'entrata in vigore della l. n. 338/2000 la possibilità di rilasciare cauzione fideiussorie da parte degli intermediari finanziari era infatti esclusa dalla prevalente giurisprudenza, tenuto conto che le norme in materia di cauzione provvisoria prevedevano in modo esplicito e tassativo l'esigenza di un intervento di istituti bancari o assicurativi e pertanto, ai fini del rilascio di polizze fideiussorie per la partecipazione ad appalti pubblici, non era possibile equiparare intermediari finanziari ed organismi bancari o assicurativi. Per un approfondimento sulle motivazioni che hanno condotto all'ampliamento del novero dei soggetti abilitati a prestare garanzie nel settore degli appalti pubblici, si rinvia a Sardo, *I soggetti abilitati al rilascio di fideiussioni a favore di enti pubblici e dello Stato*, in *Urb. app*., 2001, 897 ss.; sull'individuazione degli intermediari finanziari abilitati al rilascio di polizze fideiussorie a titolo di cauzione nelle gare pubbliche e sulla peculiarità della disciplina ad essi applicabile si rinvia a Di Lieto, *Intermediari finanziari e sistema normativo sulla disciplina delle cauzioni negli appalti pubblici*, in *Foro amm. T.A.R*., 2004, 3450 ss. e Caruso, Colavolpe, *Il problema delle polizze fideiussorie rilasciate da intermediari finanziari diversi dalle banche*, in *Urb. app*., 2001, 897 ss.

[19] Cianflone, Giovannini, *L'appalto di opere pubbliche*, cit., 953. Sull'individuazione dell'ambito oggettivo di applicazione dell'istituto, si rinvia a Zoppolato, *Le garanzie dell'offerta, della progettazione e dell'esecuzione*, cit. 3519 ss. Occorre comunque precisare che nel periodo precedente l'entrata in vigore del Codice dei Contratti Pubblici, la giurisprudenza riconosceva alle Amministrazioni la facoltà di individuare nel bando di gara per gli appalti di servizi cauzioni e altre forme di garanzie. Sul punto, cfr. Garofoli, G. Ferrari, *Codice degli appalti pubblici*, cit., 397 ss.

bandi per l'affidamento di concessioni di servizi[20]e per gli appalti nei settori speciali[21].

Il testo vigente dell'art. 75 del Codice dei Contratti Pubblici prevede che coloro i quali intendono partecipare ad una procedura ad una gara per l'affidamento di un contratto pubblico debbano presentare a corredo della propria offerta una garanzia di importo pari al 2 per cento del prezzo base individuato nel bando o nella lettera di invito; tuttavia, la stazione appaltante, qualora operi quale come centrale di committenza a favore di altre amministrazioni aggiudicatrici, ha la possibilità di individuare nella *lex specialis* una garanzia di importo minore. L'entità della garanzia, peraltro, è dimezzata *ipso iure* per gli operatori economici in possesso di una certificazione del sistema di qualità dell'organizzazione aziendale conforme ai requisiti degli *standards* internazionali e rilasciata da organismi all'uopo accreditati[22]. La norma richiamata riconosce in sostanza all'offerente il potere discrezionale di decidere se presentare una garanzia reale o una garanzia di tipo personale[23]. La garanzia reale, o cauzione *tout court*[24], può essere costituita mediante il deposito di contanti o titoli di debito di Stato [25]. In alternativa, la garanzia a titolo di cauzione provvisoria può essere fornita dall'offerente mediante la presentazione di una polizza fideiussoria prestata da un istituto bancario, da una compagnia di assicurazioni ovvero da un intermediario finanziario abilitato[26].

---

[20] Cons. St., sez. VI, 26 giugno 2012, n. 3764, in *Foro amm. C.d.S.*, 2012, 1655; Cons. St., sez. VI, 10 marzo 2011, n. 1540, *ibidem*, 2011, 961. In senso contrario, in dottrina Cianflone, Giovannini, *op. cit.*, 953.

[21] Tar Lazio, Roma, sez. II, 5 marzo 2014, n. 2550 in *Foro amm.*, 2014, 3, 925 ss.; nello stesso senso, vedi anche la determinazione AVCP 30 luglio 2014, n. 1, 3, nonché, in dottrina, Cianflone Giovannini, *op. ult. cit.*, 953. Sembra invece negare l'applicabilità dell'art. 75 alle procedure per l'affidamento di lavori nei settori speciali, sulla base di una interpretazione letterale dell'art. 206 del Codice dei Contratti Pubblici, Minnei, *Le garanzie*, cit., 1022.

[22] Sulla dimidiazione della cauzione provvisoria per i soggetti in possesso di certificazione di qualità prevista dall'art. 75, comma 7, del Codice dei Contratti Pubblici e sulle problematiche applicative della norma, si rinvia *ex multis* a Monzani, *Commento all'art. 75*, cit., 789 ss e all'ampia bibliografia ivi citata nonché a Minnei, *Le garanzie*, cit. 1045 ss.

[23] Cfr. *ex multis* Cianflone, Giovannini, *op. cit.*, 954 e l'ampia giurisprudenza ivi citata, nonché da ultimo Antonioli, *Commento all'art. 46*, cit., 1032.

[24] Cfr. Antonioli, *Commento all'art. 46*, cit., 1032.

[25] Nel silenzio della legge, la giurisprudenza ammette pacificamente la prestazione della cauzione provvisoria anche mediante assegni circolari, ma non anche tramite assegni bancari. Cfr. Cianflone, Giovannini, *L'appalto di opere pubbliche*, 955, nota 45, al quale si rinvia anche per un'ampia rassegna delle pronunce sul tema, e Minnei, *Le garanzie*, cit., 1046. In giurisprudenza, vedi anche la recente sentenza Cons. Stato, sez. V, 21 giugno 2013, n. 3398, in *Foro amm. C.d.S.*, 2013, 6, 1568, la quale ha confermato l'ammissibilità di una cauzione provvisoria prestata mediante la presentazione di un assegno circolare che, a differenza dell'assegno bancario, costituisce un "ordinario strumento di pagamento delle obbligazioni, in tutto e per tutto equivalente al versamento in contanti delle somme dovute".

[26] Per un approfondimento sul tema vedi Cianflone, Giovannini, *op.*

Il legislatore individua analiticamente le prescrizioni che devono essere contenute nella fideiussione bancaria o polizza fideiussoria. Esse, infatti, devono prevede espressamente la rinuncia del garante al beneficio della preventiva escussione, la rinuncia all'eccezione prevista dall'art. 1957, comma 2, del codice civile e l'operatività della garanzia entro 15 giorni a semplice richiesta scritta della stazione appaltante. La garanzia deve avere validità per almeno 180 giorni. In ogni caso, il bando o lettera invito possono individuare una durata minore ma possono altresì prevedere l'obbligo per il garante di rinnovare la polizza fideiussoria, su richiesta della stazione appaltante, qualora alla sua scadenza non sia ancora intervenuta l'aggiudicazione[27].

Da ultimo, il legislatore ha previsto l'obbligo per il concorrente di corredare la propria offerta, oltre che con una garanzia reale ovvero una polizza fideiussoria, a pena d'esclusione, con una dichiarazione d'impegno di un fideiussore a prestare la cauzione definitiva prevista dall'art. 113 a garanzia del corretto adempimento del contratto, in caso di aggiudicazione[28].

Una volta descritto brevemente l'istituto della cauzione provvisoria sotto il profilo statico-strutturale, si tratta ora di esaminare lo stesso sotto il profilo funzionale e dinamico, principiando con l'esame delle ipotesi al ricorrere delle quali legislatore e la giurisprudenza hanno previsto il suo incameramento ovvero la sua escussione, e se essa è stata prestata mediante polizza fideiussoria.

In termini generali, l'art. 75, comma 4, prevede che la cauzione provvisoria sia destinata a coprire le ipotesi nelle quali non si addivenga alla stipula del contratto per fatto dell'aggiudicatario e per tale motivo viene disposta la sua restituzione al momento della sottoscrizione del contratto; la cauzione prestata dagli altri concorrenti, invece, deve essere svincolata dalla stazione appaltante entro 30 giorni dall'aggiudicazione.

Quanto alle specifiche ipotesi di incameramento della cauzione individuate dal legislatore, si precisa anzitutto che l'art. 113, comma 1, del Codice dei Contratti Pubblici prevede espressamente l'escussione della garanzia nell'ipotesi di mancata costituzione della cauzione definitiva da parte dell'aggiudicatario delle gara. L'art. 49, comma 3, del Codice dei Contratti Pubblici, invece, prevede l'escussione della garanzia prestata dal concorrente che abbia presentato in sede di offerta dichiarazioni mendaci in tema di avvalimento. Un'altra ipotesi di incameramento della cauzione prevista direttamente dal diritto positivo è individuata dall'art. 48 del

---

cit., 955 ss., al quale si rinvia anche per l'individuazione della peculiare disciplina applicabile alla fideiussioni prestate a garanzia dei raggruppamenti temporanei di imprese. Su quest'ultimo tema, vedi anche MINNEI, *Le garanzie*, 1066 ss.

[27] Per un approfondimento sul tema della validità della fideiussione o polizza fideiussoria si rinvia a LOTTI, *La natura della fideiussione bancaria o assicurativa*, cit., 1105 ss. e BULLO, *op. cit.*, 300 ss.

[28] Cfr. CIANFLONE, GIOVANNINI, *op. cit*., 957.

Codice con riferimento agli esiti della verifica del possesso dei requisiti speciali che la stazione appaltante ha il potere-dovere di effettuare su un numero di candidati pari al 10% delle offerte e, successivamente, a seguito dell'aggiudicazione, nei confronti dell'aggiudicatario e del concorrente secondo classificato.

Nell'ipotesi in cui venga riscontrata la mancanza o l'insufficiente possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa richiesti dalla *lex specialis*, la disposizione sopra richiamata impone alla stazione appaltante di provvedere all'escussione della garanzia provvisoria prestata dal concorrente interessato, anche se diverso dall'aggiudicatario[29].

Risultava controverso in giurisprudenza se l'escussione della cauzione potesse conseguire anche al riscontro da parte della stazione appaltante del difetto dei requisiti generali previsti dall'art. 38 in capo all'aggiudicatario[30]. Tale contrasto sembra tuttavia essere stato risolto dall'intervento

---

[29] L'art. 48, comma 1, del Codice dei Contratti Pubblici prevede che nelle ipotesi richiamate nel testo la stazione appaltante debba anche escludere il candidato interessato ed effettuare una segnalazione all'Autorità di vigilanza per i contratti pubblici ("AVCP") per l'esercizio dei poteri sanzionatori riconosciuti alla medesima dall'art. 6, comma 11, del Codice. Si precisa che per effetto del d.l. n. 90/2014 l'AVCP è stata soppressa e l'esercizio dei poteri in materia di vigilanza sui contratti pubblici sono state attribuite all'Autorità Nazionale Anticorruzione ("ANAC"). Sulle vicende che hanno portato alla soppressione dell'ANAC e più in generale per un approfondimento sull'attività di garanzia delle autorità indipendenti nel settore dei contratti pubblici, il rinvio è d'obbligo a Piperata, *L'attività di garanzia nel settore dei contratti pubblici tra prevenzione, vigilanza e politiche di prevenzione*, in Mastragostino (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, cit., 33 ss. Secondo TAR Sicilia, Catania, 15 dicembre 2011, n. 2984, in *Foro amm. T.A.R.*, 2011, 12, 4158, l'incameramento della cauzione ai sensi dell'art. 48 del Codice dei Contratti Pubblici può essere disposta solo nei confronti dell'aggiudicatario.

[30] Secondo l'orientamento prevalente, la stazione appaltante può incamerare la cauzione prestata dall'aggiudicatario anche qualora, a seguito di verifica, venga riscontrato il mancato possesso dei requisiti di ordine generale previsti dall'art. 38. Cfr. Cons. St., sez. VI, 12 giugno 2012, n. 3428, in *Foro amm. C.d.S.*, 2012, 6, 1642; Id., sez. VI, 4 agosto 2009, n. 4905 nella stessa *Rivista*, 2009, 7-8, 1353; Id., sez. V, 12 febbraio 2007, n. 55, i*bidem*, 2007, 2, 530 nonché le recenti Id., sez. V, 27 ottobre 2014, n. 5283 disponibile su *www.giustizia-amministrativa.it* e TAR Lombardia, Milano, 29 dicembre 2014, n. 3212, anch'essa disponibile su *www.giustizia-amministrativa.it*, secondo la quale l'incameramento della cauzione provvisoria può essere disposta dalla stazione anche qualora l'aggiudicatario perda i propri requisiti generali per effetto del fallimento dell'impresa ausiliaria; in base a tale interpretazione estensiva, infatti, anche tale evento è imputabile alla sfera giuridica dell'aggiudicatario, riconducibile in sostanza ad un caso di *culpa in eligendo* e rientra quindi tra quelle di ipotesi di mancata conclusione del contratto per fatto dell'aggiudicatario che giustificano l'incameramento della garanzia provvisoria. Negano invece la possibilità per la stazione appaltante di incamerare la cauzione provvisoria in caso di mancata dimostrazione del possesso dei requisiti generali *ex* art. 38 del Codice dei Contratti Pubblici da parte dell'aggiudicatario e degli altri concorrenti selezionati per la c.d. verifica a campione, tra gli altri, Cons. St., sez. V, 11 gennaio 2012, n. 80 in *Guida dir.*, 2012,23, 97 e Cons. St., sez. VI, 28 agosto 2006, n. 5009 in *Foro amm. C.d.S.*, 2006, 7-8,2288 nonché in dottrina Antonioli, *Commento all'art. 75*, cit., 1038.

dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, la quale, con la sentenza n. 8 del 2012, in linea con la giurisprudenza maggioritaria, ha affermato che la possibilità di incamerare la cauzione provvisoria debba essere riconosciuta alla stazione anche in tale caso, in quanto essa "*discende dall'art. 75, comma 6, d.lgs. n. 163 del 2006 e riguarda tutte le ipotesi di mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario, intendendosi per fatto dell'affidatario qualunque ostacolo alla stipulazione a lui riconducibile*"[31].

Occorre comunque evidenziare che secondo l'orientamento prevalente in giurisprudenza ed in dottrina la cauzione provvisoria non ha la sola finalità di garantire la stazione appaltante dalla mancata sottoscrizione del contratto per responsabilità esclusiva dell'impresa aggiudicataria, ma mira, più in generale, ad assicurare la serietà e l'attendibilità dell'offerta presentata da tutti i concorrenti[32] oppure, in altri termini, garantisce il rispetto del "patto d'integrità" al quale quest'ultimi si vincolano[33]. Secondo tale impostazione, quindi, alla cauzione provvisoria, viene attribuita una duplice funzione[34]. Da una parte, essa svolge una funzione indennitaria in quanto rappresenta una liquidazione anticipata dei danni subiti dalla stazione appaltante nel caso in cui non si addivenga alla stipula del contratto per motivi addebitabili all'aggiudicatario.

Sotto altro profilo, invece, essa ha una funzione sanzionatoria o comunque repressiva[35] in quanto diretta a "sanzionare" l'(eventuale) violazione

---

[31] Cons. St., ad. plen., 4 maggio 2012, n. 8, in *Foro amm. C.d.S.*, 2012, 9, 2234, con nota di Gotti, *Vincolatività o meno delle risultanze in materia di regolarità contributiva nelle procedure di affidamento degli appalti pubblici, al vaglio dell'Adunanza Plenaria*.

[32] Cfr. *ex multis* Corte Cost., 13 luglio 2011, n. 211 in *Giur. cost*. 2011, 4, 2791; Cons. St., ad. plen., 4 ottobre 2005, n. 8 in *Foro amm. C.d.S.*, 2005, 10, 2870;Id., ad. plen., 4 maggio 2012, n. 8, cit.; Id., sez. V, 11 maggio 2009, in *Foro amm. C.d.S.*, 2009, 5, 1280 e la recentissima sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 10 dicembre 2014, n. 34, in *Urb. app.,* 2015, 2, 171 ss., con nota di Manfredi, *L'evoluzione della cauzione provvisoria, tra patti di integrità e sanzioni*. Nello stesso senso, in dottrina, De Rosa, *La cauzione provvisoria*, cit., 1593; Minnei, *Le garanzie*, cit., 1024 e Antonioli, *Commento all'art. 75*, cit., 1039.

[33] Cfr. *ex multis* Cons. St., sez.IV, 22 dicembre 2014, n. 6302, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. St., ad. plen., 10 dicembre 2014, n. 34 in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[34] Cfr. Cons. St., ad. plen., 4 ottobre 2005, n. 8, cit.; Id., sez. V, 11 maggio 2009, n. 2885, cit. In dottrina, cfr. Antonioli, *op. cit*., 1039 e Minnei, *op. cit*., 1024.

[35] L'espressione è di Antonioli, *op. cit.*, 1039 e 1042. È doverose segnalare tuttavia l'esistenza in giurisprudenza di un orientamento che nega all'incameramento della cauzione provvisoria il carattere di sanzione amministrativa in ragione dell'assenza di una norma di legge che la qualifichi come tale e attribuisce genericamente alla stessa la natura di misura patrimoniale derivanti dalla violazione del predetto "patto d'integrità" sottoscritto per adesione dai partecipanti alle gare: essa, in sostanza, avrebbe natura pattizia. In questo senso, vedi *ex multis* Cons. St., sez. V, 8 febbraio 2005, n. 343, in *Serv. Pub. App.*, 2005, 603, con nota di Cancilla, *I patti di integrità nelle procedure di evidenza pubblica: autonomia*

del predetto "patto d'integrità" e più precisamente l'insieme degli obblighi di natura strumentale o procedimentali imposti dal Codice dei Contratti Pubblici a tutti i partecipanti ad una procedura ad evidenza pubblica relativi alla correttezza e veridicità della documentazione presentata a corredo dell'offerta e al possesso dei requisiti di ordine speciale richiesti dalla *lex specialis*.

Sulla base di tale argomentazioni, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha di recente affermato la legittimità di una clausola contenuta negli atti di una gara per l'affidamento di un contratto pubblico che preveda l'escussione della cauzione provvisoria anche nei confronti di imprese non risultate aggiudicatarie, ma solo concorrenti, in caso di riscontrata assenza del possesso dei requisiti di carattere generale di cui all'art. 38 del codice dei contratti pubblici[36].

Anche con riferimento al possibile incameramento della cauzione prestata dai concorrenti diversi dall'aggiudicatario per vizi relativi ai requisiti generali, infatti, si era registrato un contrasto giurisprudenziale tra i sostenitori di un'interpretazione restrittiva dell'art. 48, comma 1, in base alla quale l'incameramento della cauzione può essere considerato legittimo solo se motivato dal difetto dei requisiti speciali di partecipazione dei concorrenti, ed un'altra estensiva che invece equipara totalmente, sotto il profilo sanzionatorio, il difetto dei requisiti generali alle carenze dei requisiti speciali[37].

Giova infine segnalare che, a seguito degli ultimi interventi del legisla-

---

negoziale o potestà sanzionatoria?; Cons. St., sez. V, 6 aprile 2009, n. 2142 in *www.giustizia-amministrativa.it*; Id., sez. VI, 9 novembre 2010, n. 7963, in *Foro amm. C.d.S.*, 2010, 2357 nonché Tar Lazio, Roma, sez. II, 13 giugno 2011, n. 5231 in *www.giustizia-amministrativa.it* e la recente Cons. St., ad. plen., n. 34/2014, cit. Fortemente critico nei confronti di quest'ultima pronuncia e più in generale di questo filone giurisprudenziale è Manfredi, *L'evoluzione della cauzione provvisoria*, cit., 177, secondo il quale, stante la natura pubblicistica delle procedure ad evidenza pubblica previste dal Codice dei Contratti Pubblici, appare "difficilmente sostenibile che le clausole dei bandi di gara che prevedono l'escussione della cauzione provvisoria al di fuori dei casi previsti dalla legge possano considerarsi espressione dell'autonomia patrimoniale delle parti".

[36] Cons. St., ad. plen., 10 dicembre 2014, n. 34, cit. *Contra* vedi Manfredi, *L'evoluzione della cauzione provvisoria*, cit., secondo il quale l'incameramento della cauzione provvisoria è una misura integrante gli estremi di una sanzione amministrativa, in quanto tale assoggettata al rispetto del principio di stretta legalità e insuscettibile di applicazione a casi diversi da quelli espressamente previsti dalla legge.

[37] Prima della richiamata pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 34/2014, hanno ritenuto legittima l'escussione della cauzione provvisoria per la mancata dimostrazione del possesso dei requisiti generali da parte di concorrenti diversi dall'impresa aggiudicataria, *ex multibus* Cons. St., sez. V, 18 aprile 2012, n. 2232 in *Foro amm. C.d.S*, 2012, 945; Id., sez. VI, 4 agosto 2009, n. 4905, in *Foro amm. C.d.S.*, 2009, 1853; *contra*, invece, Id., sez. V, 11 gennaio 2012, n. 80, cit.; Tar Sicilia, Palermo, sez. III, 31 gennaio 2013, n. 271, in *Foro amm. T.A.R.*, 2013, 311 e Cons. Giust. Amm. Sic., sez. giur., 26 marzo 2014, n. 159, *in www.giustizia-amministrativa.it*.

tore, la prestazione della cauzione provvisoria da parte degli offerenti nelle gare per l'affidamento di contratti pubblici ha assunto una ulteriore finalità. Infatti con l'introduzione dell'art. 38, comma 2bis, e dell'art. 46, comma 1-*ter* del Codice dei Contratti Pubblici, norme finalizzate a meglio definire i contorni del c.d. soccorso istruttorio della stazione appaltante in una prospettiva sostanzialistica, alla cauzione provvisoria è stato attribuito anche lo scopo di garantire l'eventuale sanzione irrogata dalla stazione appaltante nell'ipotesi di mancanza, incompletezza ed ogni altra irregolarità essenziale delle dichiarazioni relative al possesso dei requisiti generali da parte del concorrente e di tutti gli altri elementi e dichiarazioni facenti parte dell'offerta[38].

5. Altrettanto dibattuta è la questione della natura della cauzione provvisoria[39].

Si ricorda che la giurisprudenza amministrativa, nell'affrontare la problematica *de qua* –a prescindere dalla modalità della prestazione della medesima- ha posto attenzione principalmente alla funzione da essa svolta[40].

Un primo orientamento giurisprudenziale attribuisce alla cauzione provvisoria la funzione di vera e propria clausola penale *ex* art. 1382 c.c.; essa, in sostanza, rappresenterebbe la liquidazione preventiva e forfettaria del danno subito dalla stazione appaltante per la mancata stipula del contratto per fatto dell'aggiudicatario[41]. Siffatta ricostruzione, tuttavia, aveva come corollario l'impossibilità per la stazione appaltante di ottenere il risarcimento del maggior danno eventualmente subito.

Secondo un orientamento minoritario risalente al periodo anteriore all'entrata in vigore del Codice dei Contratti Pubblici, invece, la cauzione provvisoria avrebbe natura di caparra penitenziale *ex* art. 1386 c.c. in quanto essa costituirebbe il corrispettivo per il recesso volontario dell'aggiudicatario dall'impegno a contrarre connesso all'intervenuta aggiudicazione della gara[42].

---

[38] Per un approfondimento sul punto, si rinvia alle considerazioni espresse al § 4.

[39] Per una panoramica sulle varie tesi giurisprudenziali e dottrinali sulla natura della cauzione, si rinvia per tutti a Toschei, *Commento all'art. 75*, cit., 882 ss., e a Minnei, *Le garanzie a corredo dell'offerta*, cit., 1029.

[40] Per una panoramica sulle diverse tesi sulla natura della cauzione provvisoria, vedi Toschei, *Commento all'art. 75*, cit., 881 ss. e Sinisi, *Cauzione provvisoria e definitiva: lacune ed incertezze in attesa del regolamento*, in *Urb. app*. 2008, 875.

[41] Cons. St., sez. V, 12 giugno 2009, n. 3746, in *Foro amm. C.d.S*., 6, 1477; Id., sez. IV, 30 gennaio 2006, n. 288, nella stessa *Rivista*, 2001, 1, 122; Id., sez. VI, 30 settembre 2004, n. 6347, *ibidem*, 2004, 2638; Id., sez. III, 11 dicembre 2007, n. 6362, *ibidem*, 2007, 12, 3440. Nello stesso senso, in dottrina Santoro, *Manuale dei contratti pubblici*, Rimini, 2003, 565 e Mazzone, Loria, *Manuale di diritto dei lavori pubblici*, 2005, II, 212.

[42] TAR Puglia, Bari, 27 febbraio 2002, n. 1089, in *Foro amm. T.A.R*., 2002, 670. In dottrina, vedi Lotti, *La natura della fideiussione bancaria o assicurativa*, cit., 1101.

L'opinione maggiormente diffusa tra i giudici amministrativi riconduce tuttavia la cauzione provvisoria all'istituto della caparra confirmatoria *ex* art. 1385 c.c. prestata a garanzia della serietà e dell'affidabilità dell'offerta, ma anche a garanzia del corretto adempimento da parte dell'obbligo di diligenza e di corretta produzione documentale nelle fasi precontrattuali[(43)].

La qualificazione della cauzione provvisoria in tali termini troverebbe fondamento nella constatazione che essa consente alla stazione appaltante di ottenere immediato ristoro, senza necessità di prova, dei pregiudizi subiti per effetto di specifiche violazioni del dovere di lealtà e probità nelle trattative addebitabili all'operatore partecipante quali la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario ovvero la diversa fattispecie della mancanza di prova dei requisiti in occasione delle verifiche sui requisiti previste dal Codice dei Contratti Pubblici[(44)].

La correttezza di tale impostazione è stata di recente ribadita dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 34 del 30 dicembre 2014, la quale altresì evidenziato che la predetta qualificazione risulterebbe più "coerente con l'esigenza, rilevante contabilmente, di non vulnerare l'amministrazione costringendola a pretendere il maggior danno" subito per effetto dell'inadempimento dell'aggiudicatario ovvero degli altri offerenti[(45)].

In buona sostanza, la cauzione provvisoria si configura come una caparra confirmatoria *sui generis*, poiché la disciplina contenuta nel Codice dei Contratti Pubblici presenta rilevanti peculiarità [(46)].

Innanzitutto, diversamente dalla caparra confirmatoria la garanzia provvisoria viene versata nella fase precontrattuale e non presuppone quindi l'avvenuta stipula di un contratto tra le parti. Inoltre, con riferimento alla

---

[(43)] Cons. St., ad. plen., cit., n. 34/2014. Nello stesso senso, cfr. *ex multis* Id., sez. V, 15 aprile 2013, n. 2061 in *Foro amm. C.d.S*., 2013, 4, 961; Id., sez. V, 11 maggio 2009, n. 2885, cit.; Tar Lazio, Roma, sez. II, 2 marzo 2009, n. 2113, in *Foro amm. T.A.R*., 2009, 3, 761 nonché da ultimo Cons. St., sez. V, 31 dicembre 2014, n. 6455. In dottrina, nello stesso senso Zoppolato, *Le garanzie dell'offerta, della progettazione e dell'esecuzione*, cit., 3526.

[(44)] Cfr. Tar Lombardia, Milano, sez. II, 20 marzo 2014, n. 736, in *Resp. civ. prev*., 2014, 5, 1680, con nota di Geuna.

[(45)] Cons. St., ad. plen., cit. n. 34/2014.

[(46)] Secondo Tar Lombardia, Milano, cit., n. 736/2014 "la cauzione provvisoria si presenta come un istituto *sui generis*, disciplinato dal legislatore con norme *ad hoc*, finalizzato a tutelare le ragioni della stazione appaltante nelle more della stipulazione del contratto". Nello stesso senso, in dottrina v. Pieroni, *Escussione della caparra provvisoria ed azione di esecuzione da parte della P.A.*, nota a TRGA, sez. Trento, 29 settembre 2014 n. 333, in corso di pubblicazione su *Giur. it*, 2015. In termini sostanzialmente analoghi, si è espresso di recente Cons. St., sez. V, 22 dicembre 2014 n. 6302, cit. che richiama l'onere "di *diligenza* e/o *buona fede* che incombe sul concorrente, e che può ricondursi, in generale, al canone comportamentale di cui all'art. 1337 cod. civ.".

cauzione provvisoria non opera il principio in base al quale, se la parte che ha ricevuto la caparra è inadempiente, l'altra può recedere dal contratto ed esigere il doppio di quanto versato, stante l'assenza di analogo obbligo imposto a favore della stazione appaltante dal Codice dei Contratti Pubblici.

La differenza principale, tuttavia, riguarda il risarcimento del maggior danno eventualmente causato dal soggetto inadempiente. La Suprema Corte e il Consiglio di Stato sono concordi nell'affermare che l'incameramento della cauzione provvisoria non preclude alla stazione appaltante la possibilità di richiedere il maggior danno causato dal concorrente[47], diversamente da quanto contemplato nell'analogo istituto civilistico. Di fronte all'inadempimento di controparte, infatti, la parte più diligente ha l'alternativa tra l'accontentarsi dell'importo della caparra (o del doppio, a seconda dei casi) ovvero l'instaurazione di un giudizio per conseguire il risarcimento integrale del danno subito. Nell'ultimo caso, tuttavia, dovrà necessariamente rinunciare ad esigere la caparra[48].

Più specificamente, infine, per quanto qui interessa, dottrina e la giurisprudenza di recente hanno focalizzato la propria attenzione sulla natura della polizza fideiussoria prevista dall'art. 75, comma 4, del Codice dei Contratti Pubblici in alternativa alla garanzia reale[49], valorizzando in particolare le prescrizioni relative all'obbligatoria rinuncia alla preventiva

---

[47] Cfr. MINNEI, *op. cit*., 1030. La risarcibilità del maggior danno patito dalla stazione appaltante per la condotta dell'aggiudicatario e dell'offerente, rispetto all'importo prestato a titolo di cauzione provvisoria, è infatti pacifico in giurisprudenza a seguito di Cass., sez. un., 4 febbraio 2009, n. 2634 in *Giust. civ*., 2010, 12, I, 2909; tra le pronunce del giudice amministrativo si segnalano, invece, tra le altre Cons. St., sez. V, 22 dicembre 2014 n. 6302, cit.; Cons. St., sez. V, 15 aprile 2013, n. 2061, in *Foro amm. C.d.S*., 2013, 4, 961; Tar Lazio, sez. II, 6 marzo 2009, n. 2341 nella stessa *Rivista T.A.R,* 2009, 3, 740; TAR Puglia, Bari, 24 ottobre 2008, n. 2373 in *Foro amm. T.A.R*., 2008, 10, 2858.

[48] Cfr. Cass., 11 gennaio 2001, n. 319, in *I contratti*, 2001, 439 ss., con nota di CARNEVALI, *Caparra confirmatoria e risoluzione stragiudiziale per inadempimento*; Cass., 3 marzo 1997, n. 1851, in *Vita not*., 1997, 254; Id. 28 marzo 1988, n. 2613, in *Mass. giust. civ*., 1988.

[49] Per quanto riguarda la cauzione provvisoria reale, invece, DE MARTINO, *Sulla natura giuridica del deposito cauzionale*, in *Giur. it*., 1947, vol. I, 325 ss. ha attribuito alla stessa la natura di deposito cauzionale, se costituita tramite beni individuati. Altra autorevole dottrina, invece, evidenzia la natura di pegno irregolare della cauzione prestata mediante deposito in numerario; il riferimento è M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Vol. I, Milano, 1981, 771; nello stesso senso A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989. CIANFLONE, GIOVANNINI, *op. et loc. ult. cit*., evidenziano invece che le garanzie reali prestate dal privato al fine di partecipare a gare pubbliche, pur condividendo con il pegno la funzione di garanzia e la struttura sostanziale, sono disciplinate, almeno parzialmente, da norme particolari. Tali A., infatti, precisano che "*ad esempio, non si applica a tali cauzioni il divieto del patto commissorio e all'amministrazione pubblica è riconosciuto un diritto potestativo (di diritto privato) di incameramento della cauzione con proprio atto unilaterale*".

escussione del debitore principale, nonché la rinuncia all'eccezione di decadenza prevista dall'art. 1957, comma 2, c.c. con operatività della garanzia a prima richiesta[50].

Secondo alcuni, infatti, la presenza delle predette clausole avrebbe l'effetto di rendere sostanzialmente autonoma la garanzia rispetto al rapporto sottostante e farebbe quindi assumere alla polizza fideiussoria la natura di contratto autonomo di garanzia[51].

---

[50] La bibliografia sul tema è assai copiosa. Senza nessuna pretesa di completezza si segnalano Portale, *Fideiussione e* Garantievertrag *nella prassi bancaria*, in Id., *Le garanzie bancarie internazionali*, Milano, 1989, 1 ss.; Id., *Le sezioni unite e il contratto autonomo di garanzia ("Causalità" ed "Astrattezza" nel* Garantievertrag*)*, in Id., *Le garanzie bancarie internazionali*, Milano, 1989, 121 ss., nonché Id., *Nuovi sviluppi del contratto au- tonomo di garanzia*, *ivi*, 35 ss.; Benatti, *Il contratto autonomo di garanzia*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1982, I, 171, ss.; Id., voce *Garanzia (contratto autonomo di)*, in *Noviss. dig. it*., App. III, Torino, 1982, 920 ss.; Bonelli, *Le garanzie bancarie nel commercio internazionale*, in *Dir. comm. int.*, 1987, 127 ss.; Cicala, *Sul contratto autonomo di garanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, 143 ss.; Corrias, *Garanzia pura e contratti di rischio*, Milano, 2006; Viale, *Sfogliando la margherita: "*Garantievertrag*" e fideiussione "*omnibus*" in Cassazione*, *ivi*, 1988, I, 106; Dugato, *Garanzie di esecuzione, vizi e cauzioni negli appalti di lavori pubblici*, cit., 646 ss.; Mastropaolo (a cura di), *I contratti autonomi di garanzia*, Torino, 1995; Stella, *Le garanzie del credito. Fideiussione e garanzie autonome*, in Iudica, Zatti (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2010; Ravazzoni, *Le c.d cauzioni fideiussorie o polizze fideiussorie*, in Portale (a cura di), *Le operazioni bancarie*, Milano, 1978, 1025 ss.; Macario, *Garanzie personali*, in Sacco (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Vol. X, Torino, 2010. Sul punto, vedi anche Minnei, *Le garanzie a corredo dell'offerta*, cit., 1034 ss.. Per un'ampia rassegna della giurisprudenza sul tema, si vedano per tutti Cass., sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947, in *Corr. mer*., 2010, 201, 516 ss., con nota di Travaglino, *Natura giuridica della polizza fideiussoria stipulata dall'appaltore* a *garanzia delle obbligazioni verso la p.a.* e a Bertolini, *Il contratto autonomo di garanzia nell'evoluzione giurisprudenziale*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2010, 435 ss.

[51] Cfr. Dugato, *Garanzie di esecuzione, vizi e cauzioni negli appalti di lavori pubblici*, cit., 648; Benatti, voce *Garanzia (contratto autonomo di)*, cit, 920; Stella, *Le garanzie del credito. Fideiussione e garanzie autonome*, cit., 37 e Mastropaolo, Calderale, *I contratti di garanzia*, in Mastropaolo (a cura di), *I contratti autonomi di garanzia*, cit., 540 i quali evidenziano che con la nozione di contratto autonomo di garanzia vengono individuate le garanzie personali sorte nella moderna prassi commerciale che si caratterizzano per l'autonomia o indipendenza della garanzia dal rapporto sottostante e nella conseguente sostanziale immunità della garanzia stessa dalle eccezioni derivanti dal rapporto garantito. In particolare, nel settore degli appalti internazionali operano garanzie con riferimento alle quali le eccezioni opponibili dal garante risultano essere più limitate rispetto a quelle garanzie ordinarie. E' il caso, ad esempio, dei c.d. *bid bond* che operano in fase precontrattuale come garanzia del mantenimento dell'offerta per attestare la serietà dei partecipanti alla gara d'appalto e che sono azionabili qualora il concorrente si ritiri dalla gara oppure l'aggiudicatario si rifiuti di stipulare il contratto; dei c.d. *performance bond*, con cui il garante si obbliga a corrispondere una certa somma di denaro nel caso di inadempimento della prestazione dedotta nel contratto d'appalto oppure ancora dei c.d. *retention bond*, attraverso i quali la stazione appaltante trattiene una parte dei pagamenti che sarebbe obbligata a versare in relazione alle varie fasi di avanzamento dei lavori per costituire un fondo di copertura per gli errori commessi dal

Tali clausole, infatti, volte a precludere al garante l'opponibilità al creditore garantito delle eccezioni spettanti al debitore principale, in deroga alla regola essenziale della fideiussione prevista dagli articoli 1941 e 1945 del codice civile, svincolerebbero almeno in parte la garanzia dalle vicende del rapporto principale[52] e pertanto il carattere accessorio della garanzia risulterebbe recessivo rispetto alle obbligazioni che trovano la loro fonte nel rapporto principale[53].

Secondo un'altra tesi, invece, condivisa da autorevole dottrina civilistica, l'inserimento di una clausola di pagamento "a prima/semplice domanda/richiesta" del beneficiario non è indice autosufficiente di autonomia della garanzia rispetto al rapporto garantito e pertanto non è considerato incompatibile con la fideiussione. In particolare, mediante la predetta clausola il garante si obbliga semplicemente a pagare dietro semplice richiesta del beneficiario/creditore, il quale non dovrà fornire la prova dei presupposti legittimanti la richiesta di pagamento. Si tratterebbe in sostanza di una clausola c.d. *solve et repete* che ha l'effetto di invertire onere della prova[54].

L'adesione all'una o all'altra teoria non è scevra di conseguenze, soprattutto per il garante. Si consideri ad esempio l'ipotesi della mancata sottoscrizione del contratto per fatto addebitato dalla stazione appaltante al concorrente aggiudicatario, con conseguente richiesta al garante di versare gli importi oggetto della polizza fideiussoria.

Se si attribuisce alla polizza fideiussoria la natura di contratto autonomo di garanzia, infatti, il garante dovrà versare l'importo garantito alla stazione appaltante lesa entro quindici giorni dalla richiesta di quest'ultima e non potrà proporre alcuna eccezione relativa al rapporto tra aggiudicatario garantito e stazione appaltante e quindi nessuna eccezione relativa alle responsabilità di ciascuno di esse in merito alla mancata stipula, fatta salva la legittimazione del garante ad opporre alla stazione appaltante la c.d. *exceptio doli generalis*[55]; se si invece si considera la polizza fideiussoria

---

l'appaltatore nell'esecuzione dei lavori. Per un approfondimento sulle varie figure di contratto autonomo di garanzia nel settore degli appalti internazionali il rinvio è d'obbligo a Macario, *Garanzie personali* 436 ss., il quale evidenzia come le garanzie autonome sorte nel traffico commerciale internazionale hanno portato ad una standardizzazione di questi contratti elaborati dalle organizzazioni associative dei garanti professionali quali banche o assicurazioni, alcuni dei quali approvati dalla International Chamber of Commerce. Su quest'ultimo tema, cfr. Busani, *Introduzione ai contratti commerciali internazionali B2B e alle* joint ventures, Padova, 2012, 254 ss.

[52] Cfr. Cass., sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947, cit.

[53] Cfr. Antonioli, Commento all'articolo 75, cit., 1031.

[54] Cfr. Macario, *Le garanzie personali*, cit. 436. Nello stesso senso, tra gli altri, Portale, *Le garanzie*, 63 ss.; Benatti, *Il contratto*, 175 ss.

[55] Per un approfondimento sull'*exceptio doli* nel contratto autonomo di garanzia, si rinvia a Portale, *Le garanzie bancarie internazionali (questioni)*, cit., 57 ss.; Montanari, *Garanzia autonoma ed escussione abusiva: nuove tendenze*

un contratto tipico di fideiussione con clausola *solve et repete*, il garante dovrà comunque provvedere al tempestivo pagamento dell'importo garantito ma, a seguito del predetto pagamento, conserverà il diritto opporre alla stazione tutte le eccezioni che sarebbero spettate all'aggiudicatario e che risultino idonee ad escludere la responsabilità di quest'ultimo per la mancata sottoscrizione del contratto, quale, ad esempio, la ricorrenza di cause di forza maggiore.

Il contrasto tra i due orientamenti, tuttavia, sembra essere stato superato, quanto meno in seno alla giurisprudenza, dalle Sezioni Unite della Cassazione che con la sentenza 18 febbraio 2010, n. 3497 hanno attribuito alla polizza fideiussoria, con ampie e illuminanti motivazioni, la natura di contratto autonomo di garanzia[56].

6. Una volta esperito il tentativo di delineare le caratteristiche fondamentali dell'istituto, si tratta ora di porre l'attenzione ai vizi che possono affliggere la cauzione provvisoria, anche nelle forme della polizza fideiussoria, nel corso della procedura di gara e agli effetti che essi determinare, anche alla luce delle disposizioni in materia di tassatività della cause di esclusione e di c.d. soccorso istruttorio.

In via preliminare, occorre evidenziare che l'art. 46, comma 1, del Codice dei Contratti Pubblici riconosce(va) alla stazione appaltante il potere-dovere di chiedere ai concorrenti di completare o fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti generali e speciali previsti dalla *lex specialis* in sede di offerta anziché disporre la loro esclusione. Nonostante tale disposizione, la giurisprudenza in materia di contratti pubblici, ritenendo prevalente i principi della *par condicio* tra i concorrenti e di speditezza dell'azione amministrativa rispetto all'esigenza di favorire la più ampia partecipazione alle procedure, manteneva un atteggiamento formalistico finalizzato a sanzionare con l'esclusione anche violazioni delle prescrizioni della *lex* speciale di carattere formale [57].

---

rimediali in una diversa prospettiva ermeneutica, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, 987 ss. In termini più generali, il rinvio è d'obbligo a Dolmetta, *Exceptio doli generalis*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1998, I, 147 ss. e Festi, *L'ambito di applicazione ed i limiti dell'*exceptio doli generalis, nella stessa *Rivista*, 2007, II, 710 ss.

[56] Cass., sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947, cit. In effetti, le pronunce giurisdizionali successive alla predetta sentenza delle Sezioni Unite che si sono occupate del tema della natura della polizza fideiussorie rivela ribadiscono la sua riconducibilità al contratto autonomo di garanzia. Sul punto, vedi *ex multis* Cass. civ., sez. III, 27 settembre 2011, n. 19736, in *Giust. civ*., 2012, I, 60; Id., sez. III, 10 gennaio 2012, n. 65, in *ibidem*, 2012,1, 9 e Id., sez. III, 5 aprile 2012, n. 5526 in *Foro it*., 2012, 10,I, 2713 con nota di Brogi. Nello stesso senso, vedi anche la determinazione AVCP 29 luglio 2014, n. 1, *Problematiche in ordine all'uso della cauzione provvisoria e definitiva* (artt. 75 e 113 del Codice), p. 8.

[57] Cfr. Dallari, *I soggetti ammessi alla procedura di affidamento*, in Mastragostino (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, cit., 173 ss.

Al fine di favorire la più ampia partecipazione alle gare e ridurre gli oneri formali a carico degli operatori economici, il predetto art. 46 è stato novellato con l'introduzione del "rivoluzionario"[58] principio di tassatività delle cause di esclusione ad opera del d.l. l. 13 maggio 2011, conv. con mod. dalla l. 12 luglio 2011, n. 106. Per effetto dell'introduzione di un nuovo comma 1*bis*, infatti, il legislatore ha vietato alle stazioni appaltanti di introdurre nella *lex specialis* di gara cause di esclusione ulteriori rispetto a quelle da esso espressamente individuate[59]. Il legislatore, peraltro, ha precisato che le clausole di bandi o dalle lettere di invito che prevedano cause di esclusione ulteriori rispetto a quelle tassativamente previste sono nulle.

Con l'introduzione di tale previsione è stata quindi fortemente limitata la discrezionalità della stazione appaltante in merito all'esercizio del soccorso istruttorio, dal momento che, al di fuori delle ipotesi tipizzate dal legislatore, la stazione appaltante non può escludere il concorrente ma deve disapplicare la prescrizione del bando e richiedere la regolarizzazione dell'offerta[60].

Nonostante il chiaro tenore della norma facesse deporre per un'applicazione sostanzialistica del c.d. soccorso istruttorio - condivisa da parte della giurisprudenza[61]- in base alla quale era consentita la regolarizzazione della documentazione presentata nei casi in cui il concorrente, pur essendo incorso in un'omissione delle prescrizioni formali imposti dal bando, fosse effettivamente in possesso dei requisiti necessari, sussistevano ancora pronunce caratterizzato da un approccio strettamente formalistico[62]. An-

---

[58] Cfr. Dallari, *op. cit.* 173.

[59] Sul punto, vedi Giliberti,*La tassatività della clausole di esclusione nell'art. 46, comma 1-bis, d.lgs. 16 aprile 2006, n. 163: bilancio di una riforma*, in *Foro amm. T.A.R*, 2013, 1057 ss.; De Nictolis, *Le novità dell'estate 2011 in materia di appalti*, in *Urb. app*., 2011, 9, 102 ss.

[60] Cfr. Dallari, *op. cit.*, 174. Si segnala che l'art. 64, comma 4 *bis*, del Codice dei Contratti Pubblici prevede che le stazioni appaltanti debbano predisporre i bandi delle proprie gare sulla base dei bandi-tipo adottati dall'AVCP che individuano, in particolare, le clausole alla cui violazione può conseguire l'esclusione del concorrente. Eventuali deroghe rispetto alle previsioni di quest'ultimi devono essere adeguatamente motivate dall'amministrazione aggiudicatrice. L'AVCP ha adottato il c.d. bando-tipo con la determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012 recante "*Indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara ai sensi degli articoli 64, comma 4-bis e 46, comma 1-bis, del Codice dei contratti pubblici*"; il contenuto della predetta determinazione, tuttavia, è stato profondamente modificato dalla recente determinazione dell'ANAC n. 1 dell'8 gennaio 2015, recante "*Criteri interpretativi in ordine alla disposizioni dell'art. 38, comma 2bis e dell'art. 46, comma 1-ter del D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163*", sul quale ci si soffermerà ampiamente di seguito nel corpo del testo.

[61] Cons. St., sez. III, 2 settembre 2013, n. 4370, in *Foro amm*., 2014, 9, 2268.

[62] Cons. St.,., sez. III, 15 gennaio 2014, n. 123, in *Foro amm*., 2014, 1, 158; Id., sez. V, 21 giugno 2013, n. 3397, in *Riv. giur. ed*., 2013, 5, I, 881. Per un approfondimento sulla giurisprudenza in materia, si rinvia alle lucide osservazioni di Manzi, *In attesa della plenaria…un altro colpo a favore delle tesi sostanzialistiche nell'applicazione del soccorso istruttorio*, in *Urb. app*., 2013, 1309 ss.

che in questo caso il contrasto sembra tuttavia essere stato risolto dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 9 del 2014, la quale con la sentenza ha precisato che il soccorso istruttorio opera solo con riferimento alla documentazione relativa al possesso dei requisiti soggettivi, consentendone la regolarizzazione, ma non consente la produzione tardiva del documento o della dichiarazione mancante o la sanatoria della forma omessa, se tali adempimenti sono previsti a pena di esclusione dal Codice dei Contratti Pubblici, dal suo Regolamento di esecuzione e da altre leggi statali[63]. Entro i limiti sopra evidenziati, peraltro, l'esercizio del potere istruttorio costituisce quindi un obbligo per la stazione appaltante e non una facoltà[64].

Si tratta di un'interpretazione rigorosa e limitativa del soccorso istruttorio che risulta coerente con la necessità di evitare che l'allargamento dell'ambito applicativo dell'istituto non violi l'imparzialità ed il buon andamento della p.a., alterando al contempo la *par condicio* dei concorrenti[65].

Il tema è di particolare rilevanza in quanto, a seguito della puntuale individuazione dei casi in cui un concorrente può essere escluso, l'ambito applicativo dei doveri di soccorso incombenti sulla p.a. dovrebbe essere conseguentemente ampliato.

In proposito, occorre precisare anzitutto che l'art. 75 non disciplina le conseguenze derivanti dalla mancata presentazione della cauzione provvisoria né tanto meno individua quali siano le conseguenze derivanti dalla presentazione di una cauzione incompleta oppure di importo inferiore a quello richiesto dalla *lex specialis* di gara. Spetta quindi all'operatore giuridico individuare la disciplina applicabile alle mutevoli forme sotto le quali la patologia della cauzione può manifestarsi[66].

Il primo caso da analizzare riguarda la presentazione di un'offerta priva della cauzione provvisoria.

L'orientamento consolidatosi in giurisprudenza prima della positivizzazione del principio della tassatività delle cause di esclusione riteneva che il concorrente che non avesse presentato la garanzia provvisoria dovesse essere escluso. Pur in assenza di un'espressa prescrizione che disponesse l'esclusione dell'offerta priva di garanzia, infatti, la giurisprudenza faceva

---

[63] Cons. St., ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9 in *Dir. proc. amm.*, 2012, 2, 544, con nota di Bertonazzi e in *Foro it.*, 2014, 7-8, III, 429, con nota di Travi e Sigismondi.

[64] Cons. St., ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9, cit. Nello stesso senso, Id., sez. III, 5 maggio 2014 n. 2289 in *www.giustizia-amministrativa.it.*

[65] Cfr. Dallari, *I soggetti ammessi*, cit., 175-176.

[66] Sul tema, vedi Minnei, *Le garanzie*, cit., 1056, il quale rileva che interpretazioni della norma nel senso più favorevole ai candidati sarebbero ammissibili "*solo in presenza di questioni attinenti a requisiti della garanzia non solo che non siano espressamente richiesti dal codice o dalla* lex specialis *(nei limiti di continenza imposti dal* favor partecipationis *e dal principio di proporzionalità) ma che, oltre a ciò non siano neppure rilevanti ai fini dell'effettiva sussistenza e consistenza della garanzia medesima.*"

discendere tale conseguenza dal fatto che la cauzione costituisce parte integrante dell'offerta e, pertanto, tale carenza non può essere sanata o soddisfatta successivamente[67]. A seguito dell'introduzione del principio sopra richiamato, tuttavia, si è formato un filone giurisprudenziale che afferma il principio in base al quale, in virtù dell'assenza di una prescrizione legislativa che disponga tale sanzione, alla mancata presentazione della cauzione in sede di offerta non può conseguire l'esclusione del candidato ovvero l'inammissibilità della sua offerta. Anche tale omissione, pertanto, poteva essere sanata a seguito dell'esercizio del soccorso istruttorio da parte della stazione appaltante [68].

La giurisprudenza prevalente, tuttavia, continua ad affermare, anche a seguito dell'introduzione della (prima) novella all'art. 46, che l'obbligo di depositare la cauzione provvisoria costituisce un adempimento essenziale ai fini della valida formazione dell'offerta e pertanto alla sua assenza non potrebbe conseguire l'attivazione del potere di soccorso istruttorio, il quale non opera in riferimento agli "elementi essenziali" [69].

Dello stesso avviso anche parte della dottrina, la quale rileva che l'offerta priva di cauzione provvisoria non può essere sanata. Secondo tale impostazione, infatti, in tale ipotesi l'offerente deve quindi essere escluso, in linea con l'insegnamento di quelle recenti pronunce del Consiglio di Stato[70]che, nel definire l'ambito di estensione del potere istruttorio, hanno chiarito che la stazione appaltante deve disporre l'esclusione del candidato non solo per l'assenza di elementi o adempimenti presidiati da un'esplicita clausola di esclusione, ma anche in tutti quei casi in cui il Codice dei Contratti Pubblici impone un determinato adempimento con carattere espresso di doverosità, proprio come avviene nel caso della cauzione provvisoria[71].

Altra questione controversa riguarda le conseguenze derivanti dalla presentazione da parte dell'impresa offerente di una cauzione incompleta o irregolare, evenienza che può venire a configurarsi, ad esempio, qualora la garanzia presentata sia di importo inferiore a quello richiesto dal bando ma anche quando la polizza fideiussoria sia viziata da errori materiali, quali ad esempio, l'assenza della clausola che prevede il pagamento del fideiussore

---

[67] Cfr. Cons. St., sez. V, 12 giugno 2009, n. 3746, cit.; TAR Toscana, Firenze, sez. I, 26 maggio 2011, n. 935, in *Foro amm. T.A.R.*, 2011, 5, 1559.

[68] Cfr. Tar Lazio, Roma, sez. I, 9 ottobre 2013, n. 8711, in *Foro amm. T.A.R.*, 2013, 10, 3073; Id., sez. I, 30 novembre 2012, n. 10008 in *www.giustizia-amministrativa.it*; Id., sez. I *ter* 28 maggio 2013, n. 5361, *ibidem*.

[69] Cons. gius. amm. sic., sez. giur., 7 settembre 2012, n. 764 disponibile su *www.giustizia-amministrativa.it*

[70] Cons. St., ad. plen., 7 giugno 2012, n. 21 in *Foro amm. C.d.S.*, 6, 1523 nonché Id., sez. III, 16 marzo 2012, n. 1472 in *Foro amm. C.d.S.*, 2012, 3, 571. Nello stesso senso, vedi anche l'ordinanza Id., sez. VI, 17 maggio 2013, n. 2681 consultabile all'indirizzo *www.giustizia-amministrativa.it*.

[71] Cfr. Minnei, *Le garanzie*, cit., 1058.

a prima richiesta della stazione appaltante[72].

Tradizionalmente la giurisprudenza, sulla base di un approccio particolarmente formalistico, tendente a preservare la *par condicio* tra i concorrenti, riteneva che l'inesatta costituzione della garanzia - al pari della sua mancata presentazione – costituiva una irregolarità non sanabile mediante una successiva integrazione documentale e pertanto comportava l'esclusione del candidato interessato[73].

Altro filone giurisprudenziale, poi, riteneva non sanabile, con conseguente esclusione dell'impresa offerente interessata, la presentazione di una polizza fideiussoria priva di una clausola che la stazione appaltante aveva espressamente definito essenziale nel bando e che aveva richiesto a pena di esclusione. In particolare, il Consiglio di Stato ha confermato la legittimità dell'esclusione di una società che, diversamente da quanto richiesto a pena di esclusione dal bando, aveva presentato una polizza fideiussoria che non prevedeva espressamente la copertura della garanzia per l'ente, in caso di mancata ottemperanza del concorrente alla richiesta di prova del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, *ex* art. 48, d.lgs. n. 162/2006, ovvero in caso di verificata non corrispondenza tra quanto autodichiarato dal concorrente e quanto accertato dalla stazione appaltante [74].

In altre occasioni, invece, in presenza di una *lex specialis* che imponeva a pena di esclusione la presentazione di una polizza fideiussoria recante la sottoscrizione del garante autenticata in forma notarile, il giudice amministrativo ha ritenuto legittima l'esclusione da parte della p.a. di un concorrente che aveva presentato una garanzia priva della firma autenticata del garante[75].

L'orientamento giurisprudenziale prevalente era quindi nel senso di ritenere che le irregolarità relative alla cauzione non potevano essere sanate oppure soddisfatte in epoca successiva rispetto alla presentazione dell'offerta in quanto l'ambito di applicazione del soccorso istruttorio disciplinato dalla versione originaria dell'art. 46 doveva essere necessariamente circoscritto al completamento delle produzioni già effettuate.

---

[72] Per una rassegna della casistica relativa ai vizi della cauzione provvisoria, si rinvia a Minnei, *op. cit*., 1059 ss.

[73] Cfr. *ex multis* Cons. St., sez. IV; 9 dicembre 2012, n. 6675, in *Riv. giur. ed*., 2003, I, 1098; Id., sez. VI, 6 giugno 2011, n. 3365 in *Foro amm. C.d.S*., 2011, 6, 2017 e Id., sez. III, 19 aprile 2011, n. 2387, ibidem, 2011, 4, 1165 nonché TAR Puglia, Bari, sez. II, 24 maggio 2004 n. 2276, in *Trib. amm. reg*., 2004, I, 2620. La giurisprudenza faceva derivare tale conseguenza anche dalla presentazione di una cauzione di importo inferiore a quello richiesto dal bando di gara (TAR Toscana, sez. I, 17 gennaio 2011, n. 198, in *Foro amm. T.A.R*., 2011, 70).

[74] Cons. St., sez. V, 17 gennaio 2011, n. 198 in *Foro amm. C.d.S*., 2011, 164.

[75] Cfr. TAR Lazio, Roma, sez. III, in *Foro amm. T.A.R*., 2006, 2103; Cons. St., sez. VI, 6 giugno 2011, n. 3365, cit.

Tale atteggiamento formalistico è stato tuttavia abbandonato da parte della giurisprudenza nel periodo successivo all'entrata in vigore del principio della tassatività delle cause di esclusione e dell'ampliamento dell'ambito applicativo del c.d. soccorso istruttorio.

Secondo questo orientamento giurisprudenziale, infatti, la cogenza del predetto principio impedisce alla stazione appaltante di escludere da una gara l'impresa concorrente che abbia presentato una cauzione di importo inferiore a quello richiesto ovvero abbia presentato una cauzione incompleta e, al contrario, impone la regolarizzazione degli atti ovvero l'integrazione della cauzione insufficiente, circostanza che impone che la cauzione deve essere stata comunque presentata [(76).]

Si deve in ogni caso rilevare che, anche dopo l'introduzione del principio della tassatività delle cause di esclusione,la giurisprudenza prevalente rimane arroccata su posizioni più formalistiche, privilegiando quindi un'interpretazione tendente a privilegiare la *par condicio* tra i concorrenti rispetto al principio del *favor partecipationis*. In particolare, questo filone giurisprudenziale "formalista"[(77)]condivide il catalogo delle cause di esclusione relative alla cauzione individuata dall'autorità di regolazione di settore nell'ambito del c.d. bando tipo[(78)]. Secondo tale orientamento costituisce innanzitutto causa di esclusione la mancata presentazione della cauzione provvisoria[(79)].

Allo stesso modo, costituisce causa di esclusione la presentazione di una polizza fideiussoria che non indichi espressamente la rinuncia del fideiussore alla preventiva escussione del garante e la rinuncia all'eccezione prevista dall'art. 1957, comma 2 e, allo stesso tempo, sia contempli la clausola di operatività della garanzia a prima richiesta[(80)].

Nello stesso senso, determinano l'esclusione del concorrente la presentazione di una cauzione sprovvista dell'indicazione del soggetto garantito[(81)]

[(76)] Cons. St., sez. III, 5 dicembre 2013, n. 5781, in *Foro amm. C.d.s*., 2013, 3329; Id., sez. III, 1 febbraio 2012, n. 493, in *Foro amm. C.d.S.,* 2012, 266; TAR Liguria, sez. II, 22 settembre 2011 n. 1396, in *Foro amm. T.A.R*, 2011, 2697; TAR Toscana, sez. I, 22 gennaio 2014, n. 143 in *www.giustizia-amministrativa.it;* Id., sez. I, 2013, n. 141, *ibidem*; TAR Sardegna, sez. I, 1 agosto 2014, n. 690, *ibidem*; TAR Lazio, Roma, sez. III, n. 9939, in *ibidem*, 2013, 11, 3423; TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 19 marzo 2013, n. 647 nella stessa *Rivista*, 2013, 3,1026.

[(77)] Il riferimento è a Cons. St., sez. IV, 18 dicembre 2013, n. 6088, in *Foro amm. C.d.S*., 2013, 12, 3419; TAR Piemonte, Torino, sez. II, 15 novembre 2011, n. 1207, nella stessa *Rivista T.A.R*., 2013, 11, 3286 il quale evidenzia che non costituisce causa di esclusione una polizza fideiussoria rilasciata per un importo superiore a quello richiesto dal bando, ma inequivocabilmente riferibile alla gara in questione.

[(78)] Cfr. determinazione AVCP 10 ottobre 2012, n. 4.

[(79)] Cons. St., sez. IV, 18 dicembre 2013, n. 6088, cit.; TAR Piemonte, Torino, sez. II, 15 novembre 2011, n. 1207, cit.

[(80)] Cfr. la giurisprudenza citata *supra* alla nota 76.

[(81)] È il caso della polizza fideiussoria prestata a favore di un raggruppamento temporaneo di imprese non ancora costituito che non indica i nominativi di tutte le imprese raggruppande.

ma anche la prestazione di una cauzione secondo modalità non previste dalla legge. Con riferimento a quest'ultima ipotesi, l'AVCP evidenzia che integrerebbe un motivo di esclusione la presentazione di una polizza fideiussoria rilasciata da un intermediario finanziario privo dei requisiti specificati dall'art. 75, comma 3, del Codice dei Contratti Pubblici[82].

La medesima sorte sarebbe riservata al concorrente che presenti una cauzione con una validità inferiore a quella prescritta dal bando o comunque inferiore a 180 giorni oppure che unitamente all'offerta non presenti una dichiarazione contenente l'impegno di un fideiussore a rilasciarela garanzia fideiussoria in caso di aggiudicazione del contratto.

Parte della giurisprudenza ritiene poi che alle ipotesi di esclusione sopra individuate debba aggiungersi anche quelle relativa alla presentazione di una cauzione o polizza fideiussoria falsa[83].

L'autorità di settore e la giurisprudenza, infine, ricomprendono tra le cause tassative di esclusione anche la presentazione di una polizza fideiussoria priva della sottoscrizione del garante[84].

Le medesime conseguenze deriverebbero dalla presentazione di una polizza fideussoria priva di firma autenticata, se previsto dalla *lex specialis*[85].

La previsione di siffatto adempimento è finalizzata a garantire alla stazione appaltante la certezza dell'azionabilità a prima richiesta della polizza fideiussoria, senza correre il rischio di vedersi opposto il disconoscimento. Infatti, solo l'autenticazione della firma del garante determina la piena prova ai sensi degli artt. 2702 e 2703 c.c. della provenienza della sottoscrizione e, di conseguenza, l'impossibilità per il garante di disconoscere la firma al momento della possibile escussione. Secondo quest'orientamento, pertanto, la stazione appaltante risulterebbe legittimata a prevedere nella *lex specialis* il predetto obbligo in considerazione della tutela dell'interesse pubblico alla certezza sulla provenienza della garanzia. La previsione di siffatto adempimento obbligatorio, peraltro, non risulterebbe in contrasto con la previsione dell'art. 75, del d.lgs. n. 163/2006, il quale, pur non prevedendolo espressamente, neppure lo esclude[86].

---

[82] Cfr. determinazione AVCP 10 ottobre 2012, n. 4 nonché le pronunce della giurisprudenza richiamate *supra* nella nota 76.

[83] Cons. St., sez. IV, 18 dicembre 2013, n. 6088, cit.; nello stesso senso, vedi la determinazione AVCP 10 ottobre 2012, n. 4.

[84] Cons. St., sez. VI, 6 giugno 2011, n. 3365,cit; Id., 18 dicembre 2013, n. 6088, cit.

[85] Sul punto, v. anche Cons. St., sez. VI, 6 giugno 2011, n. 3365, cit. e Id., sez. III, 19 aprile 2011, n. 2387, cit.

[86] Cfr. Cons. St., sez. V, 30 agosto 2005, n. 4421, in *Riv. giur. ed.*, 2005, 6, I, 2092 ma anche la giurisprudenza citata alla nota che precede. Nello stesso senso, vedi anche la nota determinazione AVCP n. 4/2012 ed il recente parere di precontenzioso dell'ANAC 29 luglio 2014, n. 10 nonché in dottrina Minnei, *Le garanzie*, cit., 1067.

Nello stesso senso, altra giurisprudenza evidenzia che la mancanza di un'apposita previsione legislativa in merito non può condurre di per sé a ritenere una clausola vietata dall'ordinamento, essendo necessario, a tal fine, verificare se tale clausola possa comunque essere inserita dalle stazioni appaltanti[87].

Il contrasto tra le due correnti giurisprudenziali, quella sostanzialista, da una parte, che ammette la regolarizzazione dei vizi della cauzione incompleta e quella formalista, dall'altra, risulta palese con riferimento all'ipotesi di prestazione di garanzia di importo inferiore rispetto quello previsto dal bando.

Si è visto che la prima riconosce la possibilità di integrare in un secondo momento la cauzione di importo inferiore e non determina l'esclusione del concorrente [88].

L'AVCP e la giurisprudenza più rigorosa, pur ammettendo la possibilità di una integrazione della cauzione, limita invece l'operatività del soccorso istruttorio nelle sole ipotesi la prestazione di cauzione insufficiente sia dovuta ad un evidente errore formale[89].

7. La tenuta di entrambe le tesi appena richiamate dovrà tuttavia essere valutata con riferimento alle nuove "rivoluzionarie" misure introdotte dall'art. 39 del d.l. 90/2014 che, nelle intenzioni del legislatore, dovrebbero ridurre il contenzioso in materia di appalti attraverso un deciso il potenziamento del soccorso istruttorio. Più precisamente, tale disposizione ha novellato l'art. 38 del Codice, inserendovi un nuovo comma 2*bis*, e ha inserito nel corpo dell'art. 46 un nuovo comma 1*ter*.

Il legislatore ha operato in due direzioni: da una parte, ha provveduto alla procedimentalizzazione del soccorso istruttorio, il quale è divenuto doveroso per tutte le ipotesi di omissione o irregolarità degli elementi presentati e delle dichiarazioni rese in sede di gara; dall'altra, ha subordinato l'esclusione della gara esclusione all'omessa produzione, integrazione e regolarizzazione degli elementi e delle dichiarazioni carenti nel termine assegnato dalla stazione appaltante [90].

---

[87] Cfr. Cons. St., sez. VI, 6 Giugno 2011 n. 3365, cit.; TAR Sicilia, Catania, sez. I, 11 luglio 2013, 2052, in *Foro amm. T.A.R.*, 2013, 7-8, 2623; TAR Lazio, Roma, sez. III, 5 marzo 2013 n. 2361, *ibidem*, 2013, 3, 880; TAR Lazio, Latina, sez. I, 20 dicembre 2012, n. 1006, *ibidem*, 2012, 12, 3911.

[88] Nel senso che la prestazione di una cauzione di importo inferiore a quello richiesto dal bando non comporti in ogni caso l'esclusione del bando, si rinvia *ex multis* alla recente sentenza Cons. St., sez. V, 5 dicembre 2014, n. 6028, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[89] Cfr. Cons. St., sez. V, 2 dicembre 2008, n. 5931,in *Riv. giur. ed.*, 2009, I, 604 e Id, sez. V, 31 ottobre 2001, n. 5690, in *Foro Amm.*, 2001, 2827; nello stesso senso, vedi anche Tar Lazio, Roma, sez. III, 23 luglio 2004, n. 7288, in *Foro amm. T.A.R.*, 2004, 2226.

[90] Cfr. Dallari, *I soggetti ammessi alle procedure di affidamento*, cit., 169 ss., in particolare 177.

Per effetto del nuovo comma 2 *bis* dell'art. 38, qualora riscontri la mancanza, l'incompletezza oppure un'irregolarità essenziale relativa agli elementi e alle dichiarazioni sul possesso dei requisiti soggettivi presentato da uno dei concorrenti, la stazione appaltante è tenuta ad assegnare a quest'ultimo un termine, non superiore a dieci giorni, per la presentazione delle dichiarazioni mancanti oppure l'integrazione o la regolarizzazione delle dichiarazioni incomplete.

In tali ipotesi, pertanto, diversamente da quanto avveniva sotto il previgente art. 38, la stazione non provvede all'esclusione del concorrente bensì irroga l'apposita sanzione individuata al momento della pubblicazione del bando, il quale dovrà quindi individuare un importo compreso tra l'1 per cento e l'uno per mille del valore del contratto, in ogni caso non superiore a Euro 50.000; il legislatore ha espressamente previsto che il versamento della sanzione sia garantito dalla cauzione provvisoria.

Soltanto nell'ipotesi in cui l'operatore economico non provveda a regolarizzare la documentazione nell'ulteriore termine indicato, pertanto, la stazione potrà disporne l'esclusione.

Il legislatore ha comunque precisato che la disciplina in esame non trova tuttavia applicazione nel caso di irregolarità da ritenersi non essenziali ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, precisando che in tali ipotesi la stazione appaltante non deve richiede integrazioni documentali né irrogare sanzioni.

Per effetto del neo introdotto art. 46, comma 1 *ter* tuttavia, l'innovativo regime previsto dall'art. 38,comma 2 *bis* del Codice dei Contratti Pubblici acquisisce valenza generale e trova applicazione a tutte le ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni che devono essere prodotti dai concorrenti.

Com'è stato osservato da autorevole dottrina, pertanto, nelle gare indette successivamente all'entrata in vigore del d.l. 90/2014, i concorrenti potranno regolarizzare tutte le omissioni di carattere formale relative alla documentazione di gara richiesta dalla *lex specialis*; rimangono escluse le sole dichiarazioni di volontà ovvero gli unici documenti dell'offerta in senso stretto – offerte tecnica e offerta economica - con riferimento ai quali ogni possibilità di integrazione successiva o c.d. postuma rispetto alla scadenza dei termini di presentazione deve essere esclusa per imperative ragioni di garanzia della *par condicio* tra i partecipanti nonché di trasparenza[91].

Muta pertanto radicalmente la disciplina del soccorso istruttorio e, conseguentemente, i principi che ne regolano l'esercizio. Nel regime previgente il d.l. 90/2014, entro i limiti segnati dalla giurisprudenza[92], il soccorso

---

[91] Cfr. De Nictolis, *La riforma del Codice Appalti*, in *Urb. app*., 2014, 877.

[92] Il riferimento è ai limiti individuati da Cons. St., ad plen., 25 febbraio 2014, n. 9, cit. nonché da Id., sez. III, 25 maggio 2014, n. 2289, cit. Sul punto, vedi *supra* § 4.

istruttorio consentiva infatti esclusivamente di completare o regolarizzare esclusivamente i documenti e le dichiarazioni relative al possesso dei requisiti soggettivi di partecipazione dell'operatore economico già presentati in sede di offerta; esso era invece pacificamente ritenuto inoperante nelle ipotesi in cui venivano in rilievo carenze afferenti quei documenti o inadempimenti procedimentali diversi dalle dichiarazioni *ex* art. 38 Codice dei Contratti Pubblici.

A seguito dell'entrata in vigore delle nuove disposizioni, tuttavia, il principio alla base del funzionamento del soccorso istruttorio viene invertito: come rilevato dalla ANAC, nel frattempo subentrata all'AVCP, infatti, diventa sanabile qualsiasi carenza omissione o irregolarità essenziale di tutti gli elementi della documentazione già presentata richiesti dalla legge o dalla *lex specialis* e gli unici limiti estrinseci sono rappresentati dall'inalterabilità dell'offerta, della certezza in ordine alla provenienza della stessa, dal principio di segretezza che presiede alla presentazione dell'offerta

stessa e dall'inalterabilità delle condizioni in cui versano i concorrenti al momento della scadenza del termine per la partecipazione alla gara.

Il legislatore non ha però provveduto all'individuazione di quelle irregolarità essenziali che determinano l'obbligo di attivazione del soccorso istruttorio da parte della stazione appaltante.

Spetterà pertanto alle amministrazioni aggiudicatrice all'operatore giuridico, prima ancora della giurisprudenza, individuare i casi nei quali la stazione appaltante dovrà stendere tale "paracadute" ed in tale operazione dovranno necessariamente essere tenuti in considerazione, quale limite esterno, le cause tassative di esclusione individuate dal bando tipo dell'ANAC.

Ai fini della nostra indagine, appare doveroso svolgere qualche considerazione su quelle modifiche che di fatto incidono sulla disciplina dei vizi della cauzione provvisoria.

In prima battuta, alla cauzione provvisoria viene attribuita *ex lege* una ulteriore funzione: quella di garanzia del versamento da parte del concorrente delle sanzioni pecuniarie previste dalla *lex specialis* ed eventualmente applicate dalla stazione appaltante nell'ipotesi di irregolarità essenziale dei elementi e delle dichiarazioni presentate dall'offerente.

Sulle modalità applicative della disposizione, tuttavia, sussistono non pochi dubbi[93].

In *primis*, l'opacità del testo legislativo potrebbe indurre le stazioni

---

[93] Notevoli dubbi sussistono anche in riferimento all'ambito di applicazione e in particolare sull'applicazione della stessa norma alle procedure ristrette, con riferimento alle quali non viene previsto il versamento di una garanzia all'atto della presentazione della disponibilità ad essere invitato. In senso affermativo, la recente determinazione n. 1/2015 dell'ANAC rileva che la previsione di cui all'art. 38bis e dunque anche la disciplina sanzionatoria da esso contemplata si applica a tutte le procedure di affidamento individuate dal Codice dei Contratti Pubblici.

appaltanti a prevedere un'integrazione supplementare della cauzione provvisoria, anche al di là del limite previsto dall'art. 75 del Codice dei Contratti Pubblici[94].

I primi commentatori della norma ritengono inoltre che, per effetto di tale previsione, in caso di mancato pagamento della sanzione da parte dell'impresa concorrente, la stazione appaltante potrà rivalersi sulla cauzione, la quale dovrà essere tempestivamente reintegrata[95]. Tale affermazione, peraltro, sembra essere condivisa dall'ANAC, la quale tuttavia rileva che l'obbligo di reintegrazione a pena di esclusione dovrà essere specificato nel bando o nella lettera di invito[96].

Altri invece hanno rilevato che la possibilità per la stazione appaltante di rivalersi sulla cauzione al fine di ottenere il pagamento della predetta sanzione risulterebbe legittima soltanto nell'ipotesi in cui essa venga prestata tramite garanzia reale. La previsione di una polizza fideiussoria che garantisca il versamento di importi dovuti a titolo di sanzione, infatti, si porrebbe in evidente contrasto con l'art. 12 del d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, il quale vieta espressamente la stipula di "*assicurazioni che hanno per oggetto il trasferimento del rischio di pagamento delle sanzioni amministrative*"[97].

A prescindere da qualsiasi considerazione in merito alla legittimità della previsione della polizza fideiussoria prestata a garanzia del versamento della sanzione irrogabile dalla stazione appaltante ai sensi dell'art. 38,

---

[94] Si vedano in questo senso le perplessità espresse da F. Saitta, *Forma e sostanza nelle procedure di affidamento di contratti pubblici alla luce degli ultimi interventi legislativi*, in *www.lexitalia.it,* novembre 2014, alla nota 18 e dall'Associazione Nazionale Costruttori Edili nel documento Id., "DL 90/2014 "*Misure per l'efficienza della p.a. e degli uffici giudiziari. Le novità introdotte in sede di conversione in legge*", disponibile all'indirizzo in *www.un-industria.it,* settembre 2014, 7, ove viene rappresentato il rischio che la formulazione della norma induca le stazioni appaltanti a ritenere legittimo l'incremento del valore della cauzione provvisoria e più precisamente l'aggiunta, all'importo individuato in percentuale dall'art. 75 d.lgs. n. 163/2006, dell'importo della sanzione *ex* art. 38, comma 2 *bis*.

[95] Cfr. F. Saitta, *Forma e sostanza nelle procedure di affidamento di contratti pubblici alla luce degli ultimi interventi legislativi*, cit. e Foa', *Semplificazione degli oneri formali nelle procedure di affidamento di contratti pubblici*, in *Urb. app*., 2014, 11, 1147 ss., in part. 1156.

[96] Cfr. Determinazione ANAC n. 1/2015, cit..

[97] Cfr. F. Saitta, *Forma e sostanza*, cit. e Lazzini, *Il "delirio" delle nuove disposizioni: breve nota sul combinato disposto del comma 2 bis dell'articolo 38 con il comma 1 ter dell'articolo 46 del codice dei contratti*, in *www.diritto.it*, secondo la quale sarebbe stato più semplice disporre la diretta escussione della cauzione provvisoria senza menzionare alcuna sanzione pecuniaria. Si riporta infine per maggiore comodità del lettore il testo dell'articolo 12, comma 1, del c.d. "Codice delle assicurazioni private" approvato con il decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, il quale così recita: "*Sono vietate … le assicurazioni che hanno per oggetto il trasferimento del rischio di pagamento delle sanzioni amministrative … In caso di violazione del divieto il contratto è nullo e si applica l'articolo 167, comma 2*".

appare in ogni condivisibile l'opinione di quell'attenta dottrina che ritiene necessario un intervento del legislatore volto a chiarire se la sanzione sia comunque dovuta nell'ipotesi in cui il concorrente non intenda sanare la propria irregolarità[98].

La disciplina introdotta dal d.l. n. 90/2014, risulta particolarmente innovativa per quel che riguarda le conseguenze derivanti dalla presenza di vizi relativi alla cauzione provvisoria.

La dottrina che si è occupata del tema è concorde nel ritenere che la cauzione provvisoria rientri tra gli "elementi" dell'offerta con riferimento ai quali opera la nuova disciplina del soccorso istruttorio[99].

Verrebbe quindi meno il sostrato da fondo al contrasto giurisprudenziale che contrapponeva da una parte i sostenitori della tesi in base alla quale la mancata o irregolare presentazione di una cauzione comportava l'esclusione del concorrente inadempiente, dall'altra l'orientamento formatosi a seguito dell'introduzione del principio di tassatività delle esclusioni che invece riteneva che le irregolarità relative alla cauzione provvisoria fossero suscettibili di integrazione o regolarizzazione.

L'opinione della dottrina appena richiamata, peraltro, viene condivisa anche dall'ANAC, la quale ha di recente pubblicato una determinazione recante i criteri interpretativi in ordine alle innovative disposizioni in materia di soccorso istruttorio introdotte dall'art. 39 del. d.l. 90/2014, provvedendo ad individuare puntualmente, in negativo, quali siano i vizi afferenti la cauzione provvisoria che non possono essere fatti oggetto di sanatoria.

Al riguardo, l'autorità di regolazione, nel condividere la svolta del legislatore volta a privilegiarela più ampia partecipazione alle gare pubbliche, sposando l'approccio sostanzialista al tema della patologia della cauzione già fatto proprio da parte della giurisprudenza e condivisa peraltro anche dal TAR Umbria nella sentenza annotata, ha chiarito che devono essere ritenute sanabili tutte le ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità rispetto in materia alla cauzione provvisoria a condizione che la garanzia sia stata già costituita all'epoca della gara e abbia decorrono.

Inutile evidenziare la portata applicativa di tale interpretazione, la quale però dovrà fare breccia anche nella giurisprudenza più conservatrice sul tema.

8. L'analisi condotta nelle pagine precedenti ha rilevato l'impossibilità di definire con certezza i contorni della disciplina della cauzione provvisoria.

Le maggiori incertezza riguardano la disciplina dei vizi della cauzione provvisoria anche e soprattutto alla luce dell'introduzione del principio della tassatività delle cause di esclusione e della nuova perimetrazione dell'istituto del soccorso istruttorio operata dall'art. 46 bis.

---

[98] Foà, *Semplificazione degli oneri formali*, cit., 1156.

[99] Id, *op. cit*, 1155 nonché F. Saitta, *Forma e sostanza*, cit.

Nella sentenza annotata, la censura della ricorrente in merito all'incompletezza della polizza fideiussoria allegata dall'aggiudicatario all'offerta viene inquadrata dal giudice amministrativo umbro mediante il puntuale riferimento alle norme in materia di soccorso istruttorio.

La correttezza di tale *modus operandi* del TAR Umbria sembra essere confermata a seguito dell'ampliamento dell'ambito di applicazione del predetto istituto, se si considera che anche l'ANAC nella recente determinazione n. 1/2015 ha riconosciuto la possibilità di integrare la fideiussione incompleta e/o insufficiente e addirittura di presentare una fideiussione che non si era presentata di gara purchè già costituita.

In attesa del recepimento nel diritto interno delle direttive europee in materia di contratti e concessioni pubbliche, l'individuazione della disciplina applicabile ai vizi della cauzione provvisoria dovrà essere necessariamente affidata alla giurisprudenza e non è escluso che questa, nell'eterno oscillare tra interpretazione formalista e sostanzialistica delle norme del Codice dei Contratti Pubblica, confermi di prediligere la prima e di fatto neutralizzi il tentativo del legislatore di diminuire il contenzioso in materia di contratti pubblici.

A tal proposito, sia consentito evidenziare, in linea con i primi autori che hanno analizzato attentamente le nuove disposizioni previste dall'art. 39 del d.l. 39/2014, l'assoluta necessità di un intervento del legislatore diretto a precisare il ruolo della cauzione provvisoria a garanzia del versamento della sanzione e in particolare ne individui le modalità operative. In caso contrario, il meccanismo previsto dal legislatore rischia paradossalmente di sortire l'effetto opposto di quello sperato: un aumento del contenzioso riguardante l'escussione o l'incameramento della cauzione per effetto dell'esercizio del soccorso istruttorio ed un ulteriore burocratizzazione dei meccanismi che conducono alla selezione dei contraenti della p.a.

MICHELE RIZZO

DOTTRINA

CRISI FAMILIARE E AFFIDO CONDIVISO NEL CONTESTO DELLE LOGICHE COMUNICATIVE TRA GENITORI E FIGLI

SOMMARIO: 1. *Premessa* – 2. *Le origini della responsabilità genitoriale. La 'patria potestas' e i suoi profili evolutivi nel diritto romano* – 3. *La crisi familiare nella storia del diritto di famiglia* – 4. *Affido condiviso e tutele* – 5. *Diritto del minore e interessi in gioco* – 6. *Considerazioni conclusive.*

1. *Premessa*

Sono trascorsi oltre trentacinque anni da quando il regista americano Robert Benton nel 1979 dirigeva '*Kramer contro Kramer*', film in cui si racconta la storia del divorzio tra Ted e Joanna che litigano su chi debba avere la custodia del figlioletto Billy.

Joanna dice di avere bisogno di riflettere sulla sua vita: «Sono sempre stata moglie di qualcuno, madre di qualcuno, mai me stessa…», si sente inadeguata per il figlioletto: «Sono tremenda per lui», perciò decide di andarsene da casa, tentando di spiegare al figlio di sei anni che «Qualche volta anche una mamma se ne può andare…non sarò la tua mamma in casa, ma sarò sempre la tua mamma nel cuore». Billy si ritrova a vivere con il padre, dirigente pubblicitario, che per dedicare più tempo a suo figlio perde perfino il lavoro.

Quindici mesi più tardi Joanna ritorna a New York per riavere il figlio e quando, dopo una lunga battaglia legale, lo otterrà, emergeranno nuove problematiche legate essenzialmente allo stato di disagio del bambino. Infatti, Billy, pur soffrendo per la lontananza dalla madre, è tuttavia affezionatissimo al padre con il quale ha stabilito una forte intesa e dal quale non vorrebbe distaccarsi: «E io dove andrò a dormire? Dove avrò il mio letto?... Se ti sentirai solo, mi telefonerai, papà?». Ed è allora che Joanna decide di non portarlo con sé, in quanto si rende conto che «Billy è già a casa».

A mio modo di vedere, si tratta di un film che rappresenta molto bene le difficoltà di una famiglia in crisi, in cui tutti i componenti vivono una situazione di sofferenza: una donna che si sente inadeguata per il marito e per il figlio, un marito che in un momento di rabbia si chiede: «Quanto coraggio richiede abbandonare un figlio?», anche se poi qualche volta ammette di non aver saputo comprendere la propria moglie. Per non parlare del figlioletto che, ovviamente, con la mentalità di un bambino della sua età, arriva perfino a colpevolizzarsi, al punto da pensare che la mamma lo ha lasciato perché è cattivo.

Il problema dell'affidamento dei minori, al tempo in cui è stato proiettato il film '*Kramer contro Kramer*', era già molto diffuso e sentito negli Stati Uniti, quando ancora era relativamente marginale in Italia.

Ormai anche nel nostro Paese la famiglia è mutata, in particolare stanno scomparendo quei ruoli che negli anni trascorsi sembravano fissi, quasi immutabili: il ruolo del padre, della madre, dei figli, dei nonni, dei nipoti. Il nucleo familiare è in difficoltà: carenza di servizi, politica fiscale inefficace che non tiene conto dei componenti della famiglia, grandi trasformazioni nei sentimenti, nei legami affettivi che vengono 'consumati' con incredibile rapidità e leggerezza.

È all'evidenza di tutti anche l'insofferenza generalizzata verso costrizioni e convenzioni; spesso vengono cercate relazioni, che possono rivelarsi pericolose, con sconosciuti individuati con combinazioni elettroniche di *facebook*. Sono altresì in aumento relazioni stabili tra adulti non coniugati che vivono autonomamente anche molto lontani tra loro.

In tutto questo contesto appare probabile che si sia investito poco sulla famiglia, in particolare negli anni '70 e per buona parte negli anni '80, quando le politiche sono state incentrate soprattutto sull'individuo.

A differenza dei 'caroselli' di una volta, la famiglia nella pubblicità è diventata un tema impopolare, non funziona più. Parlare di famiglia è meno efficace che parlare di individuo, al massimo si può parlare di un sistema piccolo di relazioni, dove spesso è il prodotto pubblicizzato che simboleggia i rapporti, i sistemi relazionali e i bisogni che sono all'interno della famiglia.

I ruoli messi in discussione non fanno che generare una certa circolarità: aumentano, infatti, i giovani che rimangono nelle case paterne oltre i trent'anni di età; separati e divorziati spesso ritornano dai propri genitori, per non parlare del fatto che la famiglia contemporanea tende a diventare laboratorio privato dell'intercultura, della dialettica privata tra differenze religiose, etniche, politiche.

I prossimi paragrafi saranno un modesto tentativo di analisi del diverso apprezzamento da attribuire, nella crisi familiare, alla condizione dei minori, tenendo conto che un migliore regolamento della separazione matrimoniale in rapporto ai figli e una più concreta ed efficace tutela

dell'infanzia costituiscono argomenti, di cui non si può differire soluzione, senza che intervengano perturbamenti, per certi aspetti anche gravi, nei soggetti coinvolti.

E, d'altra parte, appare condivisibile la tesi[1], secondo cui non ci saranno genitori perfetti, né ci saranno figli perfetti. Tuttavia, «il segreto consiste nel cercare di comprendere le ragioni dei propri figli…E non ci può essere dialogo e ascolto tra genitori e figli senza dialogo e affinità all'interno della coppia che deve essere preparata al rapporto con loro…».

2. *Le origini della responsabilità genitoriale. La 'patria potestas' e i suoi profili evolutivi nel diritto romano*

Secondo parere autorevole[2], *patria potestas*, filiazione legittima, *vitae necisque potestas* «sono tutte forme di una vita istituzionalizzata che, quale fosse stata la loro origine e il loro fondamento primitivo, non possono più, una volta sorto l'ordinamento generale, avere un fondamento estraneo a tale ordinamento[3]».

Ad ogni modo, è all'evidenza che l'istituto giuridico della *patria potestas* romana[4] già aveva colpito l'attenzione degli antichi e, d'altra parte, non poteva essere altrimenti, considerato che il potere del *pater familias* era talmente ampio da comprendere lo *ius vitae ac necis*[5].

---

[1] Palazzo, *La tutela dell'infanzia nelle diverse culture*, in Palazzo–Ferranti, *Etica del diritto privato*, 2, Padova, 2002, 97 ss.

[2] Cfr. Orestano, *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*, Torino, 1967, 63.

[3] Le uniche fonti giuridiche in nostro possesso per il periodo più antico sono le c.d. *leges regiae*; v. Ferrini, *Storia delle fonti del diritto romano e della giurisprudenza romana*, Milano, 1855, 1 ss.; Riccobono, *Fontes iuris romani antejustiniani*, Firenze, 1941, 1, 3 ss.

[4] *Ex plurimus*, si consultino Voci, *Storia della patria potestas da Augusto a Diocleziano*, in *Studi di diritto romano*, 2, Padova, 1985, 80 ss; Voci, *Storia della patria potestas da Costantino a Giustiniano*, in *Studi di diritto romano*, 2, Padova, 1985, 32; Saller, *I rapporti di parentela e l'organizzazione familiare* in *Storia di Roma*, 4, Torino, 1989, 534; Corbier, *La petite enfance à Rome: lois, normes, pratiques individuelles et collectives* in *Annales Histoire, Sciences Sociales*, 54, 1999, 1265; Cicogna, *La patria potestà in diritto romano*, in *Studi Senesi*, 59, 1945, 136; v. altresì sull'argomento Dalla, *Aspetti della patria potestas e dei rapporti tra genitori e figli nell'epoca postclassica*, in *AARC*, 7, Napoli, 1988 (ora anche in *Ricerche di diritto delle persone*, Torino, 1995).

[5] Si consulti sull'argomento Albanese, *Note sull'evoluzione storica del ius vitae ac necis*, in *Scritti in onore di Contardo Ferrini pubblicati in occasione della sua beatificazione*, 3, Milano, 1948 (ora anche in *Scritti giuridici*, 1 [= Il Circolo Giuridico "L. Sampolo", 47/1], Palermo, 1991), 346. V., altresì, Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1991, 96; cfr. anche Néraudau, *Il bambino nella cultura romana*, in *Storia dell'infanzia*, a cura di Becchi-Julia, 1, *Dall'antichità al seicento*,

Vi è stato chi[6] ha sottolineato che tale ampiezza di poteri richiedeva necessariamente un alto senso di responsabilità da parte del *pater familias* (*quasi domesticus magistratus*)[7] che si trovava ad agire in seno alla società, sentendo quindi indirettamente un freno psicologico tale da impedirgli di usare arbitrariamente della sua potestà nell'interesse stesso dell'infante o per motivi religiosi. A tale proposito ricordiamo che le uccisioni dei neonati deformi venivano praticate nella concezione romana nell'interesse dell'infante: «*… portentosos fetus extinguimus, liberos quoque, si debiles monstrosique editi sunt, mergimus*»[8].

Vi è stato anche chi[9] ha rilevato che il potere del padre sul proprio figlio si basava su idee assai diffuse nell'antichità: è il padre a generare, limitandosi la madre a dare forma al seme ricevuto. Lo stesso Varrone[10] si esprime al riguardo in questi termini: «*et mas ignis, quod ibi semen, aqua femina, quod fetus ab eius humore*». Risulta significativa in tale senso la definizione di Ulpiano[11]: «*Pater autem familias appellatur qui in domo dominium habet*, *recteque hoc nomine appellatur, quamvis filium non habeat*». Di conseguenza sarebbe *pater familias* anche chi non abbia una famiglia, in quanto è sufficiente essere soggetto *sui iuris*[12].

Il potere del *pater familias* è stato altresì interpretato[13] quale potere su qualcuno (potere cioè di disporre di sottoposti) e contro qualcuno.

In realtà, la paterna potestà dei Romani sui sottoposti (figli o nipoti) era grande quanto quella dei padroni sui servi. Secondo una dottrina assai risalente i figli rispetto ai loro genitori non si reputavano persone, ma cose[14]: nel senso che, se il *filiusfamilias* veniva sottratto al suo *paterfamilias*, a quest'ultimo spettava l'*actio furti*[15].

Roma-Bari, 1996, 30 ss.; v. sull'argomento anche l'indagine compiuta da Palazzo, *Storia dell'infanzia nel diritto europeo,* in *Cultura dell'Integrazione Europea*, Torino, 2005, 176 ss.

[6] Rabello, *Effetti personali della "patria potestas", I, Dalle origini all'età degli Antonini*, Milano, 1979, 33.

[7] Seneca, *De beneficiis*, 3.11.2.

[8] Seneca, *De ira*, 1.15.2. Su tali problematiche, v., da ultimo, Lorenzi, *L'esposizione dei figli nel tardo impero: alcune considerazioni*, in *AARC*, XVII, 1143 ss. con letteratura ivi citata.

[9] Rabello, *Effetti personali della "patria potestas"*, cit., 71.

[10] Varro, *De lingua latina*, V, 61.

[11] *Libro quadragesimo sexto ad edictum*, D. 50.16.195.2.

[12] Longo, *'Pater familias'*, in NNDI, 12, Torino, 1957, 575; Lobrano, *Pater et filius eadem persona*, Milano 1984, 18.

[13] Sereni, *Considerazioni di metodo su Stato, rivoluzione e schiavitù in Roma antica*, in *Index*, 3, 1972, 211.

[14] Pothier, *Le pandette disposte in nuovo ordine*, tr. it., Venezia, 1833, 1, 54.

[15] Gai., 3, 199. La tesi del potere romano come "signoria unitaria" è sostenuta da Gallo, *Osservazioni sulla signoria del paterfamilias in epoca arcaica*, in *Studi De Francisci*, 2, Milano, 1956, 211 ss.

Ricordiamo, a tale proposito, anche un passo del Digesto[16] che ci parla dell'*actio furti*: «*Si filiusfamilias subreptus sit, patrem habere furtivam actionem palam est*».

Sull'argomento, d'altro canto, risulta interessante il parere di chi[17], dopo aver affermato che la *patria potestas* era concepita come un vero diritto di proprietà e, quindi i figli erano oggetto di diritto, rileva che essi «nello stesso tempo hanno un proprio diritto: non sono cioè cose, ma persone. I loro diritti sono soltanto sospesi, perché l'unità del governo della casa esige un solo rappresentante…».

Risulta utile ricordare che nel periodo repubblicano i *censores* costituiscono la principale fonte dell'intervento statale nella regolazione del potere paterno, anzi talvolta l'interferenza statale attraverso l'opera del censore risulta assai importante. Ad esempio, l'attività di Catone, protesa contro il lusso e l'immoralità, non poteva non avere riflessi anche nei confronti della *patria potestas* e della *familia* in genere. In particolare, Catone risulta molto rigoroso anche nell'educare suo figlio al senso romano della concretezza; si pensi che al medesimo consigliava: *Emas non quod opus est, sed quod necesse est; quod non opus est, asse carum est. Quod tibi deerit, a te ipso mutuare* (Compra non ciò di cui c'è bisogno, ma ciò di cui non si può fare a meno; ciò di cui non c'è bisogno, anche a pagarlo un solo asse, è caro. Quello che ti mancherà, prendilo a prestito da te stesso)[18].

E, d'altra parte, Dionisio di Alicarnasso[19] ci riferisce che era compito del censore controllare i comportamenti all'interno della famiglia e in particolare che il capofamiglia (*pater*) padrone non fosse troppo crudele nel punire i servi, né troppo severo o troppo debole nell'educazione dei figli[20].

Communis opinio è che nell'esperienza giuridica romana si sia attenuata progressivamente[21], a partire dal principato, quell'illimitata

---

[16] D.47.2.14.13 di Ulpiano.

[17] Arangio-Ruiz, *Istituzioni di Diritto Romano*, 1960, 433 e 474; cfr. Mommsen, *Storia di Roma* (trad. Quattrini), Milano, 1962, 1, 80-82.

[18] *Libri ad Marcum filium*, 10, 13; si consulti sull'argomento Lana–Fellin, *Civiltà letteraria di Roma antica*, 1, Firenze, 1971, 241.

[19] Dion., XX, 13, 3. Si consulti sull'argomento Rabello, *Effetti personali della "patria potestas"*, cit., 238.

[20] In tal senso Cic., *De Repubblica*, IV, 6; cfr. Rabello, *Effetti personali della "patria potestas"*, cit., 108.

[21] Sull'evoluzione del concetto di '*pater familias*', v. Roberti, *'Patria potestas' e 'paterna pietas'. Contributo allo studio dell'influenza del Cristianesimo sul diritto romano*, in *Studi Albertoni*, 1, Padova, 1934, 259 ss.; Martini, *La "patria potestas" in diritto romano: un concetto in trasformazione*, in *Studi senesi*, 1981, 267; Gaudemet, *Les transformations de la vie familiare au Bas- Empire et l'influence du Christianisme*, in *Romanitas*, IV, 5, 1962, 69 ss.; Bonfante, *La progressiva diversificazione*

potestà del *pater* che da qualcuno[22] era stato definito 'signore e padrone di servi'. In realtà, l'idea che la *patria potestas 'in pietate debet consistere'*[23] si fa sempre più strada: lo stesso Antonino Pio (138-161) con un decreto[24], dopo aver proibito di separare, fra gli altri, "*a parentibus filium filiamque*", aggiunge espressamente «*nisi forte quaeratur ubi utilius morari debeat*», mostrando cioè chiaramente che si aveva riguardo, innanzitutto, alla utilità del figlio e non alla *patria potestas*.

Vi è stato chi[25] ha sottolineato il fatto che già con Traiano (98-117)[26] si riconosce che la *patria potestas* debba conformarsi alla *pietas*, termine usato per indicare la doverosa benevolenza del padre verso i figli[27]. Dell'imperatore Adriano (117-138) viene ricordata una decisione[28] non meno importante di quella traianea: «… *nam patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere*».

Risulta interessante il fatto che l'imperatore Adriano vantava la *patria potestas* come una singolarissima istituzione tipica esclusivamente del popolo romano[29].

Così pure degna di attenzione risulta una costituzione del 531 (CI. 6, 26,11), volta a risolvere questioni di distribuzione dell'asse ereditario tra coeredi, in cui l'imperatore Giustiniano (527–565) formula la seguente affermazione: «*Cum et natura et pater et filius eadem persona paene intelleguntur*» (Anche per la natura padre e figlio si intendono quasi una stessa persona). Si tratta di una fonte particolarmente utile per l'interpretazione della *patria potestas*, vista nel rapporto del *pater familias* con coloro che sono necessariamente nella di lui *potestas*.

Da una prima lettura sembrerebbe che la *patria potestas* vada ad assorbire e peraltro a cancellare quasi la persona dei figli. Tuttavia, considerato che Giustiniano privilegia l'aspetto personale, appare condivisibile la tesi di chi[30] sostiene che il *filius familias* non è impedito ad

---

del diritto pubblico e privato, in *Riv. Sociol*., 6, 1902, 1 ss.; Botteri, *Figli pubblici e padri privati. 'Tribunicia potestas' e 'patria potestas'*, in AA.VV., *La paura dei padri nella società antica e medievale*, Bari, 1982, 50.

[22] De Sanctis, *Storia dei Romani. La fondazione dell'Impero.* Parte II*, Vita e pensiero nell'età delle grandi conquiste*, 2, Firenze, 1964, 36, nt. 123.

[23] D.48.9.5.

[24] Paulus. 5.6.15.

[25] Rabello, *Effetti personali della "patria potestas"*, cit., 238.

[26] Si consulti D.37.12.5, tratto dal *liber undecimus quaestionum* di Papiniano.

[27] Si consulti sull'argomento Roberti, '*Patria potestas*' *e* '*paterna pietas*', cit., 259 ss.; cfr. Longo, *Diritto Romano, Diritto di famiglia*, Roma, 1953, 119.

[28] D.48.9.5, tratto dal *liber quartus decimus institutionum* di Marciano.

[29] Gai, 1, 55; Inst. Iust., 1, 9; cfr. anche Gai, 1, 189: «*Quamvis, ut supra diximus, soli cives Romani (tantum) videantur liberos suos in protestate habere*». Si consulti sull'argomento Bonfante, *Corso di diritto romano*, 1, Milano 1963, 92.

[30] Lobrano, *Pater et filius eadem persona*, cit., 31, 145.

avere una propria *persona* a causa della *patria potestas*, ma al contrario la realizza in quella medesima *potestas*, che costituisce la 'essenza' del potere e della sua persona.

Occorre tenere presente, poi, che il *filius familias* gode di tutti i diritti che attengono alla sfera pubblica in ogni fase dell'esperienza giuridica romana. In altre parole, come qualcuno[31] ha sottolineato, i romani avevano formulato numerose leggi in tema di obblighi pubblici verso lo Stato e poco si occupavano delle relazioni familiari, nonché della condotta morale del singolo. Entrambe le organizzazioni, familiare da un lato e pubblica dall'altro, sono fondate su di un principio di autorità incarnato in qualche modo rispettivamente dal padre e dall'autorità pubblica (diversa, secondo le diverse fasi storiche).

Ne è dimostrazione il fatto che i romani non erano obbligati per legge a tenere i figli che avevano generato, pertanto non è neanche facile immaginare come la legge romana potesse punire l'abbandono, la vendita o anche l'infanticidio, dal momento che all'interno della famiglia, che comprendeva anche gli schiavi, l'autorità del padre era assoluta.

Come è stato sottolineato[32], Costantino (312–337)[33] cerca di mettere a disposizione dei genitori più poveri i mezzi di sostentamento necessari a distoglierli dalla pratica dell'infanticidio. La politica legislativa di Costantino[34], del resto, è tutta improntata alla salvaguardia della vita dei neonati, arrivando fino al punto di consentire che un bambino nato libero possa essere ridotto in schiavitù se ciò può essere un mezzo per salvarlo dalla morte. In realtà, anche se la vendita possa apparire *res inhonesta*, tale considerazione cede il passo, se posta di fronte al pericolo di vita in cui viene a trovarsi un neonato al quale i propri genitori non sono in grado di provvedere e di cui si vedono costretti a disfarsi.

Anche Valentiniano III (425–455)[35] condanna il mercato dei figli (non neonati) eseguito dai genitori. Il diritto giustinianeo, pur confermando

---

[31] Giambattista, *Una sofferenza senza fine*, in *Historia*, luglio 1992, 96-97.

[32] V. sull'argomento, *ex plurimis*, Lorenzi, *Si quis a sanguine infantem …conparaverit – Sul commercio di figli nati nel tardo impero*, Perugia, 2003, 38, 39.

[33] V. CTh. 5.9.1 e quanto Costantino dispone circa l'esposizione dei neonati.

[34] Sulle costituzioni di Costantino in tema di vendita dei figli, v. Martini, *Sulla vendita dei neonati nella legislazione costantiniana*, in *AARC*, 7, Napoli, 1988, 423 ss.; Costa, *La vendita e l'esposizione della prole nella legislazione di Costantino*, in *Memorie della R. Accademia delle scienze dell'Istituto di Bologna, Cl. Scienze morali*, Serie I, 4, 1910, 117 ss.; Bianchi Fossati Vanzetti, *Vendita ed esposizione degli infanti da Costantino a Giustiniano*, in *SDHI*, 49, 1983, 179; Nardi, *Il « ius vendendi» del «pater familias» nella legislazione di Costantino*, in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, 5, Napoli, 1984, 2287 ss.; Boswell, *Expositio and Oblatio: the Abandonment of Children and the Ancient and Medieval Family*, in *AHR*, 89, 1984, 17, nt. 13.

[35] In *Nov. Val*. 33 (a. 451).

l'invalidità della vendita dei *liberi*[36], ammette nel contempo, in casi di estrema indigenza, l'alienabilità dei neonati[37].

E d'altra parte non solo nell'età antica, ma anche nel Medio Evo, nel Rinascimento e fino ai giorni nostri, l'infanzia è sempre stata poco tutelata. Perfino i pittori, gli scultori i poeti non hanno saputo guardare la grazia del corpo infantile, l'infanzia nel suo complesso.

Si potrebbe affermare che intere generazioni siano state 'derubate dell'infanzia' e ancora oggi, in particolare nel Terzo mondo, l'infanzia è soggetta a prevaricazioni di ogni tipo che non possono che destare sdegno. Gli Stati moderni hanno legiferato in materia di abbandono sulla base della preoccupazione per il bambino o nel riconoscimento della responsabilità dei genitori. Purtroppo, non si può fare a meno di osservare che la letteratura medievale di tutta Europa riflette il fenomeno molto diffuso dell'abbandono di bambini o la loro vendita[38]. Si pensi, ad esempio, al fatto che nella metà del XIII secolo, molti genitori che avevano in casa figli zoppi, ciechi, muti o provvisti di qualche difetto fisico[39], li offrivano ai monasteri con grande devozione, o per avarizia, o per creare vantaggio ad altri figli. *Il nome della rosa*, film del 1986, di Jean Jacques Annaud, tratto dall'omonimo libro di Umberto Eco del 1980, riflette uno 'spaccato' dei personaggi che affollavano i conventi medievali, dove accanto a sant'uomini vi era un concentrato di miserie umane.

3. *La crisi familiare nella storia del diritto di famiglia*

Appare tesi condivisibile[40] quella secondo cui «Il diritto non può imporre gli affetti familiari, ma deve occuparsi di quelle ipotesi nelle quali gli affetti manchino o siano male intesi…» ed è all'evidenza che, proprio attraverso l'accentuazione del senso del dovere e sulla base di questo, gli affetti familiari possano essere valorizzati e sentiti come tali. Il diritto dovrebbe peraltro, per certi aspetti, rafforzare il momento della responsabilità e dell'assunzione degli impegni che si pongono in relazione alla esistenza di una famiglia.

Non a caso, già in tempi ormai lontani, a chiusura di un dibattito della Camera giolittiana[41] e, giunto a occuparsi dell'autorizzazione

---

[36] CI, 4,43,1.

[37] CI, 4, 43,2. Si consulti sul tema Bonfante, *Il "ius vendendi" del "paterfamilias" e la legge 2, Codice 4, 43, di Costantino* (1906), ora in *Scritti giuridici vari*, 1, Torino, 1916, 64 ss.

[38] Giambattista, *Una sofferenza senza fine*, cit., 99.

[39] Si consulti sull'argomento Gourevitch, *L'enfant handicapé à Rome: mise au point et perspectives* in *Medicina nei secoli*, 18, 2006, 459 ss.

[40] E. Russo, *Lezioni sul nuovo diritto di famiglia*, Messina, 1976, 71.

[41] *AP-Camera*, *Discussioni*, 16 maggio 1908. Si consulti sull'argomento Ungari, *Storia del diritto di famiglia in Italia*, Bologna, 1974, 204.

maritale e della ricerca della paternità, il guardasigilli Orlando dichiarava che, in ogni caso, si doveva meditare a lungo: «Io sono convinto che, specialmente quando si tratta di rapporti familiari, il diritto non è che semplice forma, la quale non ha che lieve influenza sui rapporti stessi… [la riforma, comunque] saprà conciliare le vere e reali esigenze dei tempi nuovi con l'elemento sanamente permanente e conservatore, che è proprio del diritto».

I «tempi nuovi» a cui si riferiva il guardasigilli Orlando vedevano, in particolare, il disgregarsi più o meno rapidamente, secondo le regioni e le classi, dei vincoli delle "grandi famiglie".

Tra le tante, per l'appunto, la testimonianza di una nota memorialista[42] attesta che già tra il 1865 e il 1875 molte famiglie patriarcali pluricellulari si scissero: «Mio padre e mia madre, ad esempio, che sposarono nel 1869, vollero una loro casa […] fra l'80 e il '90, le famiglie patriarcali quasi non esistono più: ogni famiglia vive indipendentemente coi propri figli, che sono ancora abbastanza numerosi: sei, sette».

Vi è stato chi[43] ha sottolineato come il cinquantennio che segue la codificazione unitaria sia caratterizzato, per quel che riguarda la famiglia, da una pressoché assoluta stazionarietà legislativa. Nel 1919 ricordiamo la grande legge riformatrice dell'età liberale che abolirà interamente l'autorizzazione maritale e ammetterà le donne alle libere professioni e alla maggior parte dei pubblici impieghi[44].

Stupisce come in quel periodo, a livello di riforme legislative, restassero come nell'ombra la condizione e i diritti dei minori. Così come precisato da parere autorevole[45], dai codici ottocenteschi fino agli anni sessanta e settanta del secolo scorso la condizione giuridica del minore è una situazione di assoluta inferiorità, non conta nulla all'interno della famiglia.

In realtà, non mancava la materia, anche se la stessa, priva di organica continuità, risultava sterile di risultati, dal potere di correzione agli abusi dell'internamento. E proprio sugli abusi dell'internamento per autorità paterna, è risultata interessante l'inchiesta condotta da un laureando[46], che ha preparato la sua tesi di laurea, documentando lo

---

[42] Carrara Lombroso, *La Vita privata*, in Barbagallo, *Cento anni di vita italiana*, 1, Milano, 1948-1950, 582 ss.

[43] Ungari, *Storia del diritto di famiglia*, cit., 181.

[44] L. 17 luglio 1919 n. 1176, "*Norme circa la capacità giuridica della donna*", pubblicata in G.U. del 19 luglio 1919, n.172.

[45] Palazzo, *La tutela dell'infanzia nelle diverse culture*, cit., 95; Resta, *L'infanzia ferita*, Roma-Bari, 1998, 45; v. altresì sull'argomento Ariés, *Padri e figli nell'Europa medievale e moderna*, Roma-Bari, 1984, 145; Rasori, *Bambini, non minori*, Roma, 1997, 60 ss, 121 ss.

[46] Barzilai, *Correzione paterna e istituti correzionali*, Bologna, 1883, 14-22 e 60 ss. Si consulti sull'argomento anche Cavina, *Il potere del padre*, 1, *Configurazioni*

scarso controllo della magistratura sui motivi addotti in tali circostanze dall'esercente la patria potestà. Il padre poteva usare tutti i mezzi di correzione, dalle punizioni corporali alla facoltà di chiedere al tribunale l'autorizzazione a collocare il figlio in un istituto di correzione, con conseguente limitazione della libertà per lo stesso.

È all'evidenza che il codice civile del 1865 consentiva al solo padre ampi poteri sui figli (di qualunque età) i quali, comunque, dovevano «onorare e rispettare i genitori». L'art. 315 c.c. del 1942, ripete quasi alla lettera il testo dell'art. 220, primo comma del codice civile del 1865: «Il figlio, di qualunque età sia, deve onorare e rispettare i genitori».

Bisognerà attendere trentatré anni dall'entrata in vigore del c.c. del 1942 per la eliminazione del riferimento all'obbligo di "onorare" i genitori avvenuta con l'*ex* art. 315 c.c., così sostituito *ex* l. 19 maggio 1975, n. 151 "*Riforma del diritto di famiglia*": «Il figlio deve rispettare i genitori e deve contribuire, in relazione alle proprie sostanze e al proprio reddito, al mantenimento della famiglia finché convive con essa». Si precisa che il contenuto dell'*ex* art. 315 c.c, riformato nel 1975, è stato interamente trasfuso nell'ultimo comma del 'nuovo' art. 315 *bis* c.c., inserito *ex* l. 10 dicembre 2012, n. 219 "*Riforma della filiazione*", di cui si tratterà in seguito in questo paragrafo.

È evidente che l'ultima riforma di ampio respiro che ha condotto alla novellazione del c.c. è data proprio dalla riforma del diritto di famiglia dell'ormai lontano 1975, che a suo tempo ha modificato, con i suoi 240 articoli, la disciplina del diritto di famiglia, al fine di renderla coerente con i mutati costumi e con la nuova concezione della famiglia, ispirata ai principi della Costituzione italiana, in vigore dal 1° gennaio 1948, lasciando volutamente fuori dal sistema della riforma il divorzio, già introdotto con l. n. 898 del 1° dicembre 1970 "*Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*"[47].

In tale contesto, è facilmente intuibile che la soppressione dell'obbligo di onorare i genitori abbia importato una adeguata lettura della normativa di riferimento, a dimostrazione del mutamento dei parametri attraverso cui valutare il comportamento del minore e correlativamente quello dei genitori[48].

E, d'altra parte, fino alla metà degli anni cinquanta del secolo scorso, la prevalente dottrina[49], seguita da larga parte della giurisprudenza,

---

e 'ius corrigendi': lineamenti essenziali nella cultura giuridica preunitaria (1804 –1859), Milano, 1995, 19 ss., a cui si deve una ampia ricostruzione storica del potere paterno, con particolare riguardo all'Italia preunitaria.

[47] Pubbl. in G.U., 3 dicembre 1970, n. 306.

[48] Si consulti E. Russo, *Lezioni sul nuovo diritto di famiglia*, cit., 68.

[49] V. *ex plurimis*, Besta, *La famiglia nella storia del diritto italiano*, Milano, 1933; Ungari, *Il diritto di famiglia in Italia dalle Costituzioni "giacobine" al codice*

affermava la sussistenza del potere coercitivo e disciplinare del marito anche nei confronti della moglie, come testimoniato dalla seguente affermazione: «Il marito, in quanto capo della famiglia, è autorizzato a richiamare e correggere la moglie»[50].

Ovviamente, notevoli sono state le difficoltà di una società improntata sulla centralità del *pater familias* ad adeguarsi al nuovo dettame costituzionale, rispettoso della parità coniugale, per mezzo dell'art. 29 Cost., che è, a sua volta, specificazione del principio di uguaglianza dell'art. 3 della Carta Costituzionale.

Si pensi che tra le novità introdotte dalla riforma del 1975, per certo la più rilevante è stata l'affermazione della parità dei genitori nella titolarità e nell'esercizio della potestà[51], eppure l'espressione 'patria potestà'[52], che sarebbe dovuta scomparire dal linguaggio giuridico, ha continuato a sopravvivere in tutta la materia tutelare[53] del codice civile. Si deve all'art. 146 della l. n. 689 del 24 novembre 1981 (contenente "*Modifiche al sistema penale*") l'aggiornamento del lessico, come segue: «Ogni qualvolta nel codice penale o in altre leggi ricorre l'espressione 'patria potestà' la medesima è sostituita dalla espressione 'potestà dei genitori'». E dire, come è stato sottolineato[54], che l'espressione 'patria potestà' è continuata a ricorrere anche in legislazione e in giurisprudenza di epoca posteriore a quella del suddetto aggiornamento[55].

In realtà, si potrebbe affermare, così come sostiene parere autorevo-

---

civile del 1942, Bologna, 1970; v. Bettiol, *Aspetti del "jus corrigendi" nel diritto penale* ("*Jus corrigendi*" *quando un potere di supremazia manchi*), in *Scritti giuridici*, 2, Padova, 1966, 686.

[50] V., *ex plurimis*, Cass., 20 dicembre 1954, in *Giust. pen*., 2, 1955, 954.

[51] Il 2° comma dell'*ex* art. 316 c.c. (così sostituito *ex* l. 19 maggio 1975, n. 151) stabiliva che «la potestà è esercitata di comune accordo da entrambi i genitori».

[52] La bibliografia in tema di potestà genitoriale è vasta, si citano *ex plurimis* Bucciante, *Potestà dei genitori*, in *Enc. dir*., 34, Milano, 1985, 774; Pelosi, *Potestà dei genitori sui figli*, in *App. Noviss. Dig. it*., 5, Torino, 1984, 1124; Belvedere, *Potestà dei genitori*, in *Enc. giur. Treccani*, 23, Roma, 1990; Ferri, *Potestà dei genitori*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1988.

[53] V. ad esempio gli artt. 343, 350, 356, 402 c.c.

[54] Si consulti sull'argomento Quadrato, *Il ruolo dei genitori dalla «potestà» ai «compiti»*, Bari, 1999, 13 ss.

[55] V., ad esempio, la l. 26 dicembre 1981, n. 763 "*Normativa organica per i profughi*", che all'art. 1, tra i "titolari dei benefici" derivanti dalla qualifica di profugo, cita, al n. 5, i «figli di profughi, nati nei territori di provenienza dopo la data indicata nel successivo art. 2, o nati in Italia entro trecento giorni dalla partenza definitiva della madre dal Paese di provenienza, purché profugo sia il genitore esercente la *patria potestà*»; si consulti *ex plurimis*, Cass., 7 febbraio 1995, n. 1401, in *Fam. dir*., 1995, 351.

le[56], che soltanto a partire dagli anni '70 del secolo scorso, da ambiente chiuso, incentrato nella figura del *pater familias*, esclusivo detentore del potere, la famiglia abbia cominciato ad aprirsi ad altri 'protagonisti', a proposito della posizione del coniuge e del figlio, soggetti "precedentemente sacrificati".

Si è passati quindi a una famiglia di composizione triangolare, con padre, madre e figlio, nella quale tutti i componenti possono avere, sia pure nella diversità dei ruoli, pari dignità[57].

Negli ultimi anni, al modello di famiglia tradizionale si sono via via aggiunti altri 'tipi' di famiglia, anzi si è passati dalla 'famiglia' alle 'famiglie'[58].

A tale proposito, vi è stato chi[59] ha sottolineato che è pur vero che alla famiglia non appartenga più la stabilità di un tempo, ma è altrettanto vero che la famiglia che il diritto ci rappresenta e la famiglia che emerge dal vissuto quotidiano non si somigliano affatto. Tale scollamento tra la realtà e la sua rappresentazione fornita dal diritto creerebbe alcuni paradossi: ad esempio le coppie coniugate tendono sempre con più frequenza a separarsi e a divorziare e nel nostro sistema sono note le farraginosità e i costi delle relative procedure giudiziarie; le famiglie sono spesso 'ricomposte', cioè i figli che vivono al loro interno vengono da precedenti relazioni, eppure si continua a voler legare strettamente il sorgere della responsabilità genitoriale al legame biologico tra l'adulto e il bambino.

Nel contesto di declino della famiglia legittima deve essere inserita la l. 10 dicembre 2012, n. 219 "*Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali*"[60], peraltro già citata in precedenza, con la quale è

---

[56] Rodotà, *La riforma del diritto di famiglia alla prova. Principi ispiratori e ipotesi sistematiche*, in *Il nuovo diritto di famiglia.* Atti del Convegno organizzato dal Sindacato Avvocati e procuratori di Milano, 1976, 3 ss.

[57] V. sull'argomento Bertrando, *Nodi familiari*, Milano, 1997, 9.

[58] V., *ex plurimis*, Quadrato, *Il ruolo dei genitori dalla «potestà» ai «compiti»*, cit., 10; Ferrando, *Famiglie ricomposte e nuovi genitori*, in *Giur. it*., 2007, 2893; Ronfani, *La regolazione giuridica delle relazioni fra genitori e figli nelle famiglie contemporanee*, in *Mat. st. cult. giur*., 2006, 435; Dell'Utri, *Famiglie ricomposte e genitori «di fatto»*, in *Familia*, 2005, 275.

[59] Bilotta, *Il diritto di famiglia in una prospettiva di riforma*, in De Filippis –Bilotta, *Amore civile*, Udine, 2009, 75-78.

[60] Pubbl. in G.U. n. 293 del 17 dicembre 2012. Si consulti sull'argomento Palazzo, *La riforma dello status di filiazione*, in *Riv. dir. civ*., n. 2/2013, 245; Carbone, *Riforma della famiglia: considerazioni introduttive*, in *Fam. dir.*, 3/2013, 225; Sesta, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, nella stessa rivista, 231 ss.; Bianca, *La legge italiana conosce solo figli*, in *Riv. dir. civ*., 1/2013, 1 ss.; Recinto, *Legge n. 219 del 2012: responsabilità genitoriale o astratti modelli di minori di età?*, in *Dir. fam. pers.*, n. 4/2014, 1475 ss.

stato affermato il principio della totale equiparazione tra figli legittimi e naturali. La nuova normativa, entrata in vigore il 1° gennaio 2013, dopo trentasette anni dalla riforma del 1975, comprende soltanto sei articoli, di cui il primo e il più importante "*Disposizioni in materia di filiazione*" prevede le seguenti rilevanti modifiche: a) l'art. 1, comma 7, introduce il nuovo art. 315 c.c. sotto la rubrica "*Stato giuridico della filiazione*", con il seguente contenuto innovativo «*Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico*»; b) l'art. 1, comma 11, elimina tutti gli aggettivi della filiazione, stabilendo che «nel codice civile, le parole "*figli legittimi*" e "*figli naturali*", ovunque ricorrano, sono sostituite dalla seguente "*figli*"», senza distinzioni o attributi, anche se paradossalmente il titolo della stessa legge mantiene l'espressione '*figli naturali*'. In altri termini, non è più possibile distinguere i figli in base allo *status* giuridico dei genitori, siano questi sposati o meno. Secondo l'art. 315 *bis* c.c. «Il figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento, ha diritto di essere ascoltato in tutte le questioni e procedure che lo riguardano». Tale disposizione, nel richiamare principi già affermati in vari contesti, introduce con prospettiva nuova, l'obbligo dei genitori di confrontarsi con il figlio ultradodicenne con riferimento alle 'questioni' che lo riguardano, al fine di valorizzarne al massimo la persona[61].

È all'evidenza che la nuova disciplina richiede ai genitori una maggiore vitalità affettiva e relazionale con i figli, siano essi nati da vincoli matrimoniali o da unioni di fatto. È come se la crescente fragilità del rapporto di coppia dovesse essere in qualche modo compensata dall'esigenza di rafforzamento di quello tra genitori e figli, l'unico che dovrebbe conservare la stabilità, nonché l'indissolubilità dei legami familiari.

4. *Affido condiviso e tutele*

4.1. Il legislatore, dopo aver proclamato con l. 219/2012 il principio della "unicità dello stato di filiazione", è di nuovo intervenuto con la riorganizzazione sistematica delle norme che regolano il rapporto genitori–figli all'interno del titolo IX del Libro I c.c. A tale proposito, il d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154 "*Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione a norma dell'art. 2 della l. 10 dicembre, n. 219*"[62], composto

---

[61] Sesta, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, cit., 237.

[62] In vigore dal 7 febbraio 2014 (in G.U., 8 gennaio 2014, n. 5). V. sull'argomento Schlesinger, *Il d.lgs. n. 154 del 2013 completa la riforma della filiazione*, 443 ss.; Carbone, *Il d.lgs. n. 154/2013 sulla revisione delle disposizioni vigenti in tema di filiazione*, 447 ss., entrambi in *Fam. dir*., 5/2014.

di 108 articoli, rappresenta la volontà di completamento e di attuazione dei principi della legge di riforma della filiazione.

Il primo aspetto innovativo riguarda senza il minimo dubbio la sostituzione del termine 'potestà genitoriale' con quello di 'responsabilità genitoriale', introdotto dall'art. 39 del d.lgs. 154/2013, che è andato a modificare l'art. 316 c.c., sulla scia di quanto previsto dal legislatore comunitario nel reg. (CE) n. 2201/2003. Si riscontrano altresì mutamenti riguardo alle disposizioni che regolano i rapporti genitori-figli in caso di rottura dell'unione dei genitori, le quali, collocate in precedenza nel contesto dei rapporti tra coniugi (artt. 155-155 *sexies* c.c.) sono state trasfuse dal d.lgs. 154/2013 negli artt. dal 337 *bis* al 337 *octies* c.c., compendiati nel Capo II intitolato "*Esercizio della responsabilità genitoriale a seguito di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio ovvero all'esito di procedimenti relativi ai figli nati fuori del matrimonio*".

I cinque articoli dall'art. 155 *bis* all'art. 155 *sexies* (peraltro oggi abrogati *ex* d.lgs. 154/2013) erano stati inseriti nel c.c. con l'entrata in vigore della l. 8 febbraio 2006, n. 54, intitolata "*Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli*"[(63)], che ha reso efficaci anche in Italia le disposizioni contenute nella Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo, firmata a New York il 20 novembre 1989 e ratificata con la l. 176 del 1991, che riconoscono al minore di mantenere, salvo circostanze del tutto eccezionali, relazioni personali e contatti diretti e regolari con entrambi i genitori (art. 10) e stabiliscono che entrambi i genitori hanno comuni responsabilità in ordine all'allevamento e allo sviluppo del bambino (art. 18).

Ciò posto, il testo anteriore alla riforma, apportata dalla l. n. 54/2006, dell'art. 155 c.c., per quanto concerne l'affidamento dei figli minori nelle procedure di separazione, statuiva: «Il giudice che pronunzia la separazione dichiara a quale dei coniugi i figli sono affidati e adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole, con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale della stessa…».

Si può dire che prima di tale riforma del 2006 l'unica forma di affido statuita dal codice civile fosse quello esclusivo a un unico genitore, secondo il tenore e il significato letterale della norma, in base al quale il giudice dichiarava «a quale dei coniugi i figli» dovessero essere affidati.

Il testo dell'art. 155 c.c., riformato dalla l. n. 54/2006, stabilendo al 1° comma che, in caso di separazione dei genitori, il figlio minore ha «il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno di essi», viene a codificare, per la prima volta, in una norma di legge del

---

[(63)] In G.U., 1° marzo 2006, n. 50.

nostro ordinamento il principio della bigenitorialità, che è stata, per così dire, l'anima della riforma. Il legislatore ha in pratica statuito per legge ciò che dovrebbe essere proprio naturale e tipico del ruolo di genitore, anche se separato. Tale testo normativo (peraltro oggi contenuto nell'art. 337 *ter* c.c. *ex* d.lgs. 154/2013) si è limitato a dettare gli obiettivi, lasciando ogni compito interpretativo e applicativo all'ampio potere discrezionale di coloro che sono chiamati ad applicare le norme.

In realtà, è doveroso precisare che l'affido dei minori a entrambi i genitori era in qualche modo già previsto ancora prima della riforma apportata dalla l. n. 54/2006 e contemplato nella forma dell'affido congiunto o alternato, dall'art, 6, c. 2 della l. 898 del 1° dicembre 1970, così come modificato dall'art. 11 della l. n. 74/1987: «….Ove il tribunale lo ritenga utile all'interesse dei minori, anche in relazione all'età degli stessi, può essere disposto l'affidamento congiunto o alternato, in alternativa all'affidamento esclusivo al padre o alla madre»[(64)].

Ovviamente nessuna norma anteriore alla riforma attuata dalla l. n. 54/2006 statuiva criteri di affido della prole, così privilegiando un genitore a scapito dell'altro.

Al fine di evitare ingiustificate indiscriminazioni tra le procedure di separazione, per cui era previsto solo l'istituto dell'affido esclusivo e quelle di divorzio, in cui era anche possibile l'affido bigenitoriale della prole, venne riconosciuta da parte della giurisprudenza[(65)] l'applicazione dell'affido bigenitoriale, per analogia, anche alle procedure di separazione. Pertanto anche prima dell'entrata in vigore della l. n. 54/2006, sia nelle procedure di divorzio, per espresso dettame normativo, sia nelle procedure di separazione, grazie all'intervento della giurisprudenza, era possibile l'affido della prole a entrambi i genitori.

Di fatto, però, i dati statistici dal 1994 al 2003[(66)] ci confermano che il ricorso all'affido congiunto o alternato ai due genitori è stato solo dell'11% del totale, rispetto all'affido esclusivo a un solo genitore (quasi l'88% del totale), con una evidentissima preferenza per la madre, l'84% circa rispetto al padre (il 4% circa). In altre parole, si potrebbe tranquillamente affermare che fino al 2005 ha prevalso l'affido esclusivo dei figli minori alla madre. Ovviamente, l'introduzione con la l. n. 54/2006 dell'istituto dell'affido condiviso dei figli minori, come modalità ordinaria, ha avuto conseguenze evidenti: si pensi che nel 2007 si è registrato il 72,1% delle

---

[(64)] Si consulti sull'argomento Contiero, *L'affidamento dei minori: condiviso, esclusivo, a terzi, diritto di visita dei nonni, affidamento e sottrazione internazionale dei minori*, *Milano*, 2009, 2.

[(65)] V. *ex pluribus* Cass., 4 maggio 1991, n. 4936, in *Foro it*., 1993, I, 563.

[(66)] In *www.rivaluta.istat.it*.

separazioni con figli in affido condiviso contro il 25,6% di minori affidati esclusivamente alla madre[67].

Questa tendenza si è consolidata con il passare degli anni, nel senso che nel 2009 l'86,2% delle separazioni di coppie con figli ha avuto come conseguenza l'affido condiviso, contro il 12,2% dei casi in cui i figli sono stati affidati esclusivamente alla madre[68]. Si pensi che nel 2011 la percentuale dei casi di affido condiviso si è attestata al 90,3%, contro l'8,5% di gestione esclusiva materna[69], tenendo conto che nello stesso anno di riferimento le separazioni sono state 88.797 e i divorzi 53.806, sostanzialmente stabili rispetto all'anno precedente (+0,7 % per le separazioni e -0,7 per i divorzi). Rispetto al 1995, nel 2011 le separazioni sono aumentate di oltre il 68% e i divorzi sono praticamente raddoppiati[70].

In realtà, ancora oggi spesso si parla indifferentemente di 'affido condiviso' e di 'affido congiunto', come se si trattasse dello stesso istituto. E non è così; infatti, da un punto di vista terminologico, l'affido condiviso, dal latino *cum dividere*, traducibile letteralmente nel senso di 'dividere con', porta a presupporre l'esistenza di un nesso di unione tra ciò che è diviso e che, comunque, pur attendendo a una funzione partecipativa, rimane diviso.

In altre parole, la condivisione dell'affido si deve intendere nel senso di equa partecipazione ad esso da parte di entrambi i genitori, ferma restando la divisione di esso; al contrario, nell'affido congiunto (dal latino *congiungĕre*) i figli vengono affidati a entrambi i genitori, che devono concordare insieme tutte le decisioni che li riguardano. Quest'ultimo rifletterebbe l'unione, il senso della contemporaneità che non è proprio della condivisione. Infatti, il 3° comma dell'art. 337 *ter* c.c. dopo l'*incipit*: «la potestà genitoriale è esercitata da entrambi i genitori» prosegue, specificando che le decisioni di maggior interesse per i figli debbano essere assunte di comune accordo tra i genitori, mentre per quelle relative a questioni di ordinaria amministrazione, il giudice può stabilire che i genitori esercitino la responsabilità genitoriale separatamente. Da quanto sinora riportato, emerge chiaramente come oggi la formula dell'art. 337*ter* c.c. (che peraltro riporta il contenuto dell'art. 155 c.c. riformato dalla l. n. 54/2006, salvo ovviamente il profilo lessicale riguardo la sostituzione del termine 'potestà genitoriale' con quello di 'responsabilità genitoriale') sia atta a intendersi nel senso che l'esercizio delle funzioni della potestà non debba essere svolto contemporaneamente da entrambi i genitori, ma solo che debba esserci compartecipazione

---

[67] In *www.istat.it*.
[68] In *www.demo.istat.it*.
[69] In *www.diritto.ilsole24ore.com*.
[70] In *Statistiche report*, 27 maggio 2013 (*www.istat.it*).

alle scelte di indirizzo della formazione della personalità del minore e di gestione straordinaria dei beni di cui esso è titolare. A tale proposito, è stato sottolineato[71] che «la 'condivisione' attiene allo spazio affettivo di ciascun genitore che deve essere reciprocamente garantito per l'equilibrato esercizio della "potestà"»[72].

L'ipotesi residuale di affido esclusivo troverà ambito applicativo qualora il giudice ritenga dimostrata dall'istante, che ne faccia richiesta, la violazione dei doveri o l'abuso dei poteri inerenti la potestà da parte dell'altro genitore (art. 330, comma 1 c.c.), ovvero il fatto che quest'ultimo tenga una condotta pregiudizievole nei confronti della prole. In altri termini, come insegna giurisprudenza costante[73], «perché possa derogarsi alla regola dell'affido condiviso occorre che risulti, nei confronti di uno dei genitori, una sua condizione di manifesta carenza o inidoneità educativa o comunque tale da rendere quell'affido in concreto pregiudizievole per il minore».

In sintesi, aspetto centrale della riforma già dal 2006 (e a maggior ragione oggi, a seguito della l. n. 219/2012 e del d.lgs. 154/2013) è la bigenitorialità[74] da perseguirsi e mantenersi anche dopo la crisi della coppia coniugale, con la conseguente responsabilizzazione di entrambi i genitori al proseguimento del progetto genitoriale, anche e soprattutto dopo il fallimento della loro unione matrimoniale o della convivenza *more uxorio*.

4.2. Come è stato sottolineato[75] l'affido condiviso è possibile solo quando il genitore abbandoni lo *status* di coniuge in conflitto, per assumere il ruolo di genitore cooperante con l'altro per il bene dei figli. Due persone possono infatti separarsi come coniugi, ma non come genitori per quanto riguarda i rapporti verso i figli. Infatti il padre e la madre possono essere dei buoni genitori, anche se tra loro sono presenti situazioni di conflitto, conflitti la cui sussistenza è un connotato pressoché tipico, salve poche isolate eccezioni, in una situazione di scioglimento della coppia.

---

[71] V. Trib. Napoli, 2 novembre 2006, n. 115/07, in *Fam. min.*, 5/2007, 83.

[72] Oggi 'responsabilità genitoriale'.

[73] *Ex multis* Cass., 17 dicembre 2009, n. 26587, in *Fam. min.*, 1/10, 50; di recente, in tal senso, anche Trib. Roma, 11 ottobre 2012, in *www.leggiditalia.it*.

[74] Si consulti sull'argomento Chiappinelli-D'Andrea, *Bigenitorialità, uno strumento utile se si accantonano le tensioni della coppia in crisi*, in *Fam. min.*, 1/2010, 72.

[75] Casaburi, *I nuovi istituti di diritto di famiglia (norme processuali ed affidamento condiviso): prime istruzioni per l'uso*, in *Giur. merito*, 2006, 41; v. altresì stesso autore, *La nuova legge sull'affidamento condiviso (ovvero, forse: tanto rumore per nulla),* in *Corr. merito*, 2006, 565.

La giurisprudenza di legittimità si è interrogata su questo aspetto ed è giunta alla conclusione che il grave conflitto coinvolgente i soli genitori, dunque non il minore, di per sé solo non è sufficiente per escludere l'affido condiviso[76]. Ma vi è di più: è stato anche deciso[77] che la conflittualità tra i coniugi, anche se generata dall'uso di sostanze alcoliche del marito e sfociata in provvedimenti penali che hanno visto come persona offesa solo l'altro coniuge, non possa giustificare l'adozione del regime di affidamento esclusivo in favore della madre. Nel caso di specie, sia la genitrice che i figli avevano dichiarato, in sede di udienza, che il padre aveva buoni rapporti con la prole e li trattava bene, escludendo che fosse violento, ma «solo che urlava».

E, comunque, vi è stato chi[78] in proposito ha evidenziato che spesso le relazioni tra genitori e figli sono caratterizzate da ambivalenza: nel senso che, contrariamente a quanto ci si potrebbe aspettare, la relazione del minore con il genitore maltrattante non sempre è connotata da aspetti negativi; spesso accade infatti che il minore cerchi affetto e vicinanza da parte del genitore violento riconosciuto come figura di riferimento stabile e affettiva. Pertanto il ricorso all'allontanamento (ai sensi dell'art. 403 c.c.) non sempre è la soluzione migliore per ricostruire e supportare un legame genitoriale vulnerabile.

Si rammenta che la Suprema Corte, in separata situazione, ha stabilito che una sentenza penale di condanna non passata in giudicato non è motivo di impedimento della pronuncia dell'affido condiviso[79]. In particolare, con questo intervento il Supremo collegio ha cassato il provvedimento della Corte d'Appello di Bari, che disponeva l'affido esclusivo dei tre minori al padre, sostenendo che non era sufficiente a escludere l'affido condiviso dei figli il fatto che la madre fosse stata condannata per calunnia nei confronti del padre degli stessi. Nella specie la donna aveva accusato l'uomo, falsamente e nella consapevolezza della sua innocenza, di avere abusato della figlia di tre anni. A fondamento di tale pronuncia vi è stata la valutazione di fatti avvenuti molti anni indietro, del tutto insufficienti a dimostrare, in rapporto all'attualità, «l'inidoneità della

---

[76] Cfr. Cass., 19 giugno 2008, n. 16593, in *www.altalex.com*; Cass., 8 febbraio 2012, n. 1777, in *www.leggiditalia.it*; in tal senso, v. Trib. min. Milano, 20 giugno 2006, in *Fam. dir.*, 2006, 640.

[77] Trib. Prato, 23-25 febbraio 2011, n. 187, in *Fam. min.*, 5/2011, 61.

[78] Si consulti sull'argomento Gasbarro, *Affido condiviso e "parenting" per aiutare i bimbi che assistono alla violenza*, in *Fam. min.*, 6/2010, 92.

[79] Cass., ord. 7 dicembre 2010, n. 24841, in *www.altalex.com*; a tale proposito v. Vaccaio, *Garantito il principio della bigenitorialità anche nell'ipotesi di calunnia*, in *Fam. min.*, 1/2011, 26; v. altresì sull'argomento Galluzzo, *L'atteggiamento denigratorio ha effetti pregiudizievoli sullo sviluppo della bambina*, in *Fam. min.*, 9/2011, 47.

madre a svolgere adeguatamente e responsabilmente il ruolo materno, sia nelle forme dell'affido esclusivo, sia in quello dell'affido condiviso». In altri termini, la Suprema Corte ha confermato l'orientamento maggioritario[80], secondo cui l'applicazione dell'affido condiviso può essere derogata solo se la sua applicazione risulti essere «pregiudizievole per l'interesse del minore».

D'altro canto, per ovvi motivi, la condanna in via definitiva all'ergastolo di uno dei genitori, determinando la sua decadenza dalla potestà genitoriale, ha costituito ragione ostativa all'applicazione dell'affido condiviso dei figli minori e ha legittimato la sospensione degli incontri con tale genitore, che potevano destabilizzare il percorso formativo della prole[81]. Si pensi che, nella fattispecie in esame, il padre era stato condannato per il reato di omicidio volontario del nonno paterno e della nonna materna del figlio minore, senza mostrare, in seguito, alcun segnale di ravvedimento.

In sintesi, la regola generale è l'affido condiviso, pertanto il giudice, anche in presenza di accentuata litigiosità tra gli ex-coniugi, non dovrà cedere alla tentazione di scartare aprioristicamente l'affido condiviso, quasi come se tale forma di affido fosse eleggibile con successo nei soli casi in cui vi sia equilibrio e solidarietà tra genitori. Questi ultimi, anche se separati, andrebbero entrambi sostenuti per potersi riconoscere il diritto-dovere di continuare a portare avanti la propria funzione genitoriale.

Ovviamente, mai l'affido condiviso (ma neppure l'affido monogenitoriale) potrà sensibilizzare due genitori disinteressati o privi di qualsiasi attitudine educativa circa la cura adeguata dei propri figli e, in tal caso, il giudice dovrà interrogarsi su quale soluzione potrà essere più opportuna nell'interesse della prole. A tale proposito risulta pienamente condivisibile la pronuncia[82] di decadenza dalla potestà genitoriale di un padre che, sin dal momento della separazione legale dall'altro coniuge, si è sempre disinteressato della figlia sia dal punto di vista affettivo che da quello economico, nonostante la minore fosse affetta da una forma tumorale che aveva richiesto un intervento chirurgico e numerosi controlli medici a cui il padre non aveva mai preso parte. È all'evidenza che in questo caso siamo di fronte a sicura violazione dei doveri genitoriali, con grave pregiudizio nei confronti della figlia e pertanto appare, senza

---

[80] V. *ex multis* Cass., 17 dicembre 2009, n. 26587, cit.

[81] Trib. Campobasso, 15 luglio 2010, in *Fam. min.*, 5/2011, 61.

[82] Trib. min. Reggio Calabria, decr. 17 febbraio 2011, in *Fam. min.*, 5/2011, 71; risulta interessante sull'argomento Arceri, *Affidamento esclusivo, affidamento condiviso, affidamento a terzi: confini tra le diverse tipologie di affidamento nella recente giurisprudenza di legittimità*, in *Fam. dir.*, 2012, 7, 704.

il minimo dubbio, legittima e condivisibile la pronuncia di decadenza di questo padre dalla potestà genitoriale.

Allo stesso modo, in tema di affido dei figli, la vendita a terzi dell'abitazione familiare, nel corso del giudizio di separazione dei coniugi, ha rappresentato un significativo elemento di inidoneità del genitore, proprietario di tale immobile, ad assumersi i doveri che nascono dall'affido condiviso; in particolare, di costruire, insieme all'altro genitore, un progetto comune per la cura, l'educazione e l'assistenza dei figli minori, con lo spirito di collaborazione necessario che deve animare i genitori nel perseguire l'interesse superiore del minore. Nella specie la Corte d'Appello di Bologna[83] ha confermato l'affido esclusivo della figlia alla madre, tenuto conto che il padre aveva mostrato disinteresse per la minore, non avendo esitato a vendere la casa familiare, senza preoccuparsi di mantenere una idonea sistemazione abitativa per la figlia.

A tale proposito suscita perplessità una pronuncia del Tribunale di Bari[84], con cui l'affido condiviso è stato applicato, nonostante il palese e costante disinteresse verso il figlio minorenne dimostrato da uno dei genitori nel periodo precedente la separazione. È stato precisato che «il diritto alla bigenitorialità significa partecipazione alle scelte di maggiore interesse per la vita della prole e prescinde dalla circostanza che il genitore non abbia incontrato i figli, perché egli può decidere, in qualsiasi momento, di riprendere i contatti in maniera più assidua e proficua dal punto di vista affettivo».

E d'altra parte, potrebbe non essere facile per il giudice valutare le ragioni del caso concreto, dati i fattori di complessità propri del giudizio, nel senso che necessariamente occorre stabilire se e come funzioni di fatto l'affido condiviso in presenza di determinati genitori e determinati figli, che sono quelli e non possono essere altri. Il giudice, in effetti, si occupa della patologia familiare e quindi può constatare che l'affido condiviso in quel caso specifico non funziona, ma non può ovviamente conoscere in quanti altri casi abbia dato buona prova. Ad ogni modo l'essenzialità della relazione tra il figlio e i propri genitori deve essere tutelata con attenzione e salvaguardata da ogni tentativo di restringere al figlio la duplice fruibilità dei genitori. Non a caso la giurisprudenza più recente tiene nella dovuta considerazione circostanze, quali ad esempio la disponibilità di tempo da dedicare al minore, il mantenimento di una

---

[83] App. Bologna, 9 gennaio-8 aprile 2009, n. 477, in *Fam. min.*, 1/2010, 57.

[84] Trib. Bari, 16 gennaio 2008, n. 136, in *www.affidamentocondiviso.it*: il giudice di merito ha disposto l'affido condiviso del figlio sedicenne della coppia, non avendo ravvisato elementi di pericolo per il sano e corretto sviluppo psico–fisico del minore, tali da sconsigliare l'applicazione del nuovo istituto; dal canto suo il ragazzo non aveva alcuna difficoltà a stare con l'uno o con l'altro genitore.

stabilità di vita dei figli in rapporto alla situazione precedente, la ricerca dell'equilibrio affettivo.

La Corte di Cassazione[85] recentemente ha negato l'affido condiviso a due genitori che non si parlavano: «La conflittualità tra genitori assume invece connotati ostativi alla relativa applicazione, ove si esprima in forme atte ad alterare e a porre in serio pericolo l'equilibrio e lo sviluppo psico-fisico dei figli, e dunque tali da pregiudicare il loro superiore interesse». Nel caso di specie, «in precedenza il CTU aveva riferito il disagio della figlia durante gli incontri con il padre, privo di abitazione e costretto all'ospitalità di parenti e amici, preferendo invece la minore, dopo una giornata di scuola e l'espletamento di attività sportiva, ritornare nella propria casa e non andare ancora in giro. … Hanno in particolare rilevato che dall'espletata istruttoria, e segnatamente dall'esito della CTU, era emerso che l'affidamento condiviso si era dimostrato nocivo alla minore e possibile fonte di future patologie per la stessa, in quanto generante ansia, confusione e tensione…».

Appare comunque condivisibile il principio secondo cui i provvedimenti in materia di affido di minori non possano consistere in 'forzate sperimentazioni' nel corso delle quali le reali e attuali esigenze della prole vengano sacrificate al tentativo di conformare i comportamenti dei genitori a modelli tendenzialmente più maturi e responsabili[86]. È stato questo il caso, giunto al vaglio della Suprema Corte, di una diciassettenne che desiderava maggiore spazio nel rapporto con il padre e con il nuovo nucleo familiare dallo stesso costituito, desiderio che, secondo la Corte di Cassazione, non deve essere frustrato da una collocazione presso la madre, in assenza di concrete indicazioni al riguardo, peraltro già sperimentate negativamente.

In tale contesto risulta utile precisare che il genitore che chiede l'affido esclusivo della prole sulla base di elementi rivelatisi infondati, può essere condannato ai sensi dell'art. 337 *quater* c.c. (in cui è stato trasfuso il contenuto dell'art. 155 *bis* c.c., così come inserito *ex* l. 54/2006) e dell'art. 96, comma 3 c.p.c.[87].

L'articolo 337 *quater* c.c., comma 2, stabilisce infatti che, qualora la domanda risulti manifestamente infondata, il giudice oltre a considerare il comportamento del genitore istante ai fini della determinazione dei provvedimenti da adottare nell'interesse dei figli, può applicare l'art.

---

[85] Cass., 29 marzo 2012, n. 5108, in *www.leggiditalia.it*.

[86] Cass., 17 maggio 2012, n. 7773, in *www.leggiditalia.it*.

[87] Il 3° comma dell'art. 96 c.p.c. (aggiunto dall'art. 45, comma 12, della l. 18 giugno 2009, n. 69) recita: «In ogni caso, quando pronuncia sulle spese ai sensi dell'art. 91, il giudice, anche d'ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata».

96 c.p.c, norma che prevede ipotesi di responsabilità aggravata a tutela dell'interesse di una parte a non subire pregiudizi per effetto dell'azione o della resistenza dolosa o colposa dell'altra parte. Così la richiesta immotivata (di una madre collocataria) di affido esclusivo del figlio minore è stata sanzionata con la condanna a un risarcimento del danno pari a cinquantamila euro[88]. Questo era il caso di una donna che impediva al padre di vedere il proprio figlio ed è all'evidenza che l'aspetto rilevante di tale pronuncia è rappresentato dall'entità del risarcimento. Per certo il giudice in questo caso giudiziario (e non è stato l'unico sfociato in un provvedimento di risarcimento[89], a fronte di motivazioni analoghe) ha dato rilevanza al comportamento insistente e in malafede da parte della madre verso il padre (e il figlio), così come centrali sono apparsi sia il diritto pregiudicato del padre che la durata di tale pregiudizio, ferma restando la lesione del diritto del minore a intrattenere rapporti con entrambi i genitori.

Negli ultimi tempi si è parlato molto di 'sindrome da alienazione parentale' (c.d. *Pas*, cioè *Parental Alienation Syndrome*, teorizzata negli anni '80 del secolo scorso dallo psichiatra statutinense Richard A. Gardner[90]), ovvero di un disturbo che insorge quasi esclusivamente nel contesto delle controversie per la custodia dei figli, allorquando un genitore (c.d. alienatore) attiva un programma di denigrazione contro l'altro genitore (c.d. genitore alienato)[91]. A tale proposito, si sottolinea che la Suprema Corte, pur non riferendosi in alcun modo alla *Pas*, si è pronunciata in più occasioni[92], nel senso che l'affido condiviso può essere escluso a fronte di un comportamento gravemente denigratorio di un genitore nei confronti dell'altro.

In altra situazione recente, invece, intervenendo nel caso di Cittadella, oggetto di cronaca in pressoché tutti i quotidiani nazionali, la Suprema Corte[93] con sentenza n. 7041 del 20 marzo 2013 non solo si riferisce espressamente alla *Pas*, ma ne mette in dubbio la fondatezza

---

[88] Trib. Roma, 13 settembre 2011, in *www.leggiditalia.it*; v. sull'argomento Longo, *La madre collocataria impedisce al padre di vedere il figlio: condannata ad un esemplare risarcimento del danno*, in *Fam. dir.*, 8-9/2012, 817.

[89] V. ad esempio Trib. min. Milano, decr. 4 marzo 2011, in *Fam. min.*, 5/2011, 62; si consulti al riguardo Galluzzo, *L'azione ostativa di parte non deve distogliere il processo dal suo naturale scopo*, in *Fam. min.*, 5/2011, 68.

[90] Cfr. Gardner, *The Parental Alienation Syndrome: A guide for Mental Health ad Legal Professionals. Cresskill N.J. Creative Therapeutics*, 1992.

[91] Si consulti sull'argomento F. Montecchi-F.R. Montecchi, *Separazioni ad alta conflittualità e Sindrome di Alienazione Genitoriale (Pas): imbroglio diagnostico o realtà clinica? Dalla parte dei minori*, in *Min. giust.*, 4/2013, 186.

[92] Si consulti, *ex multis,* Cass., 11 agosto 2011, n. 17191, in *www.leggiditalia.it*.

[93] Cass., 20 marzo 2013, n. 7041, *in www.altalex.com*.

scientifica, tra l'altro con un cambio di indirizzo rispetto a sua precedente pronuncia[94] della stessa sezione, anche se in composizione diversa.

Il caso oggetto della sentenza n. 7041/2013 ha visto protagonista involontario un ragazzo veneto di dieci anni, conteso dai genitori separati dal 2005, che il 10 ottobre 2012 veniva prelevato a forza dalla scuola di Cittadella, in esecuzione di un provvedimento della Corte d'Appello di Venezia, che aveva disposto l'allontanamento del minore dall'ambiente materno e il suo affido in via esclusiva al padre, con collocamento temporaneo in una comunità protetta. Il filmato dell'allontanamento (ripreso da alcuni familiari del ragazzo), peraltro trasmesso la sera stessa del giorno dell'accadimento, nel corso della trasmissione televisiva "*Chi l'ha visto*", ha suscitato polemiche e sdegno[95]. Il fatto aveva richiesto l'intervento di un medico, di assistenti sociali e poliziotti.

Nel rinviare gli atti alla Corte d'appello di Brescia, la prima sezione della Suprema Corte ha annullato il decreto della Corte d'Appello di Venezia che aveva allontanato il ragazzo dalla famiglia materna e, nonostante la prudenza del giudice veneto che non accennava alla *Pas* nella sua pronuncia, ha (si potrebbe dire) 'smontato' la dottrina della *Pas*. Dal punto di vista scientifico, precisa infatti il Collegio, il *Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali* (DSM) non riconosce la *Pas* come sindrome a malattia, anche perché nel frattempo vari autori hanno sostenuto che la stessa sarebbe «un costrutto pseudoscientifico», addirittura «in grado di minacciare l'integrità del sistema penale e la sicurezza di bambini vittime di abusi»[96].

La Corte d'Appello di Brescia, in data 17 maggio 2013[97], decide per l'affido del minore ai Servizi sociali, con collocamento prevalente

---

[94] Cfr. Cass., 8 marzo 2013, n. 5847, in *www.leggiditalia.it*. V. in tal senso anche Trib. Messina, 5 aprile 2007, in *Dir. fam.*, 2007, 1795 e in *Giur. merito*, 2007, 2635, che ha inflitto alla moglie una sanzione amministrativa, condannandola anche al risarcimento dei danni in favore del figlio minore, in quanto ella aveva volontariamente indotto quest'ultimo ad avversare il padre, così però determinando l'insorgere nel figlio di una patologia psichiatrica, la sindrome di alienazione parentale.

[95] V. sull'argomento, *ex plurimis*, Tomaselli, *Scene da un allontanamento*, 327; Turri, *Molti aspetti in discussione e discutibili*, 332; Laera, *Il giudice non è onnipotente*, 334, tutti in *Min. giust.* 1/2013.

[96] Si consulti al riguardo punto 5.2 di Cass., 20 marzo 2013, n. 7041, cit. Si rileva che il 26 agosto 2010 il Brasile, primo paese al mondo, ha emanato la legge n. 12.318-10, con la quale è stata vietata, definita e sanzionata la *Pas*. V. su quest'ultimo argomento Marzario, *La legge brasiliana contro la PAS e la Convenzione Internazionale sui diritti dell'Infanzia*, in *www.altalex.com*.

[97] In *www.leggiditalia.it*. Si consulti sull'argomento Spangaro, *Patologia o meri problemi relazionali? La classificazione non ha rilievo ai fini del procedimento di affidamento*, in *Corr. merito*, 11/2013, 1051. V. altresì Cappellato, *I giudici: il figlio conteso stia dal papà*, in *Il Messaggero*, 20 maggio 2013, 13.

presso il padre. In sintesi è stato affermato che, poiché la madre non ha garantito il ragazzo in questo percorso, ma al contrario lo ha ostacolato, la predetta non può ritenersi essere il genitore più idoneo a favorire la crescita del minore, per cui il collocamento principale dello stesso è stato disposto presso il padre. Pertanto il ragazzo acquisterà la residenza presso l'abitazione del padre; la madre lo potrà certamente vedere, in un avvicendamento di visita a casa dell'uno e dall'altro genitore, ma rispettando il volere dei giudici. Poi tutte le decisioni importanti sul suo vivere dovranno godere della supervisione dei Servizi sociali. L'aspetto rilevante di tale pronuncia, a mio modo di vedere, è nel fatto che la Corte bresciana ha evitato di addentrarsi nel merito di valutazioni strettamente mediche relativamente alla *Pas*, non significando che uno stato psicologico alterato «non possa essere utilizzato quanto meno per individuare un problema relazionale». Infatti, «indipendentemente dalla loro qualificazione dal punto di vista medico, la descrizione sui comportamenti del bambino, sulla quale tutti hanno concordato, consente di ritenere che i suoi agiti, se non ricomposti, porterebbero a disturbi (…) ma di evitare (…) che si vada strutturando una persona deviante». In altre parole, la Corte bresciana ha affermato che, se la madre impedisce il diritto di visita del padre, *Pas* o non *Pas*, l'affido del minore le va negato.

4.3. In ambito comunitario l'attenzione per le problematiche della famiglia era già stata dimostrata con l'adozione da parte del Parlamento europeo della risoluzione del 9 giugno 1983 sulla politica della famiglia nella CEE[98]. Una ulteriore importante risoluzione è stata quella dell'8 febbraio 1994[99] sulla protezione delle famiglie e dei nuclei familiari a conclusione dell'anno internazionale della famiglia. L'importanza e la delicatezza delle questioni legate alla famiglia sono state particolarmente sentite in ambito comunitario[100], tanto da essere alla base di alcuni degli articoli più significativi della Carta dei diritti fondamentali, solennemente proclamata a Nizza da Parlamento europeo, Consiglio e Commissione il 7 dicembre 2000[101]. L'art. 24, punto 3 afferma che «Ogni bambino ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse».

Il regolamento del Consiglio d'Europa del 27 novembre 2003, n.

---

[98] In GUCE, C 184 dell'11 luglio 1983.

[99] In GUCE, C 18 del 23 gennaio 1995.

[100] Si consulti sull'argomento De Cesari, *Principi e valori alla base della disciplina comunitaria in materia di diritto di famiglia*, in *La famiglia senza frontiere*, a cura di Pascuzzi, Trento, 2006, 14 ss.

[101] Pubbl. in GUCE, C 364 del 18 dicembre 2000, 1 ss.

2201[102], che ha abrogato il regolamento n. 1347/2000 del 29 maggio 2000[103], rappresenta il primo atto legislativo comunitario consacrato integralmente ai rapporti familiari.

Nell'ambito oggettivo di applicazione delle norme del regolamento CE n. 2201/2003 sono state ricomprese le situazioni in cui la responsabilità dei genitori concerne non solo i figli nati da un matrimonio, ma anche i figli di una coppia non sposata e i figli di uno dei coniugi nati da un precedente matrimonio.

Secondo la definizione n. 7 dell'art. 2 di detto regolamento per «responsabilità parentale» s'intende «il complesso dei diritti e doveri di cui è investita una persona fisica o giuridica in virtù di una decisione giudiziaria, della legge o di un accordo in vigore riguardanti la persona o i beni di un minore, ivi compresi, in particolare il diritto di affidamento e il diritto di visita».

Secondo le definizioni 9 e 10 dell'art. 2 del regolamento CE n. 2201/2003 il «diritto di affidamento» riguarda i diritti e doveri concernenti la cura della persona di un minore, in particolare il diritto di intervenire nella decisione riguardo al suo luogo di residenza, il «diritto di visita» comporta il diritto di condurre il minore in luogo diverso dalla sua residenza abituale per un periodo limitato di tempo.

È all'evidenza che rispetto al passato l'Unione europea ha preso posizione in modo più chiaro in materia di famiglia e di matrimonio, allineandosi con i principi e i valori affermati nella CEDU[104]. A tale proposito si rammenta che la protezione della famiglia, il rispetto della vita familiare e il diritto a sposarsi sono considerati valori fondamentali della costruzione dell'Unione e ad essi si deve orientare l'interpretazione del diritto derivato UE e di quello nazionale[105].

Per genitori e figli vivere insieme rappresenta un elemento fonda-

---

[102] Pubblicato in GUCE, 23 dicembre 2003, L. 338, in vigore dal 1° agosto 2004. La normativa è direttamente applicabile dal 1° marzo 2005 in ciascuno degli Stati membri in base al Trattato che istituisce la Comunità europea (art. 288 TUE *ex* art. 249 TCE). Per una prima analisi, si rinvia a Biagioni, *Il nuovo regolamento comunitario sulla giurisdizione e sull'efficacia delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità dei genitori. Commento a Reg. CE 2201/2003,* in *Riv. dir. int.*, 2004, 991 ss.; Conti, *Il nuovo regolamento comunitario in materia matrimoniale e di potestà parentale*, in *Fam. dir.* , 2004, 291 ss.

[103] Pubblicato in GUCE, 30 giugno 2000, L 160.

[104] V., *ex plurimis*, Calò, *L'influenza del diritto comunitario sul diritto di famiglia*, in *Familia*, 2005, 509; Mosconi, *Le nuove tipologie di convivenza nel diritto europeo e comunitario*, in *Riv. dir. int. priv. proc*., 2005, 305 ss.

[105] V. Corte Giustizia, 4 marzo 2010, causa C–578/08, Rhimou Chakroun/Minister van Buitenlandse Zaken, in *Racc*., 2010, I–01839.

mentale della vita familiare[106], peraltro lo stesso art. 8 della CEDU riconosce il diritto dei genitori e dei figli a mantenere stabili relazioni soprattutto in caso di crisi matrimoniali. Si tratta dello stesso principio che è stato recepito dalla Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti del minore del 1996, ratificata dall'Italia dalla legge 20 marzo 2003, n. 77[107]. Pertanto, in ottemperanza a quanto previsto dall'art. 8 della CEDU, le decisioni dei Tribunali, tendenti a favorire gli incontri tra genitori e figli, dovrebbero essere attuate in modo effettivo e coerente; gli stessi Tribunali per i minorenni hanno un dovere di sorveglianza costante sull'operato dei Servizi sociali locali, affinché il loro comportamento non giunga a vanificare il contenuto dei provvedimenti stessi.

Alla luce di tali principi, la Corte di Strasburgo è intervenuta di recente nella decisione del 29 gennaio 2013[108], condannando l'Italia per violazione dell'art. 8 della CEDU, che garantisce il diritto al rispetto della vita privata e familiare, censurando l'esiguo numero degli incontri tra padre e figlia e, in particolare, la tolleranza per la condotta inadempiente della madre, non avendo i Servizi sociali e l'autorità giudiziaria lavorato nell'ottica di facilitare questi incontri (senza la presenza della madre), costringendo così il padre a numerosi ricorsi giudiziari a far data dal 2003.

Con tale pronuncia è stato sottolineato che «la procedura seguita dai tribunali è stata fondata su una serie di misure automatiche e stereotipate», non adeguate a garantire il rispetto dei legami familiari. In altri termini, l'Italia nel caso di specie è stata ripresa dalla Corte di Strasburgo per non aver saputo adottare gli strumenti adeguati a tutela dei diritti dei padri separati. Questo perché le autorità nazionali non hanno messo in atto le misure necessarie a consentire la realizzazione effettiva del diritto di visita a un padre. Secondo la Corte, «i tribunali non sono stati all'altezza di quello che ci si poteva ragionevolmente attendere da loro, poiché hanno delegato la gestione degli incontri tra padre e figlia ai Servizi sociali».

Nel caso di specie, dopo la separazione dalla moglie, i tribunali interni avevano affidato la bambina alla madre, ma avevano anche previsto un diritto di visita per il padre, con incontri programmati. A causa degli ostacoli frapposti dalla madre, il padre non aveva potuto esercitare dal 2003 il suo diritto a vedere regolarmente la figlia, con gravi danni nel rapporto con la figlia. Dal 2007 Sergio Lombardo (questo il nome del

---

[106] V. in tal senso Corte EDU, 13 luglio 2000, in *Guida al dir*., 2000, *fasc.* 33 e in *D&G*, 2000, 35, 53.

[107] Il testo della Convenzione può leggersi al sito *www.coe.int*.

[108] In *www.giustizia.it* (rif. ricorso n. 25704/11 Lombardo c/Italia).

padre) ha ottenuto l'affido condiviso della figlia, senza però mai riuscire a trascorrere più di qualche ora con la stessa, che vive a Termoli con la madre. A detta del padre, lo stesso in un mese non sarebbe riuscito a vedere la figlia se non per pochi minuti e sempre in presenza della madre o dello zio materno. Di fronte all'inerzia delle autorità nazionali, compresi i Servizi sociali, l'uomo si era rivolto alla Corte di Strasburgo che gli ha dato ragione, considerato che nel caso in esame sono mancate misure idonee a obbligare i due genitori a una terapia familiare ovvero a incontri in una struttura specializzata. Né i Servizi sociali hanno utilizzato la mediazione per incoraggiare le parti a cooperare, considerato che non hanno mai lavorato per facilitare gli incontri.

In questa sentenza è stato sottolineato che i giudici tra il 2003 e il 2011 si sono limitati principalmente a osservare la non esecuzione delle loro sentenze, di qui la violazione della CEDU e un obbligo di indennizzare il padre per i danni non patrimoniali (*pour dommage moral*) con una somma pari a quindicimila euro. Si pensi che nel caso di specie, quando l'uomo ha iniziato la sua battaglia legale per vedere rispettato il suo diritto di visita, la bambina aveva soltanto due anni, quando si è pronunciata la Corte EDU nel 2013, ne aveva dodici.

Sull'argomento si ricorda altra sentenza di condanna per lo Stato italiano pronunciata dalla Corte EDU il 2 novembre 2010[(109)], avente ad oggetto il caso di una coppia sposata nel 1989 con un figlio nato nel 1991. Nel 1993 avviene la separazione consensuale dei coniugi e l'affido del figlio alla madre con riconoscimento al padre del diritto di visita. Il minore unitamente alla madre affidataria si trasferisce in un'altra città distante 250 km., dove la madre, ottenuto il divorzio, contrae nuovo matrimonio. Dopo circa due anni da questo evento, il minore dichiara alla nonna materna di avere subito delle carezze sessuali dal padre, con il conseguente ricorso della madre a un avvocato, che intima al padre di non incontrare più il figlio. Il ricorso del padre al Tribunale dei minori di Venezia avvia le consuete procedure di indagini, che portano all'affido del minore ai Servizi sociali locali; nel 2003 infine lo psicologo deposita una relazione nella quale giunge alla conclusione che i fatti denunciati dal minore sono frutto della sua immaginazione. L'autorità giudiziaria dispone quindi che i Servizi sociali si attivino al fine di ripristinare i rapporti tra il padre e il figlio anche con un sostegno terapeutico. Ciò nonostante il padre non riesce a incontrare il figlio (si rileverà più tardi che gli psicologi incaricati del caso lavoravano nella stessa ASL del patrigno

---

(109) Caso Piazzi c/Italia (ricorso n. 36168/09), in *www.giustizia.it*. Si consulti sull'argomento Russo, *La CEDU censura i giudici italiani: per realizzare l'interesse del minore non bastano misure stereotipate ed automatiche. Un esempio di adeguamento ai principi della Convenzione europea*, in *Fam. dir.*, 7/2011, 658.

del bambino, professore universitario e capo del servizio). Nel 2006 la situazione appare ormai compromessa, allorquando il bambino dichiara al tribunale di non volere incontrare il padre e minaccia di suicidarsi se il tribunale lo avesse obbligato. A questo punto ci troviamo di fronte alla amara constatazione da parte della Corte d'Appello di Venezia che, avendo ormai il minore compiuto diciassette anni ed essendo consolidato il suo rifiuto di vedere il padre, le istanze del padre non possono trovare accoglimento. Il padre ricorre alla Corte EDU, che riconosce la violazione dell'art. 8 della CEDU, avendo le autorità nazionali omesso di esercitare sforzi adeguati e sufficienti per far rispettare il diritto di visita e riconosce altresì al ricorrente (padre) un risarcimento di quindicimila euro, posto a carico dello Stato Italiano per il pregiudizio morale subìto.

In entrambi i casi esaminati le problematiche sottoposte alla Corte di Strasburgo sono state essenzialmente le seguenti: strategie di aggiramento dell'affido condiviso; cronica inerzia della magistratura rispetto ai provvedimenti inapplicati, quindi inefficienza; inefficacia dell'operato dei Servizi sociali rispetto ai reali bisogni delle famiglie e dei minori; tempi lunghi incompatibili con le esigenze dei minori.

In altri termini, nello specifico è emerso il fatto che, se nell'affido dei figli qualcosa non funziona, la responsabilità non è esclusivamente dei genitori che non sono capaci di trovare un accordo. Infatti è all'evidenza che provvedimenti astrattamente corretti, ma non attuati in tempi congrui alle esigenze psicofisiche di un minore, costituiscano già violazione dei diritti tutelati dall'art. 8 della CEDU, perché di per sé strutturalmente contrari al suo interesse.

Il giudice, nel valutare le ragioni del caso concreto nel bilanciamento tra la durata ragionevole e i fattori di complessità propri dei giudizi, dovrebbe sempre tenere conto, tra le altre cose, anche e soprattutto dei disagi psicologici che i minori potrebbero subire a seguito dei tempi dilatori delle cause di divorzio[110]. Lo stesso decorso del tempo può avere, come abbiamo avuto modo di constatare nei casi esaminati, conseguenze irrimediabili per le relazioni tra bambino e genitore che non vive abitualmente con lui.

5. *Diritto del minore e interessi in gioco*

In tema di minori rileva la Convenzione Onu di New York del 20 novembre 1989, ratificata nel nostro Paese con l. n. 176 del 27 maggio 1991, il cui art. 9, n. 3, in particolare statuisce: «Gli Stati rispettano il

---

[110] Cfr. Corte EDU, 20 luglio 2004 (Parti: W. K. c. Gov. Italia), in *Guida al dir*., 2004, 35, 93, con nota di Castellaneta, in *Foro it*., 2004, 164.

diritto del fanciullo separato da entrambi i genitori o da uno di essi, di intrattenere regolarmente rapporti personali e contatti diretti con entrambi i suoi genitori, a meno che ciò non sia contrario all'interesse preminente del fanciullo».

L'art. 3, par. 1 della stessa Convenzione recita che «In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente». Inoltre l'art. 12 riconosce al minore capace di discernere il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessi, avendo conto del grado di maturità e dell'età; a questo scopo «si darà in particolare al fanciullo la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne»[111].

Il 17 novembre 2010 il Consiglio d'Europa ha emanato le *Linee guida sulla giustizia a misura di minore* (*child friendlj*) che nel preambolo fanno espresso riferimento come fonte ispiratrice alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo e affermano che i principi del giusto processo debbono applicarsi alle persone minori di età in ragione della specificità della loro situazione.

La "cura" dell'interesse del minore diventa il parametro fondamentale attraverso il quale si deve applicare buona parte della disciplina del diritto di famiglia.

In realtà, che cosa deve intendersi per 'interesse della prole'[112]?

Giova osservare che il significato da attribuire all'interesse della

---

[111] In tal senso anche l'art. 1, comma 2 della Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti del minore del 1996, ratificata dall'Italia dalla l. 20 marzo 2003, n. 77.

[112] Sul senso da attribuire all'"interesse della prole', v. Dogliotti, *Che cosa è l'interesse del minore?*, in *Dir. fam*., 1992, 1093; Zambrano, *Interesse del minore ed affidamento congiunto. Esperienze a confronto*, in *Dir. fam. pers*., 2000, 1382-1400; v. anche Slaughter, *Separazione, divorzio, affidamento dei minori: l'esperienza inglese*, in Sesta (a cura di) *Separazione divorzio, affidamento dei minori: quale diritto per l'Europa?*, Milano, 2000, 66; Ronfani, *L'interesse del minore: dato assiomatico o nozione magica?*, in *Soc. dir.*, 1997, 47 ss.; Turri, *La valutazione dell'interesse del minore. Profili giuridici e psicologici,* in *Quest. giust.*, 2000, 705 ss.; Fantetti, *Il principio del reciproco riconoscimento delle decisioni tra Stati membri e l'interesse superiore del minore,* in *Fam. pers. succ.*, 2010, 97 ss.; De Meo, *La tutela giuridica del minore e del suo interesse nella cultura giuridica italiana ed europea*, in *Dir. fam. pers.*, 2012, 461 ss.; Ruo, *"The best interest of the child" nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Min. giust.*, 3/2011, 39 ss. Sull'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte, si veda, in particolare Corte EDU, sentenza Neulinger e Shuruk c. Svizzera del 6 luglio 2010, par. 49-64.

prole non è aprioristicamente individuabile, essendo inscindibilmente collegato alle specifiche circostanze del caso concreto, oltre che alla personalità del minore[113]. Infatti l'interesse del minore è l'interesse di quel fanciullo particolare diverso da ogni altro e del resto, anche a suo riguardo, l'interesse potrà variare, col mutamento delle circostanze: età, istruzione, maturità, ecc.

Vi è stato chi ha sottolineato[114] che l'interesse del minore (malamente) identificato con il diritto soggettivo del medesimo sia divenuto una categoria giuridica ad alto rischio di approssimazione e di ambiguità interpretativa rimessa alla sensibilità dei singoli giudici, alle loro personali esperienze, alle diverse aree culturali di provenienza e di permanenza.

Tale diritto soggettivo assume, tuttavia, un contenuto di autonomia e di indipendenza rispetto al rapporto genitoriale e si pone quale diritto della personalità del minore che si configura quale conseguenza del processo di personalizzazione dei rapporti familiari e del progressivo mutamento della considerazione del minore da soggetto debole da tutelare a individuo titolare di diritti soggettivi che l'ordinamento deve promuovere. Il riconoscimento di un diritto soggettivo del minore all'affetto, all'amore consente così di allargare e di selezionare quantitativamente la sfera degli obblighi dei genitori nei confronti dei figli[115].

A tale proposito si rammenta che negli ultimi decenni del secolo scorso la soggettività del minore comincia a maturare anche negli ordinamenti dell'Europa occidentale. In Germania con la legge del 18 luglio 1979 il legislatore, riformando la potestà genitoriale, sostituisce nel paragrafo 1626 del BGB il termine «*gewalt*» (potere) con quello di «*sorge*» (cura). Nel secondo comma dello stesso paragrafo si legge: «Nell'allevamento e nell'educazione del figlio i genitori prendono in considerazione la crescente capacità ed il crescente bisogno del figlio di agire indipendentemente ed in modo responsabile. Essi discutono col figlio, per quanto ciò sia opportuno in base al suo stato di sviluppo, dei problemi relativi alla sua cura e mirano al comune accordo». In Francia la legge di riforma del *code civil* del 4 giugno 1970, nn. 70-459, cambia il termine «*puissance*», corrispondente all'antica *potestas* con quello di

---

[113] In tal senso Bianca, *L'affidamento dei figli*, in Bianca-Rubino-Ubaldi, *Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio, Art. 6*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* a cura di Cian-Oppo-Trabucchi, 6, 1, Padova, 1993, 386; v. altresì Dogliotti, *La separazione giudiziale*, in *Il diritto di famiglia. I. Famiglia e matrimonio*, Trattato diretto da Bonilini-Cattaneo, Torino, 1997, 487.

[114] Contiero, *L'affidamento dei minori*, cit., 31 ss.; v. altresì Stanzione, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, 1975, 358 ss.

[115] In tal senso Bellisario, *Autonomia dei genitori tra profili personali e patrimoniali*, in Patti-Carleo, *L'affidamento condiviso*, Milano, 2006, 79.

«*autorité*» (art. 371.2 *code civil*) derivante dal latino *augere* (far crescere) che indica il complesso dei caratteri riconosciuti a una istituzione o a una persona cui ci si assoggetta consensualmente per la realizzazione di determinati scopi[116].

Secondo dottrina maggioritaria[117], l'interesse dei figli è clausola generale adottata dal legislatore per indicare la necessità di salvaguardare una personalità in formazione di fronte a qualsiasi altra esigenza. Grazie alla sua formulazione (volutamente generica), l'individuazione dell'interesse del minore consente al giudice di valutare le peculiarità della situazione al suo esame, adottando la decisione che nel caso concreto appare come la migliore realizzazione di tale interesse, anche in deroga alle garanzie sostanziali e procedurali astrattamente ritenute dal legislatore conformi all'interesse dei minori[118].

Vi è stato chi[119] ha sottolineato che con la nuova l. n. 219/2012 la posizione attiva – da protagonisti – passa ai figli, mentre la posizione passiva – insita nell'essere responsabile – passa ai genitori, che diventano "spalla". In termini piuttosto elementari potrebbe osservarsi che l'interesse del figlio, come quello di qualsiasi altro creditore, è che i genitori come qualsiasi altro debitore adempiano gli obblighi scaturenti dalla responsabilità genitoriale. Il prevalente interesse del minore rinviene allora la propria realizzazione nell'essere considerato figlio di fronte alla legge e non a caso il 'nuovo' art. 315 c.c.[120] parla espressamente di «stato». In altri termini il primario interesse del figlio, posto dalla riforma apportata dalla l. n. 219/2012 al centro del sistema, rinviene il proprio presupposto indefettibile nella attribuzione di *status* di figlio.

A riprova di quanto esposto, il 'nuovo' art. 315 *bis* c.c. intitolato "*Di-*

---

[116] Cfr. Sergio, *Potestà versus responsabilità genitoriale. La sofferta evoluzione della regolazione giuridica dei rapporti tra genitori e figli*, in AA.VV., *Nuove frontiere della famiglia. La riforma della filiazione*, a cura di Pane, Napoli-Roma, 2014, 84-85.

[117] Si consulti al riguardo Hübler, *Trasferimento all'estero ed identità etnica - La difficile individuazione dell'esclusivo interesse del minore (Nota a Cass., sez. I, 16 marzo 1991, n. 2817, Nardella c. Lopez Ventura e Cass., sez. I, 4 maggio 1991, n. 4936, Marotta c. Donadio),* in *Nuova giur. civ.*, 1992, 1, 95; v. altresì Margiotta, *Diritti del minore ed esigenze di ordine pubblico: il (tormentato) impatto dei nostri giudici con gli istituti di protezione del fanciullo*, in *Fam. pers. succ.*, 11/2012, 800 ss.; Bianca, *L'affidamento dei figli*, cit., 375 ss.; Uccella, *L'affidamento condiviso negli Stati membri dell'Unione europea: la disciplina normativa e l'impegno interpretativo della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Familia*, 3/2008, 137 ss.

[118] Cfr. Long, *Il diritto italiano della famiglia alla prova delle fonti internazionali*, Milano, 2006, 53.

[119] Giacobbe, *Il prevalente interesse del minore e la responsabilità genitoriale. Riflessioni sulla riforma "Bianca"*, in *Dir. fam. pers.*, 2/2014, 817 ss.

[120] Art., da ultimo, così sostituito *ex* l. n. 219/2012.

ritti e doveri del figlio"[121] elenca 3 ordini di diritti del figlio e un dovere generico ed essenziale del rispetto verso i genitori, relegato all'ultimo comma. È evidente che l'affermazione della "prevalenza" dell'interesse del figlio è insita nella necessità di una sua autonoma valutazione rispetto alle prerogative genitoriali[122]. Ciò posto, l'art. 315 *bis* c.c. delinea il "diritto "del figlio ad essere ascoltato dal giudice[123], così guardando al fanciullo non più come semplice oggetto di protezione, ma come vero e proprio soggetto di diritto, a cui va data voce nel momento conflittuale della crisi familiare. Questo significa che l'ascolto del minore coinvolto, se ultradodicenne o di età inferiore ove capace di discernimento, deve ritenersi un vero e proprio diritto soggettivo dello stesso e non più solo un dovere del giudice *ex* art. 337 *opties* c.c. (inserito *ex* d.lgs. 154/2013) in cui è stato trasferito il contenuto del previgente art. 155*sexies* c.c.

Come è stato affermato[124], diverso dal diritto ad essere ascoltato dall'autorità giudiziaria o amministrativa è il diritto del minore ad essere ascoltato dai genitori, implicitamente riconosciuto dall'art. 147 c.c. (oggi così sostituito *ex* d.lgs. n. 151/2013), ove prescrive che i genitori debbano «mantenere, istruire, educare e assistere moralmente i figli, nel rispetto delle loro capacità, inclinazioni naturali e aspirazioni, secondo quanto previsto dall'art. 315 *bis*». Quindi, il diritto all'ascolto è la situazione soggettiva attiva attraverso cui acquista espressa rilevanza giuridica la capacità di discernimento del minore. Nello specifico si segnala l'art. 336 *bis* c.c. intitolato "*Ascolto del minore*" (inserito *ex* art. 53 del d.lgs. 154/2013), a dimostrazione che il minore deve essere considerato una

---

[121] L'art. 315 *bis* c.c. (inserito dall'art. 1, comma 8, l. n. 219/2012) stabilisce che «Il figlio ha il diritto di essere mantenuto, educato, istruito e assistito moralmente dai genitori, nel rispetto delle sue capacità, delle sue inclinazioni naturali e delle sue aspirazioni. Il figlio ha diritto di crescere in famiglia e di mantenere rapporti significativi con i parenti. Il figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici, e 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 e al proprio reddito, al mantenimento della famiglia finché convive con essa».

[122] Si consulti Giacobbe, *Il prevalente interesse del minore*, cit., 821; v. altresì Recinto, *Legge n. 219 del 2012: responsabilità genitoriale o astratti modelli di minori di età*?, cit., 1478 ss.

[123] V. la recente sentenza del Trib. di Varese, 24 gennaio 2013, 619, in *Corr. mer.*, 6/2013, con commento di Paparo, *L'ascolto del minore non è solo un dovere del giudice ma un diritto soggettivo del figlio*. Sull'ascolto del minore, v. Porchia, *Gli strumenti sovranazionali in materia di ascolto del minore*, in *Dir. umani e dir. internaz.*, 2012, 79 ss.; Parente, *L'ascolto del minore: i principi, le assiologie e le fonti*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, 459 ss.

[124] Cfr. Scaglione, *Ascolto, capacità e legittimazione del minore*, in Cippitani - Stefanelli (a cura di), *La parificazione degli status di filiazione-Atti del Convegno di Assisi*, *24-25 maggio 2013*, 273 ss.

persona portatrice di interessi individuali e, proprio per questo, merita attenzione la sua parola.

In realtà, anche se il contenuto delle norme riformate dalla l. 219/2012 e dal d.lgs. 154/2013 appare sostanzialmente invariato rispetto alla situazione che caratterizzava il sistema previgente, è all'evidenza che la stessa riorganizzazione sistematica della disciplina del rapporto genitori-figli, imponga una rilettura di tutte le norme in materia di responsabilità genitoriale, in ragione del mutamento del modello familiare e del sentimento sociale.

6. *Considerazioni finali*

Appare condivisibile la tesi di chi[125] afferma che, in oltre quarant'anni di vigenza, la disciplina del divorzio non si è mai seriamente adeguata all'evoluzione della società, ormai sempre più dedita a stili di vita lontani da quelli propri dell'Italia cattolica e rurale di qualche decennio fa, quando separazione e divorzio erano circondati da vera e propria riprovazione sociale e il bene dell'unità familiare era superiore a qualsiasi altra considerazione. Questo ha comportato una evidente e, a volte, preoccupante incapacità del dettato normativo di far fronte alle nuove esigenze degli individui; senza sottovalutare la profonda differenza che ci separa dalle legislazioni in vigore nella maggioranza degli altri Paesi europei, laddove le coppie riescono a divorziare in tempi notevolmente più brevi e attraverso procedure molto più semplici e meno costose rispetto alle nostre.

A tale proposito risulta utile citare il d.l. n. 132 del 12 settembre 2014[126] sulla riforma della giustizia civile, convertito nella l. n. 162 del 10 novembre 2014[127], recante "*Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile*". Nello specifico le due figure portanti sono rispettivamente contenute negli artt. 6 e 12 del testo legislativo: da un lato la negoziazione assistita «*per le soluzioni consensuali di separazione personale, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio, di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio*» (così la rubrica dell'art. 6), dall'altro la possibilità di ancorare gli effetti della separazione e del divorzio a un semplice accordo raggiunto dalle parti «*innanzi all'ufficiale dello stato civile*» (così la rubrica dell'art. 12).

---

[125] Sabatinelli - Gerardi, *Per un divorzio più rapido e meno oneroso*, in De Filippis-Bilotta, *Amore civile*, cit., 113.

[126] Pubblicato in G.U., 12 settembre 2014, n. 132.

[127] Pubblicato in G.U., 10 novembre 2014, n. 261. A tale proposito, si consulti Danovi, *I nuovi modelli di separazione e divorzio: una intricata pluralità di protagonisti*, in *Fam. dir*., 12/2014, 1141 ss.

Mentre la formula originaria del d.l. n. 132/2014, pur limitando la negoziazione in materia di separazione e divorzio alle sole ipotesi di coppie prive di figli minorenni (ovvero maggiorenni non autosufficienti, o incapaci, o portatori di handicap), attribuiva gli effetti del nuovo *status* direttamente all'accordo stipulato tra le parti con l'assistenza di soli avvocati, il testo definitivo della l. n. 162/2014 da un lato ne estende il possibile ambito a tutte le famiglie, ma ne subordina l'efficacia all'espletamento di un previo controllo da parte del pubblico ministero.

Invero, nelle ipotesi di accordo «*in mancanza di figli minori, di figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave ai sensi dell'art. 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104 ovvero economicamente non autosufficienti*», l'organo requirente risulta chiamato a una semplice verifica di regolarità formale dell'accordo. Laddove vi siano invece figli minori o comunque bisognosi di protezione, la verifica si estende al merito dell'effettiva rispondenza dell'intesa all'interesse di questi ultimi. In queste ipotesi il p.m., laddove ravvisi che l'accordo rispetti effettivamente la posizione dei figli, lo autorizza, mentre diversamente è tenuto a trasmettere il fascicolo «*entro cinque giorni*» al presidente del tribunale «*che fissa entro i successivi trenta giorni, la comparizione delle parti e provvede senza ritardo*» (art. 6, comma 2, ultima parte, l. n. 162/2014).

Al riguardo è stato sottolineato[128] che il necessario filtro del p.m. contrasta con la stessa idea di fondo che sostiene la negoziazione assistita, per la quale la soluzione della controversia dovrebbe essere responsabilmente affidata ai difensori, garanti degli interessi delle parti. Inoltre la previsione di affidare al p.m. un controllo non più solo formale, ma di sostanza e di merito nelle ipotesi di prole minore o comunque da tutelare non appare una scelta convincente, se non altro in ragione della concreta organizzazione degli uffici giudiziari.

Quanto al secondo nuovo modello alternativo, di cui all'art. 12 della l. 162/2014, che consiste nell'accordo di separazione, divorzio o modifica raggiunto dalle parti personalmente avanti all'ufficiale dello stato civile, si tratta di una opzione riservata alle sole coppie senza figli minori o economicamente non autosufficienti o incapaci o portatori di handicap grave.

Per quanto sopra espresso, giova osservare che è all'evidenza che il diritto delle persone e della famiglia versi in gravi difficoltà, atteso che le sue evoluzioni sono strettamente legate a quelle della società in cui si trova inserita la famiglia in un dato momento storico[129]. In tale

---

[128] V. Danovi, *I nuovi modelli di separazione e divorzio*, cit., 1143.

[129] Si consulti, Zanatta, *Le trasformazioni familiari in Italia: un approccio sociologico*, in De Filippis - Bilotta, *Amore civile*, cit., 55.

contesto, si potrebbe anche affermare che il matrimonio stesso sia diventato un'esperienza soggettiva, le cui vicende molto dipendono dalla coscienza individuale. Di conseguenza, questa famiglia di impronta individualistica presenta il rischio di una maggiore instabilità rispetto al passato, perché sulle aspirazioni alla felicità di coppia possono prevalere le aspirazioni alla felicità dei singoli[130].

D'altra parte, come è stato evidenziato[131], fino a un'epoca non lontana, gli individui potevano sì attraversare, nel corso della loro vita, modelli familiari differenti, tutti riferibili però a un unico modello familiare, quello della famiglia legittima fondata sul matrimonio. Oggi, viceversa, ogni individuo ha altissime probabilità di svolgere la sua vita in situazioni profondamente diverse e tutte socialmente legittimate. Per fare un esempio, si può nascere in una famiglia matrimoniale tradizionale, per poi trovarsi figli di una famiglia monogenitoriale per via del divorzio dei genitori e quindi bambini in una famiglia ricomposta, con diverse genitorialità sociali e biologiche, per poi legarsi in una convivenza *more uxorio*, per quindi contrarre matrimonio e poi divorziare e risposarsi e ritrovarsi genitori biologici e genitori sociali di un altro, senza che alcun segno di illegittimità accompagni queste vicende della vita[132].

È proprio quello dell'affido della prole uno dei momenti di maggiore conflitto nella disgregazione della comunità familiare, tant'è che non si manca di avvertire che in tema di revisione delle disposizioni sull'affido si tratta di dirimere una spiccata conflittualità tra i coniugi[133].

Ovviamente condizione indispensabile perché il minore possa trarre giovamento dall'affido condiviso è che vi sia un sostanziale accordo tra i suoi genitori, mentre a volte si ricava l'impressione che vengano garantiti solo gli interessi degli adulti.

È stato appurato[134] che, specialmente nella fase istruttoria, il contrasto può essere originato dalla sincera volontà di entrambi i coniugi di tenere con sé i figli, oppure, qualora il genitore affidatario conviva

---

[130] Cfr. Pocar-Ronfani, *La famiglia e il diritto*, Roma-Bari, 2005.

[131] Si consulti Pocar, *Mutamenti sociali, relazione coniugale e funzione genitoriale*, in *Separazione, divorzio, affidamento dei minori: quale diritto per l'Europa?*, Milano, 2000, 35 ss.

[132] V. sull'argomento anche Porcelli, *La famiglia al plurale*, in *Dir. fam. pers*., 3/2014, 1248 ss.; Al Mureden, *La responsabilità genitoriale tra condizione unica del figlio e pluralità di modelli familiari*, in *Fam. dir.*, 5/2014, 466 ss.

[133] In tal senso Ruscello, *La tutela del minore nella crisi coniugale*, Milano, 2002, 48.

[134] V. indagine condotta da Massani, *Gli orientamenti nel Tribunale di Roma*, in Dell'Antonio-Vincenzi Amato (a cura di), *L'affidamento dei minori nelle separazioni giudiziali. Ricerca interdisciplinare sui criteri di affido in alcuni tribunali italiani*, Milano, 1992, 8-10.

con altra persona, dal timore che al minore venga proposta una figura genitoriale alternativa; o dal desiderio di punire, attraverso la privazione dei figli, il coniuge che ha voluto la separazione; o infine dalla pretesa di avere in assegnazione la casa coniugale, che come è noto, viene concessa per lo più al genitore affidatario della prole. In tale contesto il giudice non può non tenere conto anche della situazione esistente e perdurante, magari da anni, situazione anche se non ottimale, nella quale il minore ha trovato un suo equilibrio; e in caso di prospettazione di soluzione alternativa più valida, non può non valutare, con estrema cautela l'opportunità di sottoporre il minore a un cambiamento.

Nei paragrafi precedenti abbiamo avuto modo di vedere come l'affido condiviso non comporti il superamento di tutti i problemi, legati già al fatto che i genitori, dopo la separazione, vanno a vivere in abitazioni diverse. Nel valutare quindi la possibilità che i figli minori restino affidati a entrambi i genitori, il giudice, dovendo fare riferimento all'interesse morale e materiale della prole, dovrà tenere conto non soltanto della esistenza dei presupposti di una serena gestione della nuova situazione, del carattere dei genitori e soprattutto della loro capacità di raggiungere decisioni condivise, ma anche delle circostanze oggettive che consentano o meno di prevedere un sereno esercizio condiviso dei poteri-doveri dei genitori o, al contrario, un esercizio difficile e conflittuale, destinato pertanto a non realizzare l'interesse dei figli.

Risulta inoltre difficile nella nuova struttura familiare non tenere conto della modificata posizione del padre, che tende ad assumere una presenza più attiva e partecipe nei rapporti con i figli già dai primi anni di vita degli stessi. Vi è infatti chi[135] parla a tale proposito di 'rivoluzione paterna', considerato che non vi è alcun dubbio che proprio il padre costituisca la figura che nell'ambito della famiglia ha subito le trasformazioni più profonde negli ultimi quarant'anni. Fatto salvo il significato della l. 8 marzo 2000 n. 53[136] sui congedi parentali, è all'evidenza che il padre fosse il grande assente nel diritto di famiglia, specie per quanto atteneva alla separazione e al divorzio. D'altra parte le alte percentuali di affido materno hanno evidenziato per molti anni il persistere nelle aule di tribunale di uno stereotipo, che vedeva nella madre la figura adatta *naturaliter* a occuparsi in modo pressoché esclusivo dei figli. Così si verificava che il carico accuditivo ed educativo veniva a pesare solo sulla donna e, d'altro canto, spesso si consumava il dramma di padri che, costretti entro i tempi e i modi di un diritto di visita quasi sempre

---

[135] Quilici, *La parte del padre*, in De Filippis-Bilotta, *Amore civile*, cit., 101; v. altresì sull'argomento AA.VV., *Le figure del padre*, Roma, 2014.

[136] Pubbl. in G.U. del 13 marzo 2000, n. 60.

risibile, scomparivano dalla vita dei figli, e di figli che perdevano una fondamentale figura di riferimento.

Nei paragrafi precedenti abbiamo preso in esame alcuni casi in cui la Corte di Strasburgo ha condannato l'Italia proprio per la sua scarsa attenzione ai diritti dei padri separati.

Rimane comunque il fatto che la l. n. 54/2006 ha avuto il grande pregio di sancire almeno sulla carta la pari dignità di padre e madre e il diritto del figlio (il concetto di 'bigenitorialità') ad avere il sostegno e la vicinanza di entrambi i genitori[137].

La carica di innovatività che connota una siffatta impostazione rispetto al dogma tradizionale della potestà ha trovato ulteriore vigore, grazie alla l. n. 219/2013 e al d.lgs. 154/2013, nonché all'emersione in ambito europeo dell'intendere la funzione genitoriale in chiave di responsabilità. È, comunque, all'evidenza che la disciplina dell'affido condiviso, inevitabilmente, finisca per incentrarsi su un problema di bilanciamento di valori, potenzialmente in conflitto tra loro, che dovrebbero, comunque, trovare un contemperamento accettabile soprattutto per il bene dei figli.

I giudici in tutto questo hanno un delicato ruolo nel loro dovere di applicazione dell'affido condiviso, in modo che esso diventi una realtà effettiva a beneficio dei minori e non solo un mero enunciato che in qualche caso addirittura aggrava la condizione di uno dei coniugi.

Tuttavia giova osservare che soprattutto la corresponsabilità genitoriale, prima ancora che principio giuridico, dovrebbe essere norma comportamentale da adottare sistematicamente nel fare scelte motivate e condivise riguardanti i figli.

In altri termini si richiederebbe a entrambi i genitori di recuperare nella separazione quel rispetto reciproco e quello spirito di collaborazione spesso già assenti durante il matrimonio.

In realtà non è facile porre le conclusioni su problematiche così vaste e complesse, di cui si è voluto tracciare solo qualche linea guida di conoscenza; tuttavia la criticità del quadro delineato induce in buona sostanza alla riflessione che fondamentale nell'affido condiviso è il ruolo della comunicazione, proprio perché al figlio deve pervenire dal proprio genitore un messaggio forte, ovvero ciò che conta è sì il contenuto del messaggio, ma non solo, in quanto rileva anche e soprattutto la forza con cui lo stesso viene trasmesso dal genitore, figura di riferimento per ogni figlio, soprattutto per un minore con una personalità in formazione.

STEFANIA TUCCANI

---

[137] V. sull'argomento D'AVACK, *L'affidamento condiviso tra regole giuridiche e discrezionalità del giudice*, 18 e BALLARANI, *Potestà genitoriale e interesse del minore: affidamento condiviso, affidamento esclusivo e mutamenti*, 29, entrambi in PATTI-CARLEO, *L'affidamento condiviso*, Milano, 2006.

LA TUTELA DEL SOFTWARE

SOMMARIO: -**1.** *Premessa.* -**2.** *Il quadro normativo.* -**3.** *la tutela attraverso il diritto d'autore.* -*ĝĝ Le utilizzazioni libere.* -**5.** *La questione della brevettabilità.* -6. *Conclusioni.*

1.Un software è formato da un insieme di istruzioni espresse in linguaggio informatico che una volta immesse nel computer permettono di conseguire un determinato risultato. Dal punto di vista tecnico i software sono l'insieme dei programmi e delle procedure che costituiscono la struttura logica attraverso la quale è possibile utilizzare la struttura fisica, chiamata hardware[1]. L'OMPI ha definito il programma per elaboratore come: «espressione di un insieme organizzato e strutturato di istruzioni (o simboli) contenuti in qualsiasi forma o supporto (nastro, disco, film, circuito), capace direttamente o indirettamente di far eseguire o far ottenere una funzione, un compito o un risultato particolare per mezzo di un sistema di elaborazione elettronica dell'informazione».[2] Si tratta di prodotti che hanno avuto una larga diffusione e che rivestono un ruolo fondamentale anche sotto l'aspetto economico. Da qui nasce l'esigenza di inquadrarli nell'ambito di una categoria giuridica idonea a garantirne la tutela. Progettare un software richiede l'impiego di ingenti risorse e l'intervento di molteplici professionalità altamente qualificate. L'interesse economico dell'autore deve essere contemperato con il diritto della collettività a fruire del progresso tecnologico. I software sono dunque dei beni immateriali che appartengono alla categoria giuridica delle creazioni intellettuali. Essi potrebbero essere disciplinati ricorrendo all'istituto del diritto d'autore o alla tutela brevettuale. Dopo un travagliato percorso dottrinale e giurisprudenziale il Legislatore comunitario e nazionale hanno optato per una tutela di carattere autoriale.

---

[1] BORRUSO, RUSSO, TIBERI (a cura di), *L'informatica per il giurista. Dal bit a Internet*, Milano, 2009, 107.

[2] OMPI, Comitato di esperti, Canberra, 1984.

In realtà, come risulterà dalla lettura del presente lavoro, il dibattito sulla tutela dei software non si è ancora concluso pur in presenza di un dato normativo certo.

2. L'esigenza di tutelare il software nasce intorno agli anni '90 quando il mercato del software si separa da quello dell'hardware e si affermano le prime aziende produttrici di software indipendenti. In origine i software erano venduti unitamente ai personal computer e quindi ricevevano tutela attraverso il sistema contrattuale e la protezione del segreto. Lo sviluppo di un'industria autonoma del software comporta il superamento delle tutele contrattuali ed extracontrattuali alle quali si era ricorso fino quel momento. La tutela contrattuale risultava inadeguata poiché poteva produrre effetti solo tra le parti, mentre la tutela fondata sul segreto era difficilmente utilizzabile nei confronti dei soggetti non imprenditori. *In primis* era necessario giungere ad un regime di protezione idoneo a colpire *erga omnes* la riproduzione abusiva dei programmi per elaboratore. Un primo intervento in tal senso è rappresentato dalla Direttiva 91/250/CE che ha esteso al software la tutela accordata alle opere dell'ingegno. La Direttiva è stata recepita nel nostro Ordinamento con il d.lgs. 29 dicembre 1992 n. 518. Quello nel settore del software è stato uno dei primi interventi normativi di armonizzazione compiuti dalla Comunità europea in materia di diritti di proprietà intellettuale. L'obiettivo del Legislatore europeo era quello di tutelare adeguatamente i prodotti del progresso tecnologico intraprendendo la strada dell'armonizzazione delle legislazioni dei vari Stati membri in materia di diritto d'autore. Da un lato, le imprese europee dovevano essere protette nei confronti delle loro controparti statunitensi e giapponesi, che all'epoca detenevano il mercato mondiale del software, dall'altro, era opportuno proteggere gli investimenti necessari a sviluppare detti programmi a fronte dei fenomeni di pirateria informatica. Considerando la natura immateriale di questi prodotti il legislatore li ha inquadrati nell'ambito della legge 22 aprile 1941, n. 633 che protegge le opere dell'ingegno a carattere creativo. Questa scelta ha poi trovato conferma nella Direttiva 2009/24/CE che ha sostituito la Direttiva del 1991 [3].

3. Il diritto d'autore tutela la forma in cui le idee sono esteriorizzate attraverso uno dei mezzi espressivi elencati a titolo esemplificativo nell'art. 1 della l. n. 633/1941. Questo principio è applicato anche ai software[4]. In sostanza un software, in qualsiasi forma espresso, è oggetto

---

[3] Secondo l'articolo 1 della direttiva 2009/24/CE «gli Stati membri tutelano i programmi per elaboratore, mediante diritto d'autore, come opere letterarie ai sensi della convenzione di Berna sulla tutela delle opere letterarie e artistiche».

[4] Si tratta di un principio richiamato dall'art. 2 CUB, dall'art. 9 TRIP's, dall'art. 2 WTC, e nell'undicesimo considerando della Direttiva 09/24/CE. L'art. 2 WTC e l'art.

di tutela a condizione che sia il frutto di uno sforzo creativo da parte dell'autore e che sia originale rispetto a programmi preesistenti. È protetta la forma in cui il programma è espresso, ossia il codice sorgente, inteso come il linguaggio con cui sono scritti i programmi stessi e il codice oggetto inteso come la traduzione del linguaggio del programma in bit o linguaggio macchina, e non l'innovazione o i principi sui quali si basa il software[5].Tuttavia è bene precisare che il diritto d'autore protegge la forma dell'espressione creativa, a prescindere dal contenuto in essa racchiuso, cioè tutela un programma come un'opera letteraria, quindi ogni qual volta venga scritto un programma in grado di eseguire la stessa funzione di un altro già esistente, seguendo le sue stesse fasi, ma che abbia alla base una codice sorgente diverso questo non viola il *copyright*. Il giudice europeo ha recentemente osservato che l'autore non può impedire che chi acquista una licenza sul programma possa osservare, studiare o sperimentarne il funzionamento al fine di individuare le idee e i principi che ne stanno alla base. Queste operazioni possono essere eseguite in quanto autorizzate dalla licenza o necessarie all'utilizzazione del programma, a condizione che non siano lesi i diritti esclusivi del titolare del diritto d'autore sul programma. Inoltre non vi è alcuna lesione del diritto d'autore laddove, come nella fattispecie, il legittimo acquirente della licenza non ha avuto accesso al codice sorgente del programma, ma si è limitato a studiare, ad osservare e a sperimentare tale programma per riprodurne la funzionalità in un secondo programma[6]. Come è stato correttamente osservato tutelare le idee equivarrebbe a monopolizzarle, pertanto si è ritenuto di proteggere i programmi senza arrestare il progresso e quindi consentendo la libera diffusione delle idee dei principi e degli algoritmi che fondano il software. Il diritto d'autore si costituisce in capo al creatore al momento della creazione dell'opera, senza che sia necessario eseguire alcuna registrazione o deposito della stessa[7].Generalmente l'autore è individuato nella persona fisica che ha

---

9 TRIP's affermano che: «La protezione del diritto d'autore copre le espressioni e non le idee, i procedimenti, i metodi di funzionamento o i concetti in quanto tali».

[5] Ai sensi dell'art. 2, n.8, l. n. 633/1941: «sono compresi nella protezione i programmi per elaboratore, in qualsiasi forma espressi purché originali quale risultato di creazione intellettuale dell'autore. Restano esclusi dalla tutela accordata dalla presente legge le idee e i principi che stanno alla base di qualsiasi elemento di un programma, compresi quelli alla base delle sue interfacce. Il termine programma comprende anche il materiale preparatorio per la progettazione del programma stesso».

[6] Corte di Giustizia UE, sez. grande, 2 maggio 2012, C-406/10. Sull'argomento si consulti La Diega, *Le idee e il muro del suono: i programmi per elaboratore nella più recente giurisprudenza europea*, in *Eur. dir. priv*., 2013, II, 543 ss.

[7] Il momento creativo rappresenta il titolo originario: in base al disposto degli artt. 2576 c.c., 6, l. n. 633/1941«Il titolo originario dell'acquisto del diritto di auto-

creato il programma. Tuttavia frequentemente la realizzazione di un software comporta il coinvolgimento non di un solo programmatore, ma di più soggetti, in questo caso esso può essere classificato come un'opera in comunione, collettiva o composta. Se il programma è stato creato con il contributo inscindibile e indistinguibile di più persone, il diritto d'autore appartiene a ciascuno degli autori in parti uguali, salvo prova contraria. A tali fattispecie sono applicabili le disposizioni che regolano la comunione[8]. La riunione di più software o parti di software che hanno carattere di creazione autonoma finalizzata ad un determinato scopo viene ricondotta nell'alveo delle opere collettive e la paternità dell'opera è attribuita a colui che ha organizzato e diretto la creazione dell'opera stessa. Infine il software è identificato come un'opera composta quando nasce da singoli apporti creativi che conservano la loro autonomia. Si tratta di opere che pur essendo realizzate da diversi autori e pur essendo suscettibili di fruizione separata, compongono un effetto unitario e quindi prevale la loro identità organica[9]. L'articolo 12 *bis* disciplina l'ipotesi del software creato dal lavoratore dipendente. Il Legislatore si è limitato a specificare che i diritti sul programma realizzato dal lavoratore nell'esecuzione delle sue mansioni o a seguito di istruzioni ricevute dal suo datore di lavoro competono a quest'ultimo, salvo un diverso accordo stipulato tra le parti[10].Per quanto riguarda il riconoscimento in capo alle persone giuridiche di un'acquisizione a titolo originario del diritto d'autore su un software, la Direttiva 2009/24/CE rimette la decisione al singolo Stato[11]. Attribuire alle persone giuridiche un acquisto a titolo originario di diritti sul software contrasterebbe con il disposto dell'art. 6, comma 1, della l. n. 633 del 1941, in base al quale tale la costituzione a titolo originario è una conseguenza della creazione dell'opera. Pertanto, il titolare del diritto d'autore sul software, è colui che lo ha creato. Tuttavia è ammissibile che i diritti di utilizzazione economica possano essere trasferiti alla persona giudica, ente o società privata, che li acquisterà a titolo derivativo. La decisione di tutelare il software come un'opera

---

re è costituito dalla creazione dell'opera, quale particolare espressione del lavoro intellettuale».

[8] Art. 10, l. n. 633 del 1941, art. 1100, c.c.

[9] Greco-Vercellone, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, Torino, 1974, 97.

[10] Art. 12 *bis* l. n. 633 del 1941: «Salvo patto contrario, il datore di lavoro è titolare del diritto esclusivo di utilizzazione economica del programma per elaboratore o della banca di dati creati dal lavoratore dipendente nell'esecuzione delle sue mansioni o su istruzioni impartite dallo stesso datore di lavoro».

[11] Art. 2.1 Direttiva 24/09/CE: «L'autore di un programma per elaboratore è la persona fisica o il gruppo di persone fisiche che ha creato il programma o, qualora la legislazione degli Stati membri lo permetta, la persona giuridica designata da tale legislazione come titolare del diritto».

letteraria comporta il riconoscimento in capo all'autore di una serie di prerogative di carattere morale oltre che patrimoniale. I diritti morali sono imprescrittibili, intrasmissibili, irrinunciabili. Tra i diritti morali dell'autore si annovera anche il diritto all'integrità dell'opera che trova difficile applicazione sui software. In realtà, questi, visto il loro carattere tecnico e industriale, sono spesso soggetti a modifiche e ripensamenti o addirittura vengono utilizzati in tutto o in parte per la realizzazione di nuovi programmi senza che da ciò derivi un pregiudizio per l'onore e la reputazione dell'autore originario. I diritti patrimoniali consistono invece nella facoltà di potere utilizzare in esclusiva un software e possono essere ceduti dietro compenso o gratuitamente. Le utilizzazioni economiche riservate sono elencate nell'art. 64 *bis* della l. n. 633/1941 che comprende il diritto di riproduzione del programma, di traduzione, di adattamento, adeguamento e modifica e di distribuzione al pubblico. Pertanto se non autorizzata dall'autore è illecita la riproduzione del programma, anche solo ai fini del mero uso ed è illecito l'uso privato di copie prodotte da soggetti diversi dal programmatore. L'autore può altresì impedire ogni forma di riproduzione permanente o temporanea[(12)]. L'autore del programma originario ha diritto di rielaborarlo e può autorizzare terzi a compiere tale intervento. I diritti esclusivi conferiti sui programmi per elaboratore comprendono anche il diritto di effettuare o autorizzare «la traduzione, adattamento, la trasformazione e ogni altra modificazione del programma per elaboratore, nonché la riproduzione dell'opera che ne risulti, senza pregiudizio dei diritti di chi modifica il programma»[(13)]. Il consenso per una certa forma di elaborazione non vale anche per altre e non si estende allo sfruttamento commerciale dell'opera derivata. In altri termini se l'autore dell'elaborazione è un soggetto diverso rispetto al titolare dell'opera originaria, occorre il consenso del titolare del diritto sull'opera originaria per utilizzare economicamente il nuovo lavoro. Applicato ai software, il diritto d'autore presenta dunque delle peculiarità rispetto all'istituto tradizionale nell'ambito del quale

---

[(12)] L'art 64 *bis*, lett. a), riserva all'autore « la riproduzione, permanente o temporanea, totale o parziale, del programma per elaboratore con qualsiasi mezzo o in qualsiasi forma. Nella misura in cui operazioni quali il caricamento, la visualizzazione, l'esecuzione, la trasmissione o la memorizzazione del programma per elaboratore richiedano una riproduzione, anche tali operazioni sono soggette all'autorizzazione del titolare dei diritti». I procedimenti cui si fa riferimento sono: stampa, incisione, fotografia, litografia, fonografia, ma anche *uploading* e *downloading*».

[(13)] Si sensi dell'art. 64 *bis*, lett. b): «la traduzione, l'adattamento, la trasformazione e ogni altra modificazione del programma per elaboratore, nonché la riproduzione dell'opera che ne risulti, senza pregiudizio dei diritti di chi modifica il programma». La rielaborazione può consistere in molteplici attività: decompilazione, traduzione da un linguaggio di programmazione all'altro, manutenzione migliorativa, etc.

nessuno può moltiplicare le copie, ma è libero di utilizzare il singolo esemplare, inoltre è prevista la possibilità di effettuare delle copie per uso personale[14]. Infine spetta all'autore qualsiasi forma di distribuzione al pubblico, compresa la locazione e la commercializzazione. La prima vendita nel territorio dell'Unione Europea, esaurisce il diritto di distribuzione con la conseguenza che non sarà possibile impedire a terzi la successiva vendita di tale programma in tutto il territorio comunitario[15].

4. Le facoltà esclusive riconosciute all'autore sono in parte temperate dalla previsione di utilizzazioni libere da parte del Legislatore. Queste deroghe sono state introdotte agli articoli 64 *ter* e 64 *quater* della l. aut. che hanno carattere speciale. I diritti dell'autore o del titolare degli stessi sul programma incontrano un primo limite nelle esigenze legate all'uso dello stesso. Il soggetto che abbia legittimamente acquistato un programma può svolgere le attività di riproduzione, adattamento, modifica, traduzione e correzione degli errori del medesimo, quando siano necessarie per il suo utilizzo[16]. Al secondo comma dell'articolo 64 *ter* è espressamente disposto che «non può essere impedito per contratto, a chi ha il diritto di usare una copia del programma per elaboratore di effettuare una copia di riserva del programma, qualora tale copia sia necessaria per l'uso». Si tratta di una norma imperativa che attribuisce all'acquirente un diritto e non una mera facoltà contrattuale. Sono nulle le clausole contrattuali che impediscano all'utilizzatore di fare copie di backup qualora esse siano necessarie all'uso del programma[17]. L'eventuale circolazione della copia di backup integra un illecito se non espressamente autorizzata. Infine, l'utilizzatore può osservare, studiare, sperimentare il funzionamento del programma nelle operazioni di caricamento, visualizzazione, esecuzione, trasmissione, memorizzazione e utilizzazione di una copia del software allo scopo di determinare i principi su cui è basato. Ogni eventuale accordo contrario è da considerarsi nullo, si tratta di una previsione non derogabile dalle parti. Un'altra deroga ai diritti di utilizzazione economica dell'autore è costituita dal *reverse engineering*. Si tratta di un procedimento che permette di risalire dal codice oggetto al programma sorgente, permettendo quindi di sviluppare programmi che possano interagire tra loro e permettere prestazioni più complesse e complete[18]. L'esigenza di favorire l'interope-

---

[14] Art. 68, 1. aut.

[15] Per approfondimenti: Melis, *Diritto d'autore in internet: vera rivoluzione o partita ancora aperta?*, in *Gior. dir. amm*., 2013, 607 ss.

[16] Cfr. art. 64 *ter*, comma 1,1. aut.

[17] Art. 64 *ter*, comma 2, l. aut.

[18] Art. 64 *quater*, l. aut.

rabilità del programma o di connettere tra loro programmi già esistenti richiedono che l'utente sia a conoscenza di taluni aspetti del software. La problematica della decompilazione si inquadra nell'esigenza di garantire una certa divulgazione delle informazioni tecniche contenute nei programmi per elaboratore, degli algoritmi che ne sono alla base, della loro struttura, e in generale di tutte le conoscenze tecniche impiegate nello sviluppo dei programmi, in modo che chi ne venga a conoscenza sia messo in grado di impiegarle per programmi diversi al fine di favorire lo sviluppo tecnologico del settore. Il legittimo utilizzatore di una copia del programma può porre in essere operazioni di decompilazione, in assenza dell'autorizzazione dell'autore, in presenza di una serie di condizioni poste dal legislatore. Le informazioni non devono essere già «facilmente reperibili e rapidamente accessibili»; la decompilazione deve essere limitata solo alle «parti del programma originale necessarie per conseguire l'interoperabilità o l'interconnessione dei programmi diversi»; dette informazioni non possono essere comunicate a terzi, salvo che non sia necessario per consentire l'interoperabilità del programma e non possono essere utilizzate per costruire, commercializzare o sviluppare programmi sostanzialmente simili nella loro forma espressiva[19]. Infine le clausole contrattuali che ostacolino la decompilazione sono nulle[20].

5. L'art. 45 c.p.i., in conformità a quanto disposto dall'art. 52 della Convenzione di Monaco sul Brevetto Europeo esclude i programmi per elaboratore, «in quanto tali», dal novero delle invenzioni brevettabili. Essi vengono equiparati dal legislatore ad attività intellettuali prive del requisito dell'industrialità. Il valore del programma è stato ricondotto alle sole istruzioni che interpretano e svolgono l'algoritmo. Pertanto l'elemento creativo si manifesta nella forma espressiva e non nel contenuto, quindi la tutela più adeguata risulta quella autoriale. Tuttavia questa scelta del legislatore risale ad un periodo in cui prodotti tecnologici come i software non avevano ancora l'importanza economica che hanno oggi[21]. Sulla questione della brevettabilità dei software Bakels ha osservato che sebbene la legge brevettuale si riferisca a prodotti o a procedimenti, l'oggetto di un brevetto è sempre la conoscenza: un'invenzione è essenzialmente un insegnamento tecnico, la cui applicazione industriale porta ad un prodotto[22]. Da queste considerazioni si deduce

---

[19] In proposito si consultino rispettivamente gli artt. 64 *quater,* comma 1, lett. a); 64 *quater,* comma 1, lett. b), 64 *quater,* comma 1, lett. c); 64 *quater,* comma 2, lett. b); 64 *quater*, comma 2, lett. c), l. aut.

[20] Art. 64 *quater*, comma 3, l. aut.

[21] Cfr. GALLI-GAMBINO (a cura di), *Codice commentato della Proprietà Industriale ed Intellettuale,* Torino, 2011.

[22] BAKELS, *Software patentability: what are the right questions?* in E.I.P.R., X, 2009, 514 ss.

che il software, in quanto tale, non è ovviamente brevettabile, poiché si tratta di una realizzazione, mentre i brevetti sono concessi per le invenzioni. Tuttavia quando il software risolve un problema tecnico, il risultato ottenuto dalla sua applicazione non può essere escluso dalla brevettabilità, purché ovviamente sussistano i requisiti. I software talvolta sono impiegati per apportare miglioramenti tecnici equivalenti a modifiche dell'hardware, come per esempio, i metodi di memorizzazione, cd. memoria cache, i metodi di compressione dati o di crittografia. Queste soluzioni migliorano le funzionalità e le prestazioni dell'hardware su cui vengono applicate. Se tali tecniche fossero nuove ed inventive, non ci sarebbe motivo per negarne la brevettabilità[23]. Osservando quello che è accaduto negli Stati Uniti, uno dei principali pesi produttori di software, è possibile notare che il software è tutelato attraverso il copyright, ma la giurisprudenza già nei primi anni '80 ha ammesso la brevettabilità di taluni programmi per elaboratore. Seguendo questa tendenza intorno alla metà degli anni '90, l'Ufficio Brevetti e Marchi USA, contro il parere della maggior parte dell'industria informatica americana, adottò pienamente i brevetti software. Negli Stati Uniti, un'invenzione collocabile nell'ambito di una tecnologia può essere brevettata. Un software ha carattere tecnologico se produce un risultato utile, concreto e tangibile. In Europa nonostante la scelta legislativa operata con la Direttiva del 250/92/CE, alcuni indirizzi interpretativi ritengono che possa essere richiesto un brevetto qualora un software presenti il carattere della natura tecnica[24]. Secondo la giurisprudenza dell'Ufficio Europeo Brevetti di Monaco, la tale natura tecnica sussisterebbe quando il software sia capace di produrre il cd. «contributo tecnico ulteriore in un settore non escluso tradizionalmente dal brevettabile». L'effetto tecnico prodotto dal programma non deve limitarsi alla stretta interazione fra software e hardware e non deve consistere in un vantaggio meramente astratto. Come negli Stati Uniti, seppur in misura quantitativamente minore, anche in Europa, nonostante un'indicazione normativa esplicitamente contraria alla brevettazione dei programmi per elaboratore, l'Ufficio Europeo Brevetti, di fatto, seppur in presenza di determinati presupposti, riconosce brevetti sul software. La commissione di ricorso dell'Ufficio Brevetti ha sancito che, se un software presenta «effetti tecnici ulteriori o che vadano oltre la normale interazione tra software e hardware», non deve essere escluso dalla brevettabilità[25]. Secondo questa sentenza,

---

[23] ZERBI, *La protezione del software,* Notiziario dell'Ordine dei Consulenti in Proprietà Industriale, 2004,V, 421 ss.

[24] Cfr. SCHIUMA, *Il software tra brevetto e diritto d'autore,* in Riv. dir. civ., 2007, VI, 683 ss.; CAPO, *Gli strumenti di tutela dei diritti inerenti ai programmi,* in VALENTINO (a cura di), *Manuale di Diritto dell'Informatica,* Napoli, 2011, 191 ss.

[25] Commissione di ricorso UEB, 1 luglio 1998, T1173/97.

tale effetto tecnico aggiuntivo si può verificare quando il programma è in grado di controllare un processo industriale o un apparato: si pensi ad un software che è impiegato per calcolare la temperatura di lavoro ottimale di un altoforno. La sentenza in questione ha chiarito che il software va visto come un mezzo tecnico che implementa un metodo. La brevettabilità del software va valutata considerando la capacità del programma di risolvere un problema tecnico in modo nuovo e originale. Per superare le ambiguità che derivavano da una simile situazione giuridica la Commissione Europea ha elaborato tre proposte di Direttiva, nessuna delle quali peraltro è stata adottata. L'esigenza di una normativa unitaria nasce dalle difformità presenti nelle legislazioni dei singoli Stati membri in ordine ai requisiti di brevettabilità del software. A ciò si aggiunge l'incertezza interpretativa dell'UEB che avrebbe portato al rilascio di migliaia di brevetti di software. Era necessario dare una chiara definizione delle invenzioni attuate per mezzo di elaboratori elettronici e del concetto di contributo tecnico per stabilire quando un'invenzione attuata mediante elaboratori elettronici potesse essere inclusa in un settore della tecnologia. La prima proposta di direttiva del 2002 stabilisce che le condizioni di brevettabilità sono quelle tradizionalmente fissate dalla disciplina brevettuale: novità, attività inventiva e industrialità. Con riferimento alla compatibilità della disciplina brevettuale con quella prevista dalla Direttiva 250/92/CE si specifica che la tutela autoriale rimane in vigore in aggiunta a quella brevettuale, per la parte dedicata alle facoltà concesse all'utente di reverse engineering. Questa prima proposta non ha avuto seguito e quindi ne è stata formulata una seconda, ad opera del Parlamento. Innanzi tutto si è affermato che il trattamento e l'elaborazione dei dati non appartengono ad un settore della tecnica. Il contributo tecnico deve essere valutato sulla base delle differenze tra le caratteristiche tecniche del trovato e lo stato dell'arte. Si afferma il principio per cui non sono brevettabili le invenzioni che eseguano un metodo commerciale, o matematico attraverso un software senza produrre un risultato tecnico ulteriore rispetto alla mera interazione tra programma e macchina. In sintesi la seconda proposta di direttiva, a differenza della prima, ammette la brevettabilità del software solo nel caso in cui produca un risultato tecnico all'interno o all'esterno dell'elaboratore. Il Consiglio Europeo non ha confermato gli elementi indicati dal Parlamento e il 18 maggio 2004 ha riscritto la proposta di Direttiva sulla brevettazione cercando di contemperare le esigenze del Parlamento con quelle della Commissione. Secondo il testo scritto dal Consiglio l'invenzione deve avere i requisiti di brevettabilità stabiliti dalla Convenzione: novità, originalità e industrialità; deve necessariamente apportare un contributo tecnico, nuovo e non evidente per un esperto del settore. Nonostante l'orientamento del Legislatore

europeo, il dibattito circa la possibilità di brevettare un software, al fine di tutelarlo in ogni sua forma di espressione non si è ancora concluso e sembra evolversi sempre più in senso negativo. La mancata adozione della Direttiva è dovuta alla complessità delle questioni che riguardano la disciplina dei programmi per elaboratore. In un regime di concorrenza globale è necessario bilanciare interessi politico-commerciali ed esigenze di certezza giuridica sia nei confronti degli operatori imprenditoriali che degli utenti. Si riscontra che da un lato la grande industria dell'informatica si schiera a favore della brevettabilità, dall'altro gli utenti e i programmatori organizzati nella forma della piccola e media impresa sono a ciò decisamente contrari. Allo stato attuale, in Europa, mentre tutti i programmi sono tutelati dal copyright non tutti i programmi sono brevettabili, ma lo sono soltanto quelli che, appunto, producono un effetto tecnico ulteriore.

6. Ricorrere per i software a modelli di tutela predisposti per categorie di opere, come quelle letterarie, artistiche e musicali, che si collocano in un contesto economico del tutto differente, comporta sicuramente una serie di aspetti problematici. Il diritto d'autore protegge rispetto alla copia non autorizzata del software, tuttavia poiché la maggior parte delle violazioni sono perpetrate in rete, la tutela offerta rischia di poter trovare applicazione concreta solo in taluni casi. La legge sul diritto d'autore concerne solo le forme espressive e non si estende anche al contenuto, quindi applicata ai software, essa si rivolge al modo in cui il programma è scritto e non anche alle idee e ai principi ad esso sottostanti. Si tratta di una protezione ben più limitata di quella garantita ad esempio ad un'opera letteraria. L'autore di un libro può disporre di un numero vastissimo di vocaboli e quindi potrà esprimere un concetto impiegando termini diversi rispetto a quelli utilizzati da un altro, mentre le *key words* sulle quali può far conto un programmatore sono in realtà poche centinaia. Inoltre il deposito presso il registro speciale SIAE non è obbligatorio e comunque non comporta il venir meno del segreto, quindi è particolarmente complesso poter risalire al codice sorgente e l'impossibilità di una immediata intellegibilità del programma può costituire un freno al progresso. Per contro la tutela brevettuale imporrebbe all'autore del programma di rendere pubbliche le procedure che ha seguito per la sua realizzazione, favorendo lo sviluppo tecnologico. Come sopra accennato negli Stati Uniti la strada della brevettazione è già stata da tempo intrapresa. Sono stati rilasciati un numero elevatissimo di brevetti software e in molti casi essi hanno ad oggetto programmi che perseguono idee comuni, come i *Cascading Stiyle Sheet* concessi alla Microsoft o meri metodi di pratica aziendali, come il *one-click buy.* La tutela brevettuale in questo settore ha finito quindi per generare brevetti vaghi che non premiano la vera innovatività del

prodotto. Inoltre si tratta di una forma di protezione inaccessibile in termini economici per la piccola e media impresa e per i programmatori individuali. Ammettere la brevettabilità del software comporterebbe di non poter più realizzare programmi che hanno funzionalità simili a quelle di programmi già coperti da brevetto. Si andrebbero a tutelare anche i principi logici e l'algoritmo con conseguenze proibitive per i programmatori che prima di pubblicare un software dovrebbero verificare che alcune delle idee in esso impiegate non siano state già brevettate. La tutela brevettuale comporterebbe notevoli vantaggi per le grandi realtà multinazionali. Allo stato attuale infatti le grandi aziende tendono a stipulare tra loro accordi di non belligeranza a scapito delle piccole e medie imprese. Il brevetto dovrebbe essere riconosciuto solo per quelle invenzioni che hanno effettivamente i requisiti dell'originalità e della novità rispetto allo stato dell'arte. L'inventore dovrebbe concretamente mettere a disposizione della collettività informazioni ed elementi sufficienti ad attuare l'invenzione brevettata. Perché il brevetto non diventi un ostacolo insormontabile allo sviluppo della piccola e media impresa i costi della procedura prevista dovrebbero essere ridotti. D'altro canto bisogna ammettere che la tutela autoriale pur presentando una serie di limitazioni, tutela l'autore di un programma senza arrestare il progresso. Come precisato dal Giudice europeo nella pronuncia SAS Institute, partendo da un diverso codice sorgente è possibile scrivere un programma con le stesse funzionalità di un altro[26]. Si pensi ad esempio al successo di Open Office: il progetto riproduce le funzionalità di Microsoft Office senza violare alcun diritto d'autore, questo non sarebbe stato possibile in presenza di un brevetto. Da un lato si impedisce che l'autore sia privato ingiustamente di una sua originale creazione, dall'altro tutti sono in grado di concorrere per la realizzazione del miglior prodotto senza che si arresti il progresso.

VALENTINA BIGLIAZZI

[26] Corte di Giustizia Ue, sez. grande, 2 maggio 2012, C-406/10.

GIUDIZIO IN ASSENZA DELL'IMPUTATO E NULLITÀ PROCESSUALI

SOMMARIO: **1**. *Notazioni introduttive.* – **2.** *Fattispecie di nullità e relativo trattamento.* – **3.** *Il riscontro della nullità in appello.* – **4.** *I nuovi confini dell'annullamento con rinvio nel giudizio di legittimità.*

1. *Notazioni introduttive*

Il varo della legge n. 67 del 2014 contenente, tra le altre, specifiche disposizioni in materia di *sospensione del procedimento nei confronti degli irreperibili* [(1)], giunto all'esito di un tortuoso percorso di progressivo adattamento dell'ordinamento interno alla normativa convenzionale dipanatosi sotto la spinta delle molteplici pronunce con cui la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha censurato le scelte compiute dal legislatore italiano al fine di garantire il diritto dell'imputato di partecipare al processo a suo carico [(2)], ha prodotto il definitivo superamento del controverso istituto della contumacia mediante la rimodulazione di tratti significativi della disciplina codicistica rispetto alle cui prescrizioni può

[(1)] Per un quadro di insieme delle nuove disposizioni v., *ex plurimis*, VIGONI (a cura di), *Il giudizio in assenza dell'imputato*, Torino, 2014; NACAR, *Il processo* in absentia *tra fonti internazionali, disciplina codicistica e recenti interventi riformatori*, Padova, 2014; TONINI – CONTI, *Il tramonto della contumacia, l'alba radiosa della sospensione e le nubi dell'assenza "consapevole"*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 509; QUATTROCOLO, *Il contumace cede la scena processuale all'assente, mentre l'irreperibile l'abbandona*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 2, 97.

[(2)] Cfr. A.A. DEI-CAS, *Il procedimento penale nei confronti di imputati irreperibili tra giurisprudenza della Corte Europea e normativa interna*, in CONTI – MARANDOLA – VARRASO (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Padova, 2014, 189; MOSCARINI, *Una riforma da tempo necessaria: l'abolizione della contumacia penale e la sospensione del processo contro l'imputato irreperibile*, *ivi*, 239; NACAR, *Il processo* in absentia *tra fonti internazionali, disciplina codicistica e recenti interventi riformatori*, cit., 1.

porsi il problema di saggiare la validità degli atti compiuti nell'esercizio della giurisdizione.

Il riferimento corre principalmente alla rinnovata formulazione degli artt. 420 *bis*, *quater* e *quinquies* del codice rito, i quali consentono la celebrazione del processo in assenza dell'imputato solo ed esclusivamente a condizione che lo stesso abbia espressamente rinunciato ad assistervi ovvero nel caso in cui ricorrano indici ritenuti significativi del fatto che il destinatario degli addebiti sia venuto a conoscenza del procedimento penale a suo carico, mentre laddove non vi sia la prova che quest'ultimo abbia contezza della data dell'udienza o del procedimento pendente il giudice deve disporne la sospensione con ordinanza a sua volta revocabile al ricorrere delle condizioni declinate all'interno dell'art. 420 *quinquies* c.p.p.

In estrema sintesi, oltre all'ipotesi in cui l'imputato assente, libero o detenuto, manifesti espressamente - anche mediante un comportamento concludente - la volontà di rinunciare a partecipare all'udienza, il giudice è abilitato a procedere in assenza del medesimo allorquando, escluso il caso di legittimo impedimento a comparire, questi abbia ricevuto personalmente la notifica dell'avviso dell'udienza ovvero risulti comunque con certezza che egli è consapevole della pendenza procedimentale a suo carico o si sia volontariamente sottratto alla conoscenza del procedimento o di singoli atti, nonché nel caso in cui, pur non ricorrendo risultanze alle quali ancorare con certezza il predetto riscontro di conoscenza, sulla scorta di circostanze legislativamente tipizzate si possa comunque arguire la consapevolezza da parte dell'imputato di essere sottoposto a procedimento penale [(3)].

In tali situazioni il giudice dispone che il processo si celebri in assenza dell'imputato emanando all'uopo apposita ordinanza, la quale, oltre ad essere suscettibile di revoca nel momento in cui l'imputato compaia, non preclude a quest'ultimo, nel caso in cui egli dimostri di non versare in colpa nell'ignorare la celebrazione del procedimento ovvero che la sua mancata comparizione sia dipesa da un'assoluta impossibilità di partecipare per caso fortuito, forza maggiore o altro legittimo impedimento (la cui prova sia pervenuta con ritardo senza una sua colpa), tanto di chiedere l'acquisizione di documenti e degli atti di indagine compiuti dopo il deposito della richiesta di rinvio a giudizio e delle eventuali memorie anche dei consulenti di parte – se l'interessato compare all'udienza preliminare – quanto di formulare richieste istruttorie ai sensi dell'art.

[(3)] V. MARCOLINI, *I presupposti del giudizio in assenza*, in VIGONI (a cura di), *Il giudizio in assenza dell'imputato*, cit., 135 e ss.; TONINI – CONTI, *Il tramonto della contumacia, l'alba radiosa della sospensione e le nubi dell'assenza "consapevole"*, cit., 512.

493 c.p.p. laddove la comparizione avvenga in dibattimento [4].

Il richiamo all'art. 420 *bis* c.p.p. contenuto nel novellato art. 489 c.p.p. impone, peraltro, di ritenere che l'imputato, assente all'udienza preliminare e comparso in dibattimento, ove offra contezza delle medesime circostanze impeditive sopra riportate, debba essere restituito nei termini per accedere al giudizio abbreviato o al patteggiamento.

Il quarto periodo dell'art. 420 *bis* c.p.p. riconosce, infine, al destinatario degli addebiti, in caso di revoca della declaratoria di assenza e ferma restando in ogni caso la validità degli atti regolarmente compiuti, il diritto di chiedere la rinnovazione delle prove già assunte.

Evenienza speculare rispetto alla fattispecie di assenza (certamente o presuntivamente) "consapevole" di recente tipizzazione è quella che si delinea allorquando, fuori dei casi di legittimo impedimento o di nullità della *vocatio in ius*, la mancata comparizione dell'imputato persista nonostante il giudice, avendo già preso atto dell'assenza del medesimo alla prima udienza, abbia disposto la notifica del relativo avviso personalmente all'interessato ad opera della polizia giudiziaria e la procedura non abbia sortito alcun esito [5].

In questo caso, ai sensi di quanto prescritto dall'art. 420 *quater* c.p.p., laddove non debba essere disposto il proscioglimento immediato dell'imputato ex art. 129 c.p.p., il giudice procedente dispone con ordinanza la sospensione del processo per assenza dell'interessato, per un periodo di tempo di norma di durata annuale all'interno del quale possono essere comunque acquisite su richiesta di parte le prove non rinviabili ed all'esito del quale vengono disposte nuove ricerche dell'imputato per la notifica dell'avviso.

Anche nell'ambito della suddetta fattispecie procedimentale il legislatore prevede la revocabilità della determinazione giurisdizionale precedentemente assunta, sulla scorta della constatata assenza (questa volta) incolpevole e inconsapevole da parte dell'imputato, tanto al cospetto di un ventaglio di situazioni (esito positivo delle ricerche – intervenuta nomina di un difensore di fiducia – conseguita prova certa della conoscenza del procedimento da parte dell'imputato) riconducibili alla constatazione dell'intervenuta consapevolezza della pendenza procedimentale da parte dell'imputato quanto a fronte della sopravvenuta necessità di pronunciare sentenza ai sensi dell'art. 129 c.p.p. Con l'ordinanza di revoca della sospensione il giudice procedente fissa contestualmente

---

[4] Cfr. Di Paolo, *La revoca dell'ordinanza che dispone il giudizio in assenza*, in Vigoni (a cura di), *Il giudizio in assenza dell'imputato*, cit., 194 e ss..

[5] V. Quattrocolo, *La sospensione del processo nei confronti dell'imputato non comparso e la revoca della relativa ordinanza*, in Vigoni (a cura di), *Il giudizio in assenza dell'imputato*, cit., 235 e ss.

la data della nuova udienza nella quale l'imputato è riammesso a poter chiedere l'instaurazione di un rito alternativo premiale.

2. *Fattispecie di nullità e relativo trattamento*

Nella cornice della nuova disciplina sommariamente tratteggiata possono configurarsi casi di difformità tra atto compiuto e paradigma normativo di riferimento, i quali impongono all'interprete di verificare se, in carenza di previsioni di carattere speciale, possa ipotizzarsi una nullità del primo sussumendo la previsione violata nell'alveo di una delle categorie di ordine generale tassativamente indicate dall'art. 178 c.p.p.

Tralasciando in questa sede le ipotesi di inosservanza dell'art. 420 *ter* del codice di rito (ovvero la mancata considerazione da parte del giudice del legittimo impedimento a comparire) e di omessa citazione dell'imputato non rilevata puntualmente dall'autorità decidente, rispetto alle quali il panorama degli esiti sanzionatori risulta scolpito da un'esegesi giurisprudenziale ormai consolidata [(6)], una significativa controversia interpretativa si è sviluppata in relazione alle fattispecie nelle quali il giudice abbia disposto di procedersi in assenza dell'imputato in carenza delle condizioni postulate dell'art. 420 *bis* c.p.p.

Ebbene, trattandosi di prescrizioni volte a presidiare le prerogative di intervento dell'imputato, si è ritenuto agevole qualificarne la violazione come fonte di una nullità a regime intermedio ex art. 178 lett. c) dell'ordinanza adottata dal giudice procedente, il cui riscontro dovrebbe soggiacere ai termini ed alle condizioni risultanti dal combinato disposto degli artt. 180 e 182 c.p.p. ed attingere in via derivata tutti gli ulteriori atti della sequenza procedimentale conformemente a quanto stabilito dall'art. 185 del codice di rito [(7)].

Lo spazio effettivo del predetto sindacato, ove sollecitato dinanzi allo stesso giudice di prime cure che abbia statuito di procedersi in assenza, appare, comunque, di non immediata declinazione a fronte della previsione contenuta nel comma di chiusura dell'art. 420 *bis* c.p.p. la quale abilita il giudicante a revocare l'ordinanza adottata (e procedere alla

---

[(6)] In ordine alla quale v. PELLEGRINO, *Art. 420* ter, in *Atti processuali penali*, Milano, 2013, 2264, nonché, volendo, MAGLIOCCA, *Art. 179*, *ivi*, 772.

[(7)] In tal senso v. QUATTROCOLO, *Il contumace cede la scena processuale all'assente, mentre l'irreperibile l'abbandona*, cit., 100, nonché BRICCHETTI - PISTORELLI, *Ipotesi tipizzate per la celebrazione del rito*, in *Guida dir.*, 2014, 21, 97, i quali precisano, peraltro, che «qualora la dichiarazione di assenza consegua all'omessa citazione dell'imputato non rilevata dal giudice, prevale la nullità assoluta legata a tale inadempimento».

sospensione del processo) «se risulta che il procedimento, per l'assenza dell'imputato, doveva essere sospeso» ai sensi dell'art. 420 *quater*. Si è al riguardo evidenziato come il tempestivo attivarsi della parte legittimata a dedurre la nullità a regime intermedio dell'ordinanza secondo quanto postulato dall'art. 182, nel caso in cui riscontri una immediata condivisione da parte del giudice procedente in merito all'effettiva sussistenza della causa di invalidità fatta valere sub specie di insussistenza delle condizioni per procedere in assenza dell'imputato, dovrebbe a rigore condurre ad una declaratoria di nullità del provvedimento emesso ed alla successiva rinnovazione dell'attività tipica del frangente processuale in corso, la quale dovrebbe conseguentemente conformarsi alle cadenze dettagliate nel novellato art. 420 *quater* c.p.p.

In una tale situazione risulterebbe, cioè, precluso al giudice che intendesse accogliere l'eccezione di nullità procedere alla revoca dell'ordinanza dichiarativa dell'assenza, trattandosi di statuizione che, pur nell'oscurità della previsione codicistica, dovrebbe ritenersi circoscritta al caso in cui la prova della sussistenza dei presupposti per pronunciare la sospensione del procedimento sopravvenga alla declaratoria di assenza dell'imputato, stante la strutturale alternatività tra declaratoria di nullità, la quale attinge la patologia dell'atto riconducibile all'esistenza (colpevolmente ignorata dal giudice procedente) degli elementi per adottare il provvedimento di sospensione nel momento in cui è stata dichiarata l'assenza dell'interessato, e provvedimento di revoca giustificato dal sopravvenire di elementi nuovi rispetto a quelli inizialmente valutati [8].

Viceversa, nel caso in cui la doglianza fatta valere dalla parte legittimata non dovesse essere condivisa dal giudice procedente o comunque quest'ultimo omettesse di adottare il provvedimento di revoca pur palesandosi l'insussistenza delle condizioni per procedere in assenza, la stessa, tempestivamente eccepita, dovrà essere riproposta nei gradi successivi al primo, laddove, peraltro, il concreto operare della nullità assume connotazioni peculiari a fronte delle specifiche prescrizioni introdotte nell'ambito della disciplina del giudizio d'appello e del procedimento dinanzi alla Corte di Cassazione sempre dal legislatore del 2014 tramite l'interpolazione degli artt. 604 e 623 del codice di rito.

Ad un approdo diverso in punto di qualificazione del tipo di nullità e di identificazione del relativo trattamento pervengono quanti, a fronte della patologia che attinga la declaratoria di assenza di recente conio per carenza dei relativi presupposti, ripropongono le medesime soluzioni già prospettate in relazione alla norma contenuta nel previgente comma 4

---

[8] Di Paolo, *La revoca dell'ordinanza che dispone il giudizio in assenza*, cit., 205.

dell'art. 420 *quater* c.p.p., il quale sanciva la nullità della declaratoria di contumacia «se al momento della pronuncia vi è la prova che l'assenza dell'imputato è dovuta a mancata conoscenza dell'avviso […] ovvero ad assoluta impossibilità di comparire per caso fortuito, forza maggiore od altro legittimo impedimento».

L'esegesi dominante evocava a tal proposito la sussistenza di una nullità assoluta, riconducibile tanto alla equiparabilità della oggettiva e riscontrata ignoranza dell'atto recettizio da parte del destinatario degli addebiti alla omissione della citazione o della sua notificazione quanto alla mancata rinnovazione dell'avviso a comparire da parte del giudice che avesse avuto modo di apprezzare l'ignoranza del procedimento da parte dell'imputato ovvero il legittimo impedimento a comparire in capo allo stesso, suscettibile di integrare i presupposti di una ulteriore omessa citazione [9]. La predetta qualificazione della nullità escludeva, inoltre, la possibilità di ipotizzare un qualunque fenomeno di sanatoria dell'ordinanza dichiarativa della contumacia, pur a fronte della intervenuta successiva comparizione dell'imputato, determinando, al contrario, l'invalidazione dell'intero giudizio contumaciale con conseguente restituzione dell'imputato nella pienezza delle prerogative processuali attribuitegli dall'ordinamento.

In riferimento alla novellata tipizzazione dei presupposti per la declaratoria di assenza, pur registrandosi la mancata riproposizione di una previsione di tenore analogo a quella contemplata dall'abrogato comma 4 dell'art. 420 *quater* c.p.p., si ritiene che ciò non osti a considerare affetta da nullità assoluta l'ordinanza adottata in carenza delle condizioni postulate dal vigente art. 420 *bis* c.p.p., in quanto al momento della pronuncia della medesima non esistano effettivamente in atti le risultanze ritenute legislativamente sintomatiche della conoscenza del procedimento da parte del destinatario degli addebiti [10]. In tale prospettiva, la declaratoria di assenza indebitamente adottata, precludendo l'operatività del meccanismo modulato dal primo comma del novellato art. 420 *quater* e pregiudicando la notifica personale dell'avviso all'imputato non comparso ivi disciplinata, condurrebbe di fatto ad una omissione della citazione sussumibile nella previsione di cui all'art. 179 c.p.p. [11].

In definitiva, appare evidente come l'opzione per l'una o per l'altra ricostruzione, inevitabilmente foriera di conseguenze di non poco momento soprattutto sotto il profilo della sanabilità del vizio scaturente dall'inosservanza delle disposizioni di più recente codificazione, sottenda

---

[9] V. Di Paolo, *La revoca dell'ordinanza che dispone il giudizio in assenza*, cit., 187.

[10] Di Paolo, *La revoca dell'ordinanza che dispone il giudizio in assenza*, cit., 196, nt. 60.

[11] Marcolini, *I presupposti del giudizio in assenza*, cit., 171, nt. 120.

un approccio metodologico condizionato a monte alternativamente dalla stretta osservanza del principio di tassatività delle nullità processuali, con conseguente impossibilità di ricondurre la violazione del disposto di cui all'art. 420 *bis* c.p.p. nell'alveo della previsione contenuta nell'art. 179 c.p.p., ovvero dalla valorizzazione delle conseguenze in concreto derivanti alla dinamica procedimentale dal mancato rispetto della norma in questione, la quale consentirebbe di riproporre anche oggi le medesime conclusioni propugnate in merito alla previgente prescrizione contenuta nell'art. 420 *quater* comma 4 c.p.p.

3. *Il riscontro della nullità in appello*

Come noto, la sequenza *declaratoria di nullità – rinnovazione dell'atto nullo* assume connotazioni peculiari nel caso in cui la difformità tra atto e modello si sia concretizzata in un frangente procedimentale antecedente rispetto a quello nel quale la stessa venga giudizialmente acclarata.

Il codice di rito vigente, innovando rispetto a quello abrogato, contempla una previsione di carattere generale che, animata dall'intento di circoscrivere la regressione alle sole ipotesi in cui la realizzazione dell'atto da rinnovare rappresenti prerogativa esclusiva del giudice della fase antecedente o del pubblico ministero in ragione dei poteri allo stesso assegnati, evoca la distinzione tra atti propulsivi e atti probatori.

Con riferimento ai primi opera il principio di regressione del procedimento "allo stato o al grado in cui è stato compiuto l'atto nullo": in questo caso, poiché la sequenza procedimentale non tollera il venir meno dell'atto "*sine quo non*", da cui, cioè, sia dipeso il suo progredire fino al momento della declaratoria di nullità, è necessario che la stessa riprenda dal tratto nel quale si è prodotta l'anomalia onde consentire la reiterazione dell'incombente.

Il procedimento deve, pertanto, regredire dinanzi all'autorità cui l'ordinamento assegna il potere di realizzare l'atto che, in quanto attinto dalla declaratoria di nullità, necessita di essere rinnovato, dovendosi all'uopo identificare puntualmente il momento nel quale tale prerogativa può essere esercitata, non essendo ammissibili regressioni ulteriori che risulterebbero pregiudizievoli dei principi dell'irretrattabilità dell'azione penale e della ragionevole durata del processo, la cui salvaguardia è rimessa al rigoroso rispetto delle scelte compiute dai *conditores* nella costruzione dell'impianto delle nullità [(12)].

[(12)] In tale prospettiva è possibile cogliere la rilevanza dei principi sanciti da Cass., Sez. Un., 10 dicembre 1997, Di Battista, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, 324, relativamente alle ipotesi in cui venga dichiarata la nullità del decreto che dispone il

La regola della regressione del procedimento allo stato e al grado in cui è stato compiuto l'atto nullo, peraltro, non ha carattere assoluto e inderogabile, in quanto ricorrono situazioni, oggetto di esplicita previsione e regolamentazione da parte del legislatore [13], nelle quali il sacrificio delle esigenze di economia processuale conseguente alla ripetizione di attività già espletate non risulterebbe giustificato da reali necessità di tutela dell'interesse sotteso alla norma processuale violata, tali da imporre la reintegrazione della parte nell'identica posizione processuale rivestita al momento del compimento dell'atto viziato. In questi casi, pertanto, il potere di dichiarare la nullità e di procedere a rinnovare l'atto viziato si concentrano in capo al medesimo giudice, pur non trattandosi dell'autorità funzionalmente preposta a presiedere la fase nella quale l'anomalia si è concretizzata.

Ciò accade in primo luogo al cospetto di determinate ipotesi di nullità che vengano rilevate dal giudice d'appello il quale è chiamato ad attivare le prerogative che gli vengono assegnate dall'art. 604 c.p.p. nel momento in cui si realizzi una delle fattispecie ivi previste [14].

Nel perimetro di un disposto normativo che solo in ipotesi tassative[15] ascrive al giudizio d'appello valenza rescissoria [16], mentre la disciplina riservata alle nullità derivanti dalla violazione delle disposizioni concernenti le nuove contestazioni ovvero ai casi di riscontro da parte

---

giudizio. In tali casi, la necessaria regressione del procedimento all'udienza preliminare comporta che gli atti vengano trasmessi al giudice competente affinché questi provveda a rinnovare il decreto in questione, ma, a tal fine, non è sempre necessaria la fissazione di una nuova udienza di prime cure, ben potendo il giudice limitarsi ad emettere nuovamente il decreto: tanto si verifica allorquando, ad esempio, la nullità sia stata cagionata dall'indicazione nel decreto di un reato diverso da quello per cui era stato chiesto il rinvio a giudizio e si era celebrata l'udienza preliminare, laddove, avendo le parti già ritualmente concluso sulle imputazioni contestate *ab origine*, la mancata fissazione di un'udienza *ad hoc* non comporta alcuna lesione del contraddittorio e del diritto di difesa.

[13] La clausola di salvezza con cui si chiude il terzo comma dell'art. 185 c.p.p. ("*salvo che sia diversamente stabilito*") evoca la necessaria tipizzazione legislativa delle fattispecie nelle quali la regressione del procedimento deve ritenersi preclusa.

[14] V. Aprile, *Appello, ricorso per cassazione e revisione*, Milano, 2013, 232, il quale evidenzia come «il legislatore indica una serie di ipotesi articolate, in maniera da contemperare le esigenze connesse al ripristino della legalità violata con il bisogno di conservare gli atti processuali che siano stati compiuti in precedenza». Cfr., altresì, Peroni, *Art. 604*, in Giarda-Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, II, Milano, 2010, 7324.

[15] V. Cass., Sez. V, 19 febbraio 2010, Dicandia, in *Mass. Uff.*, 247252; Id., Sez. IV, 17 gennaio 2008, R.G., in *Giur. it.*, 2008, 2839.

[16] Cass., Sez. VI, 16 dicembre 2002, Calzone, in *Riv. pen.*, 2004, 83. In dottina v. Gaeta-Macchia, *L'appello*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, V, *Impugnazioni*, a cura di Spangher, Torino, 2009, 553.

del giudice d'appello di una nullità assoluta [17] o a regime intermedio, non sanata, le quali abbiano attinto in via derivata il provvedimento che dispone il giudizio o la sentenza di primo grado [18] si uniforma alla fisiologia della regressione del procedimento tratteggiata nell'art. 185 comma 3 c.p.p. [19], il riscontro di nullità relative non sanate abilita il giudice d'appello ad ordinare la rinnovazione dell'atto nullo ovvero, una volta acclarata la nullità, a decidere nel merito ove ritenga che l'atto viziato non fornisca elementi necessari al giudizio. È quanto si verifica, ad esempio, nell'ipotesi di mancanza assoluta di motivazione della sentenza [20] la quale, integrando una nullità relativa ([21]), non è riconducibile alle fattispecie in cui il giudice di appello deve dichiarare la nullità della sentenza appellata e trasmettere gli atti al giudice di primo grado, ben potendo lo stesso provvedere a redigere, anche integralmente, la motivazione mancante [22].

Il legislatore modula, pertanto, gli effetti della declaratoria di nullità sulla scorta di esigenze di economia processuale [23] che, secondo un certo filone esegetico [24], imporrebbero di estendere la portata della previsione in questione alle fattispecie di nullità assoluta o a regime intermedio che, non avendo interessato atti propulsivi, non risultino idonee ad attingere in via derivata gli atti successivi a quello viziato [25], pur militando in

---

[17] Specifica al riguardo Cass., Sez. VI, 21 novembre 2012, Ciardo, in *Mass. Uff.*, 253988, che il giudice d'appello, quando annulla una sentenza di primo grado rilevando una delle cause di nullità indicate dall'art. 179 c.p.p., non può adottare alcuna deliberazione che, esplicitamente o implicitamente, ne costituisca parziale conferma.

[18] V. Gaeta-Macchia, *L'appello*, cit., 562.

[19] Si è peraltro precisato che nel giudizio conseguente all'annullamento della sentenza di primo grado disposto dal giudice di appello per la rilevazione di una nullità che travolge l'intero giudizio non opera il divieto della *reformatio in peius*. In questi termini v. Cass., Sez. II, 25 febbraio 2009, M., in *Mass. Uff.*, 244453; Id., Sez. Un., 11 aprile 2006, Maddaloni, in *Giur. it.*, 2007, 2296.

[20] V., *ex plurimis*, Cass., Sez. III, 19 gennaio 2012, Buzi, in *Mass. Uff.*, 252898; Id., Sez. VI, 8 giugno 2011, B., *ivi*, 250513; Id., Sez. Un., 27 novembre 2008, R., *ivi*, 244118.

[21] Così Cass., Sez. V, 8 febbraio 2005, p.g. in proc. Bellantone, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2006, 588.

[22] V. Cass., Sez. III, 18 giugno 1993, Gardini, in *Cass. pen.*, 1994, 2714, secondo la quale, in tali situazioni, il giudice d'appello non deve necessariamente procedere alla rinnovazione del dibattimento ed a riassumere prove già acquisite nel precedente grado di giudizio, poiché la nullità concerne soltanto il documento finale (sentenza) e non anche l'attività processuale pregressa, legittimamente espletata, sempre che ritenga di poter decidere allo stato degli atti.

[23] Fiorio, *Funzioni, caratteristiche ed ipotesi del giudizio di appello*, in Gaito (diretto da), *Le impugnazioni penali*, Torino, 1998, 363.

[24] V. Menna, *Il giudizio d'appello*, Napoli, 1996, 359.

[25] Cfr. Cass., Sez. V, 15 aprile 2004, Rigetti e altri, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2004, 555. In dottrina v. Menna, *Il giudizio d'appello*, cit., 359, secondo il quale «la

senso contrario la lettera di un disposto normativo che, evocando "altre nullità che non sono state sanate", non appare riferibile alle patologie cui si applichi il regime contemplato dall'art. 179 c.p.p.

In tale cornice deve essere apprezzata la portata effettiva della novella del 2014 la quale, interpolando la trama originaria dell'art. 604 c.p.p. attraverso l'inserimento del comma 5 *bis*, ha tipizzato una nuova fattispecie di declaratoria di nullità da parte del giudice d'appello i cui effetti regressivi non risultano in linea con la previsione di carattere generale contenuta nell'art. 185 c.p.p. [(26)].

È quanto si verifica nell'ipotesi di declaratoria di assenza "consapevole" adottata in violazione degli artt. 420 *bis* e 420 *ter* del codice di rito: in questo caso l'inosservanza della norma processuale e la conseguente declaratoria di nullità della sentenza pronunciata nonostante il legittimo impedimento a comparire dell'imputato ovvero quando si sarebbe dovuta disporre la sospensione del procedimento [(27)], alla stregua di quanto già prescritto dal comma 4 dell'art. 604 c.p.p. ed in applicazione del principio generale codificato nell'art. 185 comma 3 c.p.p., avrebbe comunque dovuto comportare il rinvio degli atti al giudice che procedeva quando si è verificata la nullità [(28)], a prescindere dall'opzione seguita nella qualificazione della stessa come assoluta o a regime intermedio [(29)].

Il legislatore del 2014, viceversa, delinea in questo caso un percorso di regressione "standardizzato" che, in deroga al canone tipizzato dalla norma generale sopra richiamata, comporta sempre e comunque il rinvio degli atti al giudice di primo grado, anche nell'ipotesi in cui la violazione dei precetti in questione abbia avuto luogo in una fase antecedente, ovvero nel corso dell'udienza preliminare [(30)].

---

conclusione – ricavabile già solo dal collegamento dell'art. 604 comma 5 c.p.p. con l'art. 185 comma 4 c.p.p. – è avvalorata dall'argomento secondo cui, se l'art. 604 comma 4 c.p.p. presuppone l'incidenza dell'atto invalido sul provvedimento conclusivo della fase, l'atto di acquisizione probatoria, anche se affetto da nullità assoluta, può non influire per definizione sull'accennata decisione ed allora non rimane al giudice d'appello che applicare il comma 5 dell'art. 604 c.p.p. rinnovando l'atto quando reputi lo stesso idoneo a fornire un contributo probatorio necessario al giudizio».

[(26)] V. Santalucia, *Il processo* in absentia *e il giudizio di appello*, in Conti – Marandola – Varraso (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, cit., 301.

[(27)] Quattrocolo, *Il contumace cede la scena processuale all'assente, mentre l'irreperibile l'abbandona*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 2, 100.

[(28)] Diddi, *Novità in materia di impugnazioni e di* restitutio in integrum, in Vigoni (a cura di), *Il giudizio in assenza dell'imputato*, cit., 219.

[(29)] «Si tratta, a ben vedere, di situazioni che rientrano quantomeno nel vizio che l'art. 178 c.p.p. deriva dall'inosservanza delle norme sull'intervento dell'imputato, sottoposto a un regime di rilevabilità intermedio», così Quattrocolo, *Il contumace cede la scena processuale all'assente, mentre l'irreperibile l'abbandona*, cit., 100.

[(30)] Cfr. Santalucia, *Il processo* in absentia *e il giudizio di appello*, cit., 301, ad

Ulteriore fattispecie di annullamento della sentenza con rinvio degli atti al giudice di primo grado è quella delineata all'interno del medesimo comma 5 *bis* dell'art. 604 in relazione al caso in cui l'imputato fornisca in appello la prova che l'assenza pregressa è stata dovuta ad una incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo: in questo caso, tuttavia, emerge una logica analoga a quella sottesa al meccanismo recuperatorio delineato nel quarto comma del vigente art. 420 *bis* c.p.p., la quale esula dall'ambito propriamente inteso dell'inosservanza di una norma processuale suscettibile di cagionare la nullità dell'atto compiuto [31].

Peraltro, in ambedue le situazioni l'imputato è rimesso nei termini per chiedere al giudice di primo grado di accedere al rito abbreviato o al patteggiamento, vedendo in tal modo salvaguardata una prerogativa che resterebbe preclusa dalla mancata regressione del procedimento all'udienza preliminare, mentre permane una netta differenziazione del regime giuridico proprio degli atti compiuti nel corso del precedente dibattimento [32].

In definitiva, il combinato disposto delle suddette previsioni garan-

---

avviso del quale si prefigura «una sostanziosa deroga al principio codificato all'art. 185 comma 3 c.p.p., secondo cui la dichiarazione di nullità comporta la regressione allo stato o al grado in cui è stato compiuto l'atto nullo, salvo che sia diversamente stabilito. E la clausola di deroga deve intendersi riferita alla regola sulla regressione, non già, una volta che la regressione sia disposta, alla conseguente previsione circa il momento processuale a cui occorre che l'accertamento regredisca. Essa guarda, in particolare, proprio alla disciplina della rilevazione ad opera del giudice d'appello delle nullità incorse nel grado precedente, per la parte in cui prescrive che questi, invece che disporre la regressione, provveda, se del caso, alla rinnovazione degli atti affetti da altro tipo di nullità che non siano state sanate, e quindi da nullità relative, o, addirittura, decida nel merito anche una volta dichiarata la nullità, qualora apprezzi che l'atto nullo non abbia fornito elementi necessari al giudizio».

[31] Cfr. Diddi, *Novità in materia di impugnazioni e di* restitutio in integrum, cit., 220, nonché Bricchetti – Pistorelli, *Processo sospeso se l'imputato è irrintracciabile*, in *Guida dir.*, 2014, 21, 103, i quali sottolineano come «se questa è la funzione della norma, non è chiaro il motivo per cui non viene richiamato anche l'altro caso considerato dalla disposizione succitata [ovvero dall'art. 420 bis comma 4 c.p.p.] e cioè quello in cui l'imputato dimostra che versava nell'assoluta impossibilità di comparire per caso fortuito, forza maggiore o altro legittimo impedimento e che la prova dell'impedimento è pervenuta con ritardo senza sua colpa».

[32] «Poiché, come si è osservato, la prima situazione è riconducibile ad una nullità, la regressione del processo comporterà anche la invalidità degli atti compiuti nel corso dello stesso, i quali, pertanto, risulteranno inutilizzabili anche nel caso in cui essi siano divenuti irripetibili; nel secondo caso, invece, salvo il diritto dell'imputato di poter formulare richiesta di prove ai sensi dell'art. 493 c.p.p., gli atti, in base all'art. 420 *bis* comma 4 c.p.p. (il quale, sul punto, si pone in deroga a quanto dispone l'art. 525 c.p.p.), conservano piena efficacia», così Diddi, *Novità in materia di impugnazioni e di* restitutio in integrum, cit., 222.

tisce sempre all'imputato un riesame del merito della propria posizione una volta che lo stesso sia venuto a conoscenza della condanna pronunciata a suo carico [33], consentendogli anche di accedere ai riti premiali tipici dell'udienza preliminare [34], in una prospettiva complessiva di salvaguardia di esigenze di economia processuale riferibili alla previsione costituzionale della ragionevole durata del processo [35], che, tuttavia, nel delineare gli sviluppi successivi all'annullamento della sentenza di primo grado, finisce per equiparare, in modo non del tutto condivisibile, il caso in cui l'imputato appellante dimostri che l'assenza fu dovuta ad una ignoranza incolpevole della celebrazione del processo di primo grado all'ipotesi nella quale si sia verificata un'alterazione della sequenza procedimentale cagionata dalla violazione di regole volte a garantire la piena esplicazione del diritto di difesa [36].

4. *I nuovi confini dell'annullamento con rinvio nel giudizio di legittimità.*

La riforma del 2014 ha, infine, modificato e interpolato la previsione contenuta nell'art. 623 del codice di rito in materia di annullamento con rinvio da parte della Corte di Cassazione, ridefinendo il novero complessivo degli scenari che si profilano allorquando la nullità venga rilevata dal giudice di legittimità [37].

---

[33] Bricchetti - Pistorelli, *Processo sospeso se l'imputato è irrintracciabile*, cit., 103, secondo cui «[d]isponendo la regressione del procedimento al primo grado di giudizio, il legislatore ha poi inteso mettere in sicurezza il processo *in absentia*, configurando un meccanismo idoneo a corrispondere a una delle condizioni elaborate dalla Corte di Strasburgo per ammetterne la compatibilità con i principi implicati dall'art. 6 della CEDU. Ciò, apparentemente, nella convinzione (o nella speranza) che l'incidenza statistica dei casi di regressione risulti meno "costosa" della previsione di meccanismi più penetranti di informazione "a monte" dell'imputato sulla data del processo ovvero di un più indiscriminato ricorso all'istituto della sospensione».

[34] Quattrocolo, *Il contumace cede la scena processuale all'assente, mentre l'irreperibile l'abbandona*, cit., 101.

[35] «Non, dunque, una integrale regressione sempre e comunque, ma la restituzione del processo alla fase del pieno esercizio del diritto alla prova, sulla premessa, non esplicitata che le garanzie partecipative dell'imputato si sostanziano nel diritto alla prova all'interno della fase deputata alla valutazione del merito dell'accusa, e non anche – conseguenza invero obbligata lungo questo percorso ricostruttivo – nel diritto al controllo sulla fondatezza dell'accusa nell'udienza preliminare», così Santalucia, *Il processo* in absentia *e il giudizio di appello*, cit., 303.

[36] V. Santalucia, *Il processo* in absentia *e il giudizio di appello*, cit., 304.

[37] V. Savio, *Le modifiche in materia di individuazione del giudice del rinvio*, in Conti – Marandola – Varraso (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, cit., 311. In ordine ai contenuti del sindacato sull'*error in procedendo* da parte del giudice di legittimità ed alle decisioni che il medesimo è abilitato ad assumere allorquando

In termini generali, mentre l'accoglimento del ricorso incentrato sulla dedotta violazione delle disposizioni concernenti la contestazione del reato concorrente o di un fatto nuovo comporta una declaratoria di annullamento senza rinvio della sentenza impugnata cui consegue la trasmissione di apposita comunicazione al pubblico ministero perché adotti le necessarie determinazioni, il previgente art. 623 c.p.p. già disponeva l'adozione di una sentenza di annullamento con conseguente trasmissione degli atti al giudice di primo grado nel caso di nullità della declaratoria di condanna derivante dalla intervenuta violazione delle disposizioni relative alla contestazione del fatto diverso o di una circostanza aggravante ad effetto speciale o per la quale è prevista una pena di specie diversa da quella ordinaria, non acclarata in fase di appello, segnando in tal modo una traiettoria di sviluppo del procedimento pienamente in linea con quella prospettata nel terzo comma dell'art. 185 c.p.p..

Si è sempre ritenuto, peraltro, che, pur in assenza di esplicita previsione codicistica, una dinamica analoga fosse destinata a delinearsi allorquando il giudice di legittimità avesse ravvisato la sussistenza di una nullità assoluta o a regime intermedio non sanata, verificatasi nei gradi precedenti [38]. La regola che impone la regressione del procedimento allo stato o al grado in cui è stato compiuto l'atto nullo comporta, infatti, la trasmissione degli atti al giudice di primo grado al cospetto di un vizio che abbia determinato la nullità del provvedimento che dispone il giudizio o della sentenza di primo grado ovvero al giudice di appello nel caso in cui la nullità si sia verificata nel corso del giudizio di seconde cure [39].

---

rilevi la predetta patologia si rinvia a IACOVIELLO, *Giudizio di cassazione*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, V, *Impugnazioni*, a cura di Spangher, cit., 670.

[38] V. APRILE, *Appello, ricorso per cassazione e revisione*, cit., 318; BELTRANI, *Il giudizio di rinvio*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, V, *Impugnazioni*, a cura di Spangher, cit., 797. In giurisprudenza v. Cass., Sez. V, 10 febbraio 1994, Albrizio, in Cass. pen., 1995, 2182, la quale ha affermato che «[b]enchè l'art. 623 del vigente codice di rito non prevede espressamente l'ipotesi di annullamento da parte della Corte di cassazione, con rinvio al giudice di primo grado per effetto di nullità assolute, al pari dell'art. 543 n. 6 c.p.p. 1930, la possibilità di una siffatta pronuncia si desume sia dalla Relazione al progetto preliminare, che giudica "superflua, quanto al giudizio di cassazione, un'apposita disciplina dell'annullamento con rinvio per le ipotesi di nullità", sia dal complesso delle norme che regolano il regime delle nullità e, in particolare, dagli art. 179, 185 comma 3 e 569 comma 4 c.p.p.».

[39] Peraltro, qualora sussista la possibilità di procedere alla rinnovazione degli atti nulli ai sensi di quanto previsto dall'art. 604 comma 5 c.p.p., la Corte di cassazione provvede ad annullare la sentenza impugnata ed a rinviare il procedimento dinanzi al giudice d'appello anche nel caso in cui il vizio si sia verificato nel corso del giudizio di primo grado. In questi termini v. Cass., Sez. III, 28 novembre 2001, Muscas, in *Mass. Uff.*, 221059.

Se il primo dei suddetti esiti è stato, quindi, definitivamente tipizzato dalla legge n. 67 del 2014 attraverso il richiamo al quarto comma dell'art. 604 contenuto nella novellata lettera b) dell'art. 623 c.p.p. [40], ragioni di coordinamento e di uniformità di trattamento delle medesime situazioni in presenza delle quali il giudice d'appello, riscontrando l'intervenuta violazione degli artt. 420 *bis* e 420 *ter* ovvero prendendo atto della prova fornita dall'imputato circa l'incolpevole mancata conoscenza del procedimento pendente, è oggi tenuto ad annullare la sentenza e a rinviare il procedimento all'organo di prime cure, giustificano il riferimento alla innovativa previsione di cui al comma 5 *bis* dell'art. 604 il quale, relativamente ad una sentenza di condanna [41], abilita l'organo di legittimità che riscontri i predetti *vitia in procedendo* a disporre la trasmissione degli atti al giudice di primo grado [42].

GIUSEPPE MAGLIOCCA

---

[40] Evidenzia a tal proposito DIDDI, *Novità in materia di impugnazioni e di* restitutio in integrum, cit., 223, che «si è così costruito un diverso regime della regressione per il caso in cui la nullità colpisca il decreto che dispone il giudizio. Mentre, infatti, in base all'art. 604 comma 4 c.p.p. se la nullità viene rilevata dal giudice di appello il rinvio degli atti viene sempre disposto al giudice che procedeva e, dunque, nell'ipotesi di processo instaurato con richiesta di rinvio a giudizio al giudice per l'udienza preliminare, nel caso in cui essa sia rilevata dalla Corte di cassazione, per effetto della nuova previsione, il rinvio sembra dover essere disposto in favore del giudice di primo grado [...]».

[41] In termini critici v. QUATTROCOLO, *Il contumace cede la scena processuale all'assente, mentre l'irreperibile l'abbandona*, cit., 101, ad avviso della quale, pur a fronte della mancata elisione del riferimento letterale alla sola sentenza di condanna, non appare corretto escludere in radice l'interesse dell'imputato a lamentare in sede di impugnazione la nullità di una sentenza di proscioglimento emessa a seguito di un procedimento cui lo stesso non ha potuto partecipare senza sua colpa, al fine di ottenere un esito maggiormente favorevole.

[42] In merito alla possibilità per l'imputato di richiedere riti alternativi a seguito dell'annullamento con rinvio al giudice di primo grado da parte della Corte di Cassazione si pronuncia in termini affermativi DIDDI, *Novità in materia di impugnazioni e di* restitutio in integrum, cit., 224; in senso contrario v. SAVIO, *Le modifiche in materia di individuazione del giudice del rinvio*, cit., la quale evidenzia non solo il tenore letterale dell'art. 623 c.p.p., che richiama i "casi" previsti dal 604 co. 5-bis c.p.p. e non l'intero contenuto di tale disposizione, ma anche la differenza ontologica che intercorre tra appello e giudizio di rinvio: «[d]el resto tale soluzione si pone in linea di continuità con l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale nei casi di rinvio al giudice di primo grado (art. 623 co. 1 lett. *b* e *d* c.p.p.) l'interessato non viene rimesso in termini per la presentazione di istanze con riguardo alle quali si era già in precedenza verificata la decadenza».

IL CARCERE "DURO": CULTURA, ISTRUZIONE E AFFETTI FAMILIARI, OVVERO UN PERICOLO PER LA SICUREZZA

SOMMARIO: **1.** *Considerazioni introduttive* – **2.** *Il regime carcerario differenziato tra legge formale e fonti subordinate* – **3.** *Il diritto all'istruzione: coordinate costituzionali.* – **4.** *Il diritto all'affettività.* – **5.** *Considerazioni di sintesi*

1. *Considerazioni introduttive*

La legge 15 luglio 2009, n. 94, nel novellare il regime detentivo speciale disciplinato dall'art. 41 *bis* comma 2 ord. pen., pur recependo le plurime indicazioni provenienti dal Giudice delle leggi [1] nonché il "diritto vivente" metabolizzato nella giurisprudenza di legittimità ed obliterando, al contempo, ogni testuale riferimento in ordine al controllo sulla congruità dei mezzi di rispetto al fine [2], ha introdotto una serie di ulteriori restrizioni rispetto alla normativa previgente [3]. Diversificando, inoltre, i paramenti da tenere in considerazione nell'assolvimento dell'onere motivazionale da parte dell'Amministrazione Penitenziaria,

---

[1] Tra le varie si segnala Corte cost., ord. n. 417 del 2004, la quale aveva affermato che «ai fini della proroga è necessaria un autonomia e congrua motivazione in ordine alla persistente capacità del condannato di tenere contatti con l'organizzazione criminale di appartenenza».

[2] Cfr. Corte cost., sent. n. 190 del 2010, laddove il giudice delle leggi ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 41 *bis*, comma 2 *quater*, lett. f), 2 *quinques*, 2 *sexies*, ord. pen., nella parte in cui la norma non consente la presentazione del reclamo per difetto di congruità del contenuto del provvedimento di sospensione delle regole trattamentali adottato a norma del comma secondo dello stesso articolo, fatto salvo il controllo di legittimità sul contenuto dell'atto in ordine alla eventuale violazione di diritti soggettivi del detenuto.

[3] In forza del testo del comma 2 *quater* lett. b) dell'art. 41 *bis* ord. pen. introdotto nel 2009, i colloqui con i familiari sono stati ridotti dal massimo di due mensili di un'ora cadauno ad un solo colloquio di un'ora; analogamente, in ragione del novellato comma 2 *quater*, lett. f), la durata della permanenza all'aria aperta è stata anch'essa dimezzata a sole due ore giornaliere.

sia nel momento dispositivo che in quelli successivi della proroga, la novella ha ampliato a dismisura la platea dei potenziali destinatari del provvedimento di sospensione delle regole trattamentali ordinarie [4], generando seri dubbi di legittimità costituzionale in merito alle singole scelte adottate, alcuni delle quali, specie in riferimento ad aspetti afferenti l'esercizio del diritto di difesa, si sono concretizzati in interventi demolitori da parte del giudice delle leggi [5].

2. *Il regime carcerario differenziato tra legge formale e fonti subordinate*

Il c.d. "carcere duro" nella realtà quotidiana raffigura il luogo paradigmatico ove la dignità, i diritti umani e le più elementari posizioni giuridiche [6] vengono eluse, se non a livello di formazione di rango primario, a mezzo di un "garbuglio" di regolamenti, note e circolari emanate dal Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria che rinvengono una legittimazione apparente nella clausola "in bianco" di cui al comma 2 *quater*, lett a) dell'art. 41 *bis* ord. pen. (laddove si consente di adottare qualsiasi misura di elevata sicurezza purché idonea a pervenire contatti tra il detenuto e l'organizzazione criminale di appartenenza), sebbene spesso per niente integrative o rispettose del quadro normativo di riferimento.

Anche se l'ultimo lustro è stato caratterizzato da molteplici interventi della Corte costituzionale e - più di recente - del legislatore [7], i quali, ribadendo all'unisono il primato della magistratura di sorveglianza le cui pronunce, nella cornice delle reciproche relazioni tra amministrazione e giurisdizione, devono trovare effettiva applicazione da parte della prima, si segnalano due vicende in cui l'Amministrazione Penitenziaria, riconoscendo (erroneamente) un'efficacia *erga omnes* ad isolati arresti

---

[4] V. Fiorio, *La stabilizzazione delle "carceri-fortezza": modifiche in tema di ordinamento penitenziario*, in Mazza-Viganò (a cura di), *Il "pacchetto sicurezza" 2009*, Torino, 2009, 411 ss.

[5] V. Corte cost., sent. n. 143 del 2013, la quale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 41 *bis*, comma 2 *quater*, lett. b) ultimo periodo della legge 26 luglio 1975, n. 354, come modificato dall'art. 2, comma 25, lett. f) n. 2 della legge 15 luglio 2009, n. 94 limitatamente alle parole «con i quali potrà effettuarsi fino al massimo di tre volte alla settimana, una telefonata o un colloquio della stessa durata di quelli previsti con i familiari». Cfr., volendo, Trombetta, *In tema di colloqui tra difensore e detenuto in regime di «41-bis»*, in *www.archiviopenale.it*.

[6] V. Gonnella, *Dignità umana e libertà personale*, in *Antigone*, 2011, n. 2-3, 56.

[7] Cfr. già Corte cost., sent. n. 26 del 1999, e, più di recente, le sentenze nn. 266 del 2009, 190 del 2010 e 135 del 2013; v., da ultimo, il d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito, con modificazioni, dalla l. 21 febbraio 2014, n. 10.

del Giudice di legittimità, "tenta" di eluderne gli effetti [8], disponendo *ex novo* misure restrittive irrevocabilmente disapplicate dal Giudice della pena.

I predetti (illegittimi) interventi ripristinatori, oltre a produrre un evidente disconoscimento del potere dispositivo/ordinatario proprio della magistratura di sorveglianza nonché un sostanziale decremento delle tutele costituzionali relative ai diritti fondamentali della persona - seppure *in vinculis* -, non apportano, peraltro, alcun incremento alla cura dell'ordine e della sicurezza pubblica cui dovrebbero essere teoricamente preordinati [9].

Nel dettaglio, i direttori di vari istituti penitenziari ove sono ubicate le sezioni speciali funzionali ad ospitare i detenuti in regime di art. 41 *bis* ord. pen., recependo alcune note del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria [10], hanno "riattivato" particolari restrizioni che arrecano un grave pregiudizio all'esercizio del diritto all'informazione, alla istruzione e alla cura degli affetti familiari in capo agli interessati.

Alla luce di tanto dovrebbe paradossalmente ritenersi che, nella percezione dell'organo amministrativo, l'esercizio delle predette prerogative risulterebbe foriero di un fondato pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica, pur trattandosi, nell'ottica del Costituente e del legislatore, di ineludibili strumenti del trattamento penitenziario teso alla rieducazione del reo.

3. *Il diritto all'istruzione: coordinate costituzionali*

La tutela del diritto all'istruzione e la garanzia dell'accesso alla cultura rinvengono il loro fondamento negli artt. 33 e 34 della Carta Costituzionale, i quali, oltre a contemplare l'obbligo per lo Stato di creare ed organizzare un sistema d'istruzione, prefigurano un elevato pluralismo culturale che si sostanzia nella libertà d'insegnamento e nella libertà di accesso per i discenti [11]. L'istruzione, invero, unitamente al lavoro, alla religione ed alle attività sportive e ricreative, è un elemento indefetti-

---

[8] V. Cass., sez. I, 23 settembre 2013, in *Mass. Uff.*, 257473, nonché Cass., sez. I, 4 giugno 2014, *ivi*, 260128 in ordine, rispettivamente, alla ricezione dei libri e delle riviste ed ai colloqui con i figli minori di anni 12 senza frapposizione del vetro.

[9] Il necessario bilanciamento dei diritti fondamentali è un paramento costantemente evocato nei *dicta* della Consulta, secondo la quale al necessario decremento di un diritto fondamentale del detenuto deve corrispondere l'incremento di altra prerogativa di pari rango. In tale prospettiva v., da ultima, Corte cost., sent. n. 143 del 2013.

[10] Cfr. nota DAP n. 8845-2011, ripristinata con nota n. 3701 del 10 febbraio 2014; nota DAP del 18 aprile 2013, riproposta *ex novo* nel 2014.

[11] V. Ruotolo, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002, 131.

bile del trattamento penitenziario in quanto ritenuto efficace strumento di risocializzazione, vista la sua evidente incidenza sulla reiterazione del reato, nonché idoneo a recidere il nesso tra ignoranza e criminalità, risultando quindi necessario per lo sviluppo di una effettiva libertà di coscienza [12]. L'Amministrazione Penitenziaria ha, pertanto, l'onere di provvedere all'istruzione e ad incrementare il grado culturale all'interno degli istituti penitenziari al fine di tutelare la libertà e la responsabilità del detenuto. Sebbene si possa convenire, in termini generali, sul fatto che il diritto allo studio nelle carceri nostrane risulta sufficientemente garantito, non mancano criticità e disfunzioni riconducibili alla carenza di risorse economiche e di spazi idonei allo scopo. Le difficoltà si acuiscono quando il detenuto o l'internato che vuole cimentarsi nello studio è ristretto in regime detentivo speciale laddove una mole sproporzionata di regolamenti rendono ancor più problematico l'esercizio del relativo diritto.

E si spiega.

Il Dipartimento di Amministrazione Penitenziaria, ritenendo che la ricezione o l'invio di libri, riviste - perfino testi scolastici - e la sottoscrizione di abbonamenti a nome del detenuto costituirebbero un grave *vulnus* alla sicurezza pubblica in quanto: a) violerebbero la riservatezza del luogo di allocazione del detenuto; b) faciliterebbero il veicolare messaggi da e verso l'esterno tra il detenuto e l'organizzazione criminale di appartenenza (nonostante il previsto controllo della corrispondenza *ex* art. 18 *ter* ord. pen.), a mezzo della nota n. 8845 del 2011, disponeva che i libri, le riviste ed eventuali sottoscrizioni di abbonamenti dovessero essere effettuati esclusivamente tramite l'impresa fornitrice del carcere, nonostante, tra l'altro, evidenti problematiche anche di ordine fiscale.

A fronte di tanto, plurimi magistrati territoriali di sorveglianza, sollecitati dai puntuali reclami inoltrati dai ristretti, disponevano la disapplicazione della circolare in questione evidenziando come la stessa non comportasse alcun incremento reale dei livelli di tutela e cura dell'ordine e della sicurezza pubblica, bensì una ingiustificata ed ultronea restrizione delle posizioni giuridiche garantite alle persone *in vinculis* dall'ordinamento vigente [13].

---

[12] In ordine ai suddetti profili, v. Di Gennaro-Breda-Greca, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milano, 1997, 116; Dolcini, *La rieducazione del condannato tra mito e realtà,* in Grevi (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, 1981, 64; più di recente v. Castellucci, *Art. 19 ord. pen.*, in Giarda-Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Milano, 2010, 10297. V. altresì Pennisi, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Torino, 2002, 133.

[13] Cfr., tra le tante, Uff. Sorv. Spoleto, ord. n. 350 del 2012, *inedita*, ove si afferma quanto segue: «[nella nota del DAP] [v]iene unicamente citato un generico riferimento al pericolo che terze persone vengano a conoscenza dell'istituto di

Seguendo una discutibile traiettoria esegetica, molte direzioni delle carceri speciali hanno, peraltro, "resistito" alle suddette ordinanze giurisdizionali disapplicative, asserendo che le stesse riguardassero esclusivamente il detenuto reclamante. Solo successivamente e dopo ulteriori interventi chiarificatori dell'organo giurisdizionale, l'efficacia delle predette determinazioni giurisdizionali è stata estesa a tutta la platea dei detenuti differenziati allocati nel territorio di competenza del giudice di pena emanante.

Successivamente, le direzioni delle "sezioni speciali", in conformità a quanto disposto dal DAP sulla scorta di un recente arresto del giudice di legittimità [(14)], hanno riproposto *ex novo* il divieto riguardo la ricezione e l'invio di libri da e verso l'esterno, il loro acquisto e le modalità di sottoscrizione a proprio nome di abbonamenti e riviste «al fine di tutelare la riservatezza del luogo di allocazione del detenuto nonché di evitare accumuli di libri e riviste nelle celle di pernottamento» [(15)].

Il citato arresto della Suprema Corte, i cui effetti sono stati indebitamente estesi a tutti i "detenuti differenziati" [(16)], interveniva a seguito dell'accoglimento del ricorso proposto dal Procuratore della Repubblica di Reggio Emilia e dal Ministero della giustizia, tramite l'Avvocatura di Stato, avverso l'ordinanza di accoglimento del reclamo proposto da G.C., detenuto presso la casa di reclusione di Parma, con la quale si disponeva la disapplicazione della circolare del DAP n. 8845-2011.

Nell'occasione la Corte di Cassazione, pur in discontinuità con approdi pregressi [(17)], annullava senza rinvio l'ordinanza del magistrato

---

assegnazione dei detenuti, circostanza che si verifica ordinariamente, posto che dalla ubicazione degli stessi sono a conoscenza i familiari e la difesa. Appare inoltre non credibile che tale strumento consenta ai familiari di veicolare informazioni fraudolente, intanto perché la stampa deve essere comunque sottoposta a visto di controllo e poi perché la sottoscrizione di abbonamenti da parte dei familiari non prevederebbe la consegna delle riviste (comunque consentita tramite posta) ma il mero pagamento del costo relativo».

(14) Cfr. Cass., sez. I, 23 settembre 2013, cit.

(15) L'accumulo di libri e riviste è, peraltro, inevitabile se si vieta al detenuto di poterli restituire alla propria famiglia.

(16) Cfr. nota DAP n. 3701 del 2014. V., al riguardo, Uff. Sorv. Spoleto, ord. del 29 aprile 2014, *inedita*, ove si evidenzia che «al di là delle considerazioni strettamente giuridiche non sfugge la contraddittorietà del criterio seguito, nella fattispecie, dall'organo amministrativo che mentre esclude l'estensione della disapplicazione della precedente nota 8845 per i detenuti che non hanno proposto reclamo, determina, oggi, l'indiscriminato ripristino delle restrizioni. A tale riguardo non può nemmeno richiamarsi dunque la necessità di evitare disparità di trattamento nei confronti di detenuti del medesimo regime, che si vorrebbe dirimere quando si estende l'effetto di pronunce giurisdizionali in *malam partem* e non altrettanto quando invece di riconoscimento dei diritti lesi della persona detenuta».

(17) Cfr. Cass., sez. I, 16 marzo 2010, n. 16126: «Il trattenimento di libri, ivi

di sorveglianza di Reggio Emilia ritenendo che il diritto allo studio «non viene in alcun modo limitato [...], risulta del tutto ragionevole la prescrizione che gli abbonamenti a pubblicazioni avvengano per il tramite della direzione dell'istituto o delle imprese incaricate della distribuzione in carcere, al fine di tenere una opportuna riservatezza sul luogo di detenzione del detenuto sottoposto al regime dell'art. 41 *bis*». Tralasciando l'evidente "antinomia" giurisprudenziale e - ancor più - la paventata esigenza di mantenere una opportuna riservatezza sul luogo di allocazione del detenuto che, nonostante la restrizione in parola, risulta obiettivo meramente aleatorio (il luogo di allocazione del detenuto "speciale" è a conoscenza dei familiari, dei difensori, dei coimputati del detenuto nonché degli organi di stampa e di informazione televisiva che lo rendono sistematicamente di pubblico dominio), occorre comunque sottolineare la deprecabile ed illegittima deriva applicativa seguita nell'occasione dall'Amministrazione Penitenziaria, laddove è indubbio che la pronuncia del giudice di legittimità ha valore vincolante solo per le parti in causa in quanto partecipi del procedimento *de quo*, né i suoi effetti possono essere estesi ad altri detenuti seppur allocati all'interno dello stesso istituto detentivo attraverso circolari che da un tale pronunciamento prendano le mosse.

La circolare DAP del 2014 è stata, peraltro, a sua volta sottoposta al vaglio giurisdizionale del magistrato di sorveglianza, chiamato ad intervenire a seguito di reclamo interposto da un detenuto che, ottenuto l'accoglimento delle doglianze di analogo tenore declinate avverso la nota DAP 8845-2011, si doleva dell'intervenuto ripristino dell'indebito regime restrittivo già censurato dall'ufficio in questione. Ebbene, il 29 aprile 2014 il magistrato di sorveglianza di Spoleto, riconoscendo l'esistenza di un effettivo pregiudizio per le prerogative di spettanza del detenuto, disapplicava la "nuova" nota e la relativa disposizione interna emanata dalla direzione della casa circondariale di Terni.

Nell'ordinanza di accoglimento del reclamo, coerentemente alle argomentazioni espresse *in bonam partem* nel precedente pronunciamento dello stesso ufficio [18], si censurava «l'agire amministrativo» motivato dall'inconferente richiamo alla intervenuta pronuncia della I sezione penale della Suprema Corte, la quale non può che riguardare le sole parti in causa di quel procedimento con riferimento alle specifiche doglianze

---

compresi i testi universitari o di altro tipo, spediti al detenuto può ritenersi consentito se i testi celano al loro interno qualcosa o contengono scritti pericolosi per la sicurezza o l'ordine interno dell'istituto o che ne rendano necessario il sequestro probatorio o preventivo in relazione ad ipotesi specifiche e secondo le regole generali del codice di rito [...] però esclusivamente dall'autorità giudiziaria».

[18] Cfr. Uff. Sorv. Spoleto, ord. n. 350 del 2012, cit.

evidenziate nel gravame proposto dal Procuratore della Repubblica, non essendo, al contrario, riferibile ad altri soggetti titolari di posizioni giuridiche diverse, ancor più se queste ultime sono state oggetto di precedenti valutazioni giurisdizionali mai impugnate con successo e, quindi, allo stato (in mancanza di sopravvenienze fattuali riferibili ai singoli soggetti), intangibilmente esecutive [19]. Il magistrato di sorveglianza di Spoleto ha riscontrato, pertanto, nella novellata nota prontamente impugnata una palese violazione di legge *ex* art. 18 *ter* ord. pen. (in quanto l'Amministrazione Penitenziaria non dispone di alcun potere in ordine alla limitazione della corrispondenza e della ricezione della stampa diversamente riconosciuto all'organo giurisdizionale), nonché un'indebita lesione della potestà ordinatoria e dispositiva normativamente ascritta in via esclusiva all'autorità giurisdizionale [20].

4. *Il diritto all'affettività*

Perfettamente in linea con il criticabile approccio sopra delineato si palesa la "rinnovata" regolamentazione dei contatti tra il detenuto in regime speciale ed i suoi congiunti.

In via generale, si osserva come la tutela della vita familiare rappresenti valore riconosciuto dalla legge fondamentale del nostro ordinamento, laddove si afferma l'ineludibilità dei diritti della famiglia, il diritto/dovere dei genitori verso la prole ed il compito dello Stato italiano di agevolarne la formazione. Il diritto al rispetto della vita familiare è inoltre suggellato dalla norma convenzionale che legittima la sua limitazione solo in forza di specifici provvedimenti legislativi [21]. Sempre nell'ambito delle tutele previste a livello sovranazionale si distingue la Convenzione Internazionale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia, ratificata dall'Italia nel 1991, la quale prevede la preminenza della tutela degli interessi del fanciullo e del diritto di intrattenere regolarmente rapporti personali e contatti diretti con entrambi genitori [22].

---

[19] V. Caprioli-Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione*, Torino, 2011, 77-110; Dean, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Torino, 2004, 21.

[20] In via esemplificativa cfr. artt. 35 *bis*, 69 commi 5 e 6 ord. pen., nonché Corte cost., sent. n. 135 del 2013, secondo la quale «[l]e decisioni della magistratura di sorveglianza rese su reclami proposti da detenuti a tutela dei propri diritti [...] devono ricevere concreta applicazione e non possono essere private di effetti pratici da provvedimenti della Amministrazione Penitenziaria o di altre autorità».

[21] V. art. 8 CEDU ove si afferma che «[o]gni persona ha diritto al rispetto della sua vita familiare, diritto che può essere limitato solo legislativamente».

[22] V. Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia il cui art. 3 prevede che «[n]elle decisioni assunte dalle istituzioni pubbliche, private, e dalle autorità amministrativa, giudiziaria e legislativa l'interesse superiore del bambino deve avere una considera-

Pienamente assonanti agli enunciati principi si configurano poi le plurime pronunce, susseguitesi nel tempo, da parte della Consulta riferite al diritto alla "partecipazione" di entrambi i genitori alla cura e all'educazione della prole senza distinzione o separazione di ruolo tra uomo e donna [23]. Nondimeno, l'ordinamento penitenziario, indefettibilmente informato al rigoroso rispetto dei principi e dei diritti costituzionalmente garantiti, riconosce un'assoluta importanza al mantenimento dei rapporti familiari ed alla tutela della relazione genitoriale i quali, assieme all'istruzione, al lavoro, alla religione, alle attività sportive e ricreative, sono considerati strumenti imprescindibili del trattamento risocializzante riservato al detenuto (ai sensi di quanto previsto dall'art. 15 ord. pen.), in funzione del quale sono previste necessarie agevolazioni funzionali allo svolgimento dei colloqui con i familiari, indipendentemente dalla peculiarità del regime detentivo cui l'interessato risulta sottoposti [24]. Il regime detentivo speciale, infatti, pur prevedendo "corpose" limitazioni allo svolgimento dei colloqui con i propri familiari, come la riduzione ad un solo colloquio mensile della durata di un'ora, non può disconoscere l'inalienabilità di tale diritto nel rispetto delle posizioni giuridiche del fanciullo e dei componenti del nucleo familiare volti alla cura degli affetti parentali [25].

Proprio in relazione ai diritti spettanti ai congiunti, il DAP, con la circolare n. 3592 del 9 Ottobre 2003, aveva concesso ai detenuti sottoposti al regime differenziato di effettuare 1/6 della durata complessiva del colloquio visivo mensile con il figlio minore di 12 anni senza interlocuzione del vetro divisorio, ma alla contemporanea presenza del resto del nucleo familiare da cui detenuto e minore sarebbero stati separati dalla prevista barriera architettonica. Successivamente all'intervento novellistico del

---

zione preminente»; v. altresì l'art. 8, comma 3, della medesima Convenzione ove si afferma che «[g]li Stati sono tenuti a rispettare il diritto del fanciullo di intrattenere rapporti con i genitori, separato da entrambi o da uno di essi purché non contrario al suo preminente interesse».

[23] Cfr. Corte cost., sentenze nn. 341 del 1991, 28 del 1995, 376 del 2000.

[24] V., a tal proposito, l'art. 14 *ter*, comma 4, ord. pen. (secondo cui le restrizioni previste per i sottoposti a sorveglianza particolare non possono riguardare i colloqui con il coniuge, convivente, figli ed altri appartenenti al nucleo familiare), l'art. 28 ord. pen. (ove si prevede che particolare cura è dedicata a mantenere, migliorare o ristabilizzare le relazioni dei detenuti e internati con le loro famiglie), nonché gli artt. art. 37 e 61 del d.P.R. 230/2000 (alla stregua dei quali la direzione è tenuta a coinvolgere i servizi sociali nella programmazione dei necessari interventi per curare i rapporti della persona *in vinculis* e la sua famiglia).

[25] Le restrizioni disposte dalla Amministrazione Penitenziaria devono essere sempre proporzionali e congrue rispetto alla tutela della sicurezza interna ed esterna, ma non possono comprimere i diritti minimi, né comportare la soppressione del trattamento (individualizzato) e dei diritti inviolabili della persona. Cfr., in tale prospettiva, Corte cost., sent. n. 376 del 2010, nonché Id., sent. n. 351 del 1996.

2009, il Dipartimento della Amministrazione Penitenziaria, attraverso circolari emesse nei mesi di aprile e maggio 2013, ha modificato *in peius* le disposizioni relative allo svolgimento dei colloqui con i familiari, disponendo che, durante i dieci minuti trascorsi con il minore senza vetro divisorio, i congiunti con età superiore agli anni 12 devono abbandonare la sala colloqui e rinunciare, di fatto, a partecipare alla restante durata del "contatto". Il motivo di tale restrizione, secondo l'ente emanante, sarebbe da rinvenire nell'incremento della tutela della sicurezza pubblica minacciata dal paventato rischio di strumentalizzazione del minore per l'invio e la ricezione di messaggi da e verso l'esterno.

Anche in questo caso la magistratura di sorveglianza (in modo quasi del tutto unanime), a mezzo di plurime ordinanze [(26)], ha disapplicato le citate circolari ribadendo la rilevanza dell'insostituibile valore riconosciuto ai rapporti del minore con entrambi i genitori [(27)]. Le censurate disposizioni risultano ancor più irragionevoli ove valutate alla luce della integrale registrazione audiovisiva dei colloqui effettuati dal detenuto differenziato prevista proprio allo scopo di scongiurare eventuali tentativi di comunicare tramite i familiari ed il minore con le organizzazioni criminali di appartenenza. Particolare rilievo *in subiecta materia* riveste l'ordinanza emessa dal magistrato di sorveglianza aquilano che, fondando la propria determinazione sulla normativa nazionale, convenzionale e sui trattati internazionali in precedenza citati, accogliendo il reclamo interposto dal detenuto ristretto nel carcere speciale del luogo, oltre a declamare l'illegittimità della restrizione in parola, concedeva - contestualmente - al reclamante di effettuare non dieci minuti, bensì tutta l'ora di colloquio con il congiunto minore di 12 anni senza l'interlocuzione del vetro quantunque in presenza degli altri congiunti da cui erano separati a mezzo di preposta "barriera" [(28)]. Di converso, una

---

[(26)] Tra le varie v. Uff. Sorv. Spoleto, ord. 10 luglio 2013, *inedita*; Uff. Sorv. L'Aquila, ord. n. 308 del 2014, *inedita*; Uff. Sorv. Novara, ord. n. 903 del 2013, *inedita*.

[(27)] Cfr. Uff. Sorv. Novara, ord. n. 903 del 2013, cit., secondo la quale «[n]el momento del passaggio del minore dalla parte del padre, a ciò non può attribuirsi un valore simbolico che corre il rischio di tramutarsi in gravemente traumatico in difetto della presenza seppur separata della madre o dell'altro familiare disponibile; a giustificare e anzi a promuoverlo si realizza un momento di unità familiare condivisa [...] che allevia l'esclusione derivata dal regime detentivo, in particolare quello peculiarmente restrittivo del 41-*bis*».

[(28)] Cfr. Uff. Sorv. L'Aquila, ord. n. 308 del 2014, cit.: «[p]er le considerazioni espresse deve ritenersi illegittima la disposizione amministrativa che prevede l'allontanamento dei familiari per tutta la durata del colloquio fruito senza vetro divisorio dal momento in regime differenziato con il proprio figlio minore di 12 anni in quanto disposizione non congrua e proporzionata al fine della sicurezza cui deve essere rivolto. Il reclamo, per i motivi su esposti, merita accoglimento. È evidente che tali motivazioni e valutazioni inducono a ritenere illegittima anche

recente pronuncia della Corte di cassazione ha spinto l'Amministrazione Penitenziaria a vietare, *ex novo*, ai congiunti del detenuto di presenziare, seppur separati dal vetro divisorio, ai dieci minuti di colloquio di quest'ultimo con il figlio minore senza l'ausilio della disposta paratia. Il Giudice di Legittimità, nel giugno 2014 [29], infatti, ha accolto il ricorso proposto dal Procuratore della Repubblica di Roma avverso l'ordinanza di accoglimento del reclamo inoltrato da un detenuto di Rebibbia in relazione alla disapplicazione delle citate disposizioni dell'ente doverosamente recepite dalle direzioni delle carceri nostrane. Il giudice di legittimità, nella fattispecie, circoscrivendo esclusivamente (ed inevitabilmente) la propria decisione alle argomentazioni esplicitate nell'ordinanza di accoglimento del giudice capitolino ed ai motivi di ricorso spiegati dal Procuratore della Repubblica, ha annullato senza rinvio la prima ritenendo legittima la restrizione amministrativa in quanto finalizzata alla cura della sicurezza pubblica, senza che ciò implichi il delinearsi di un orientamento giurisprudenziale granitico e costante relativamente ad aspetti sui quali la magistratura di sorveglianza si è finora espressa in termini differenti.

5. *Considerazioni di sintesi*

La facoltà riconosciuta all'Amministrazione Penitenziaria di adottare qualsiasi misura restrittiva ulteriore rispetto a quelle già previste dall'art. 41 *bis* ord. pen. risulta giustificata solo se e nella misura in cui ciò produca un incremento dei livelli di tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico, nel rispetto e ad integrazione del quadro normativo di riferimento.

Viceversa, le restrizioni di cui si è offerta contezza nel presente scritto, per la loro "peculiarità", non sembrano in linea con i parametri ordinamentali di riferimento.

Esse, invero, appaiono il frutto di un approccio emergenziale che a lungo andare, con il venir meno dei presupposti sociali ed economici dello «Stato sociale» ed ancor più in ragione di una dinamica custodiale «onnivora» fautrice di una incarcerazione di massa del deviante, ha prodotto una trasformazione dei rapporti politici e sociali che è tipica dello «Stato penale» [30].

---

la limitazione nella durata imposta al colloquio senza vetro divisorio con il minore in presenza di altri familiari dall'altra parte del vetro, potendo in ogni momento procedersi all'interruzione dello stesso quando si ravvisino comportamenti ritenuti lesivi della normativa. Per questi motivi il reclamo nella parte in cui si riferisce alla durata del colloquio senza vetro divisorio con il figlio minore appare meritevole di accoglimento».

[29] Cass., sez. I, 4 giugno 2014, cit.

[30] V. Waquant, *Parola d'ordine tolleranza zero, la trasformazione dello Stato penale nella società liberale*, Milano, 2000.

Le recenti e citate ordinanze disapplicative emesse dalla magistratura di sorveglianza, al contrario, rappresentano un ulteriore passo verso un sostanziale "ripristino" dello stato di diritto e delle sue garanzie costituzionali, prerogativa imprescindibile di un civile stato democratico.

È, quindi, legittimo chiedersi fino a che punto, nel tentativo di garantire l'ordine e la sicurezza pubblica, sia giustificabile una evidente compressione dei diritti fondamentali, frutto di una visione carcero centrica, che si sostanzia, tra le varie, nell'adozione di misure cautelari atipiche nonché anticipatrici della pena ed in aperto contrasto con i principi di tassatività e di giurisdizionalità [(31)].

«La pena deve essere un diritto, quello di ogni detenuto di conoscere quello che ha saputo essere, ritrovando quello che non è stato e che era, dentro [...]. La pena dovrebbe essere un diritto. Un paradosso il diritto alla pena. Significa che la detenzione dovrebbe semplicemente educare, come dice la Costituzione. Dovrebbe essere formativa. Mettere in condizione di passare dalla colpa alla responsabilità. Accade troppo facilmente che il colpevole, in carcere, diventi vittima, senza avere la possibilità di sentire e capire la propria colpa» [(32)].

LUIGI TROMBETTA

[(31)] FIORIO, *La stabilizzazione delle "carceri-fortezza": modifiche in tema di ordinamento penitenziario*, cit., 411 ss.

[(32)] È il pensiero espresso dal Prof. Ferraro, docente di filosofia presso l'Università degli Studi Federico II di Napoli nella post fazione del libro GRASSONELLI-SARDO, *Malerba*, Milano, 2014, scritto da un detenuto in regime carcerario differenziato e vincitore del premio "Leonardo Sciascia 2014".

INAUGURAZIONE ANNO GIUDIZIARIO 2015
RELAZIONE DEL PRESIDENTE CESARE LAMBERTI
SULL'ATTIVITÀ SVOLTA NELL'ANNO GIUDIZIARIO 2014
PRESSO IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE
DELL'UMBRIA

RELAZIONE INAUGURALE ANNO GIUDIZIARIO 2015

1. *Saluti e ringraziamenti* **– 2.** *L'operosità del tribunale* – **3.** *La stabilizzazione del contenzioso, l'"equa riparazione" e lo "smaltimento dell'arretrato"* **– 4.** *Le materie di maggiore interesse* – **5.** *La fiducia nel domani*

1. LE PRINCIPALI MATERIE

1.1. *Paesaggio come bene da salvaguardare* - **1.2.***Edilizia* - **1.3.** *Urbanistica* - **1.4.** *Ambiente e cave* - **1.5.** *Pubblico impiego* - **1.6.** *Procedure di gara* - **1.7.** *Codice del processo* - **1.8.** *Riparto di giurisdizione*

2. ALTRE MATERIE

2.1. *Accesso* - **2.2.** *Tributi e organizzazione uffici tributari* - **2.3.** *Misure di prevenzione e sicurezza* **- 2.4.** *Stranieri* - **2.5.** *Armi* - **2.6.** *Revoca patenti di guida* - **2.7.** *Caccia* - **2.8.** *Farmacie* - **2.9.** *Monopoli* - **2.10.** *Beni pubblici e demanio* - **2.11.** *Contributi pubblici* - **2.12.** *Atti amministrativi in genere* - **2.13.** *Ricostruzione post sisma* - **2.14.** *Espropriazioni* - **2.15.** *Organizzazione sanitaria e assistenziale* - **2.16.** *Autorizzazioni amministrative* - **2.17.** *Enti locali e loro organi* - **2.18.** *Edilizia residenziale pubblica* - **2.19.** *Servizi pubblici* - **2.20.** *Impianti fer* -**2.21.** *Agricoltura* - **2.22.** *Università e scuola* - **2.23.** *Beni culturali* - **2.24***. Elezioni*

RIEPILOGO GENERALE

RITI SPECIALI

RELAZIONE INAUGURALE ANNO GIUDIZIARIO 2015

1. *Saluti e ringraziamenti*

Un augurio di buon lavoro al nuovo Capo dello Stato e un cordiale saluto alle Autorità civili e religiose, all'Arcivescovo presso la Curia vescovile mons. Gualtiero Bassetti, alla presidente della Regione dott.ssa Catiuscia Marini, al presidente della Provincia dott. Nando Mismetti, al sindaco di Perugia dott. Andrea Romizi.

Un cordiale benvenuto al nuovo prefetto di Perugia, dott.ssa Antonella De Miro.

Rivediamo con piacere il presidente della Corte d'appello di Perugia dott. Wladimiro De Nunzio. Non è con noi il procuratore generale presso la Corte d'appello di Perugia dott. Giovanni Galati, impegnato presso la Cassazione che salutiamo cordialmente. Lo rappresenta il sostituto procuratore Giancarlo Costagliola. Un benvenuto anche al presidente della Sezione Regionale di controllo della Corte dei conti dott. Salvatore Sfrecola. Auguri di buon lavoro al dott. Angelo Canale, recentemente insediato nella funzione di presidente della Sezione giurisdizionale della Corte dei conti e alla dott.ssa Fernanda Fraioli procuratore regionale della Corte dei conti.

È con vivo piacere che salutiamo il colonnello Cesare Franco Dorliguzzo Comandante militare Esercito Umbria e il comandante della Scuola di lingue estere dell'Esercito, gen. Antonio Badalucco.

Un cordiale benvenuto al gen. Roberto Boccaccio della Legione Carabinieri Umbria e al comandante provinciale Carabinieri, col. Cosimo Fiore.

Sono fra noi il nuovo comandante regionale della Guardia di finanza gen. Vito Augelli e il comandante provinciale col. Dario Solombrino.

Anche quest'anno sono con noi il rappresentante del Consiglio di presidenza, cons. Daniele Dongiovanni e il collega dell'Associazione magistrati amministrativi cons. Pierpaolo Grauso.

Rivediamo sempre con vivo piacere il presidente di Villa Umbra dott. Alberto Naticchioni.

Un cordiale ringraziamento al rappresentante della Società italiana degli avvocati amministrativisti prof. avv. Filippo Lubrano, al rappresentante degli ordini degli avvocati dell'Umbria avv. Antonio Bartolini e al presidente dell'Associazione umbra avvocati amministrativisti avv. Lietta Calzoni che hanno diviso il lavoro quotidiano durante quest'anno.

Bentrovato al Magnifico Rettore dell'Università degli studi prof. Franco Moriconi e al Magnifico Rettore dell'Università per Stranieri di Perugia, prof. Giovanni Paciullo e a tutti voi che rappresentate le istituzioni, la società civile, i mezzi d'informazione.

La presenza del presidente Piergiorgio Lignani e del presidente Giuseppe Severini testimoniano ancora una volta l'unità della Giustizia amministrativa.

Un ringraziamento particolare ai colleghi Stefano Fantini e Paolo Amovilli che, con la stessa elevatissima qualità di lavoro, si sono sobbarcati alle difficoltà anche personali dell'operare, durante quasi tutto l'anno, senza il terzo magistrato.

L'apprezzamento di noi tutti agli avvocati amministrativisti dell'Umbria, all'Avvocatura dello Stato e agli avvocati del libero Foro per la cortesia e disponibilità e quello mio personale all'avv. Angelo Velatta per l'impegno profuso nella cura del sito informatico che dà origine alla rassegna di giurisprudenza qui acclusa anche grazie all'opera degli avvocati Marta Polenzani, Alessio Tomassucci e Alessandro Bovari.

Il ringraziamento mio e del Collegio per l'impegno quotidiano a tutti i collaboratori della nostra Segreteria.

Un plauso alla dott.ssa Livia Patroni Griffi che, in un momento di particolare difficoltà, ha assunto le funzioni di Segretario Generale *ad interim*.

Gli auguri di buon lavoro alla dott.ssa Emanuela Gentilezza che l'ha avvicendata e il mio personale compiacimento per la dedizione e la professionalità dimostrate sin dal primo momento.

Un grazie, da parte mia e di noi tutti alla sig.ra Marta Chiappini e a sua figlia Matilda che ha disegnato la copertina della nostra relazione.

2. *L'operosità del tribunale*

Le controversie risolte nel merito, in corso d'anno, sono state 289, di cui 156 con sentenza di accoglimento e 133 di rigetto.

Sono quelle che qualificano l'attività del tribunale e indicano la sua capacità di incidere nella realtà territoriale.

Abbiamo cercato, come sempre, di concentrare l'attenzione sull'idoneità delle risposte a risolvere in concreto i problemi prospettati che rappresenta l'obiettivo della giustizia "giusta" per il cittadino e per l'amministrazione dei cui atti o provvedimenti la sentenza deve costituire indirizzo per i comportamenti anche futuri e non una sanzione.

Sempre in sede collegiale sono state emanate 288 sentenze di rito e 12 parziali, 7 decreti e 43 ordinanze.

Il tutto per 639 provvedimenti decisori in via definitiva.

In questi provvedimenti sono comprese anche le sentenze introitate in camera di consiglio, di cui 1 in tema di accesso, 3 di silenzio rifiuto e 219 di ottemperanza, di cui 199 riguardanti la legge Pinto.

Le sentenze brevi sono in tutto 16 e indicano una scarsa propensione

del Collegio ad introitare direttamente in Camera di consiglio, specie nella delicata materia dei contratti pubblici: la fretta non è spesso sinonimo di giustizia.

Delle sentenze di rito, 12 dichiarano il difetto di giurisdizione e concernono il recupero dei contributi regionali e le controversie di lavoro pubblico.

È sintomatico che per gli uni sia ancora investito il giudice amministrativo nonostante la contraria opinione delle Sezioni unite e dell'Adunanza plenaria e per le altre permanga l'incertezza sul giudice da adire a oltre dieci anni da una riforma la cui utilità lascia ancora perplessi.

Alle sentenze vanno aggiunti 143 ordinanze cautelari e 31 decreti cautelari monocratici.

Il numero delle domande di sospensione esaminate è pari a 313 alle quali si sommano le 23 istanze cautelari contenute nei motivi aggiunti.

Il totale di 336 istanze cautelari esaminate, più del doppio di quelle decise, dimostra la funzione della fase cautelare anche di primo contatto fra le parti e il giudice e ne testimonia la necessità affatto percepita dal Codice del processo.

In tutto i fascicoli esaminati nel corso delle 20 udienze ordinarie e 3 straordinarie sono stati 938, di cui 411 di merito, 265 di rito camerale e 313 di sospensiva.

I rinvii concessi assommano a 325, di cui 198 nelle Camere di Consiglio e 127 concessi in Pubblica udienza.

Di questi, non è tanto significativo il numero dei rinvii camerali, quanto quello delle cause di merito pari al 30,9 % delle cause portate in udienza.

La mancanza di meccanismi compensativi dei ricorsi rinviati e la rigidità nel numero di quelli da assegnare senza alcun criterio di misurazione diverso da quello numerico costringe a una costante attenzione per non compromettere la produttività del tribunale e dei magistrati che ne fanno parte.

Che questa preoccupazione non sia attuale nel nostro tribunale non significa ignorarne l'esistenza.

Le perenzioni dichiarate sono state in tutto 133, delle quali 106 relative a ricorsi pendenti da oltre cinque anni dall'entrata in vigore del codice del processo amministrativo.

La redazione dei decreti di perenzione è stata trascurata volutamente per non distogliere l'attenzione del tribunale dai ricorsi dove l'interesse persiste tuttora.

E con lo stesso spirito è stato attuato il programma di smaltimento dell'arretrato con le tre udienze straordinarie preannunciate lo scorso anno per un totale di 82 ricorsi trattati e di 62 decisi.

I rinvii e le cancellazioni, complessivamente 20, hanno rafforzato la sensazione di uno scarso interesse per le stesse parti alla decisione.

È da condividere l'intento di non prorogare il programma nell'anno in corso, considerati i risultati ottenuti, molto inferiori allo sforzo organizzativo per le Segreterie e il Collegio.

Gli appelli proposti sono, ad oggi 88, intorno al 13,7%, delle decisioni.

3. *La stabilizzazione del contenzioso, l'"equa riparazione" e lo "smaltimento dell'arretrato"*

Considerati gli 861 ricorsi in ingresso, la pendenza complessiva d'archivio a fine anno è pari a 2740 fascicoli dai quali vanno sottratti i 755 ricorsi definiti con provvedimento in corso d'anno.

Della giacenza così determinata, pari a 1985 fascicoli in attesa di definizione, è bene considerare che 476 si riferiscono a ottemperanze da eccesiva durata del processo pervenuti in corso d'anno e 381 riguardano l'estinzione del processo per perenzione, ancora da dichiarare.

Tenuto conto del carattere seriale degli uni e del controllo meramente formale degli altri, il lavoro effettivo da svolgere si riduce a 1128 fascicoli che costituisce un arretrato fisiologico e non patologico per un Ufficio giudiziario di medie dimensioni come il nostro.

È solo apparente il picco dei ricorsi pervenuti, in totale di 861 pari a 266 ricorsi in più rispetto ai 595 depositati nel 2013 e a 135 in più rispetto ai 726 depositati nel 2012.

È necessario tenere conto dei 476 ricorsi di ottemperanza ai decreti di "equa riparazione" da irragionevole durata del processo nella Regione Lazio: ben più dei 207 depositati nel 2013 e dei 191 depositati nel 2012.

L'aumento è da ascrivere alla definitiva devoluzione alla Corte d'appello di Perugia delle controversie in materia di equa riparazione che ha concentrato nel nostro tribunale la competenza a conoscere di ricorsi in ottemperanza.

La trattazione delle relative questioni, sinora di 15 ricorsi per ogni camera di consiglio, ha recentemente raggiunto il numero di 20. Di più non è possibile, essendo il rito camerale dedicato prevalentemente ai giudizi cautelari.

Anche se con frequenza sempre maggiore l'Amministrazione provvede *motu proprio* alla liquidazione di quanto dovuto, rimane l'interesse alla definizione della domanda per la liquidazione delle spese.

Di fatto, l'effettiva domanda di giustizia si attesta su 385 ricorsi, tanti per un Collegio di soli tre magistrati ma pochi per la Regione nel suo insieme, a testimonianza di un'amministrazione complessivamente sana ed equilibrata.

Rispetto allo scorso anno il contenzioso si è perciò mantenuto sostanzialmente stabile.

Il numero dei ricorsi è all'incirca lo stesso dei 388 ricorsi depositati nello scorso anno, ma sempre meno dei 535 depositati nel 2012, prima che alle restrizioni del Codice sulle competenze dei tribunali territoriali si aggiungessero gli aumenti del contributo unificato e la repressione del cosiddetto abuso del processo.

A conti fatti, la capacità del Giudice amministrativo di risolvere, e talvolta mediare, il conflitto fa amministrazione e cittadino e la fiducia che riscuote presso le Istituzioni ne conferma ancora l'essenzialità sul territorio e smentisce le critiche, talvolta irragionevoli, di distorsioni alla vita collettiva causate dall'esercizio del potere cautelare e di ritardi nella risoluzione delle controversie.

4. *Le materie di maggiore interesse*

Ancora una volta, la distribuzione quantitativa dei ricorsi in entrata riflette l'ingessamento delle competenze della giustizia amministrativa periferica e dimostra la necessità di correttivi scevri dalle distorsioni inevitabili nelle norme di provenienza non strettamente parlamentare.

Se si esclude il "picco" delle esecuzioni dei decreti di equa riparazione, l'edilizia rimane la materia con i maggiori ingressi, 108 ricorsi, staccata di varie lunghezze dagli appalti e dal pubblico impiego, rispettivamente con 37 e 36 ricorsi.

Rispetto allo scorso anno si registrano 5 ricorsi in meno nell'edilizia, 1 ricorso in più nel pubblico impiego e 8 ricorsi in più nei contratti pubblici.

Nell'edilizia, l'impugnazione dei provvedimenti in materia di abusivismo e di nuova edificazione prevale su quelli della pianificazione urbanistica, segno questo della grande attenzione delle amministrazioni locali per l'attività edificatoria spesso poco significativa e della scarsa progettualità del territorio già evidenziata nell'anno precedente.

Nel pubblico impiego e negli appalti continua la "stagnazione" registrata negli anni precedenti, cagionata dall'incertezza della giurisdizione e dal costo del processo assolutamente sproporzionato all'entità delle questioni trattate oltre alle incertezze giurisprudenziali che introducono elementi di rischio contrastanti con la certezza che la materia richiede.

Che la stagnazione dell'economia continui a colpire la nostra Regione è ancora evidente dai 29 ricorsi in meno nelle autorizzazioni e concessioni, divenuti appena 31 nell'anno corrente dai 60 e dagli 86 in quelli precedenti.

Nessun ricorso è stato poi proposto in materia di pubblici servizi

dove lo scorso anno erano stati appena 4.

Sensibile è stato anche il calo degli ingressi nella materia degli esercizi farmaceutici, dimezzatisi a 4 ricorsi proposti durante l'anno dagli 8 di quello passato.

Resta positivo il bilancio nell'area sociale, caratterizzato da un incremento di 15 ricorsi in materia di sicurezza pubblica rispetto ai 24 ricorsi dell'anno precedente e da un decremento dei ricorsi proposti dagli stranieri, passati da 41 a 30, quasi tutti in ambito di emersione dal lavoro irregolare.

Indici entrambi dell'attenzione da parte delle Forze dell'ordine e della prevenzione più efficacemente perseguita.

Che, nonostante le elezioni svoltesi in diversi comuni, siano stati proposti solo 5 ricorsi, appena 3 di più rispetto all'anno precedente, dimostra ancora una volta la correttezza della politica nella Regione.

5. *La fiducia nel domani*

Quest'anno il contributo unificato non aumenta ma le spese di notifica saranno dovute qualunque sia il valore della controversia come impone la legge di stabilità 2015. Anche se previsto per le cause iniziate nel 2013, il processo amministrativo sarà influenzato dall'obbligo del ricorrente che soccombe in appello con "doppia conforme" o declaratoria d'improcedibilità o d'inammissibilità dell'impugnazione, a versare un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per la stessa impugnazione, se lo dichiara il giudice. Sono altri disincentivi che si aggiungono alle modifiche nel regime della soccombenza con l'intento di perseguire il cosiddetto "abuso del processo", per quello amministrativo già gravato in misura oltremodo significativa dal contributo unificato, specie nel rito dei contratti pubblici.

È solo un caso che in Umbria il numero dei ricorsi si sia mantenuto pressoché costante.

Continuiamo ad assistere al depauperamento della giustizia amministrativa iniziato con la sottrazione del pubblico impiego, proseguito con la "definizione" delle sue competenze dalla sentenza n. 204/2004 della Corte costituzionale e continuato con la costante erosione nei conflitti di giurisdizione.

Il processo amministrativo, dopo le critiche sulla sua utilità, è stato preso di mira nel settore degli appalti per arginare l'asserito "blocco" recato dalla cautela accordata: alla singolare restrizione relativa alle opere di difesa ambientale contenuta nel D.L. n. 146/2013, ha fatto seguito la fissazione dell'udienza di merito nei trenta giorni dalla sospensiva accolta stabilito dal D.L. n. 90/2014, sempre al fine di agevolare la ripresa economica.

Sull'onda della semplificazione e della riforma della pubblica amministrazione si sono accavallate norme disparate e prive di organicità.

In luogo di una globale revisione degli assetti, la legge n. 114/2014 ha soppresso le sezioni staccate dei Tar e istituito l'Autorità nazionale anticorruzione in luogo dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici mediandone i compiti da quella sulla valutazione e la trasparenza istituita dal D.Lgs. n. 150/2009.

Si continua a porre mani su istituti oramai esausti dai continui cambiamenti come il silenzio e la DIA, senza riflettere che, specie nel settore edilizio, meglio sarebbe ridefinire l'efficacia dei titoli, i poteri delle amministrazioni locali e l'ambito d'intervento della giurisdizione, evitando che più giudici conoscano dello stesso abuso ma non possano eliminarlo tempestivamente, una volta accertato.

Si persegue l'obiettivo di riorganizzare le amministrazioni pubbliche con la riduzione degli uffici e il riassetto del personale senza però trovare alcun correttivo all'ingessamento delle carriere, all'appiattimento delle retribuzioni, alle assunzioni prive della selettività tipica dei pubblici concorsi, previsti dalla Costituzione.

I correttivi apportati al settore degli appalti non si sono mai estesi agli elementi sostanziali della gara, con il risultato che l'intervento dell'autorità penale, per quanto provvido, ha finito per non incidere, specie per le grandi opere, sull'atto di aggiudicazione che, di fatto, rimane salvo negli effetti nonostante l'illiceità dell'aggiudicazione.

Non sono queste le regole che servono all'amministrazione e tantomeno al suo giudice che invece di interpretare "complesse semplificazioni", meglio potrebbe essere impiegato nel correggere le distorsioni proprie della burocrazia e contribuire ad avvicinare l'Istituzione agli amministrati, evitando di disperdersi in conflitti di giurisdizione, eleganti per il giurista ma inutili per il cittadino che chiede una giustizia immediata.

Quello che il giudice amministrativo chiede al legislatore sono norme sobrie e brevi come devono esserlo anche gli atti giurisdizionali, portatrici di regole effettive e non solo di buoni propositi e in grado di sedimentare un periodo sufficiente a sperimentarne gli effetti.

Spetta al legislatore, scevro da pregiudizi e attento all'interesse comune, di trovare la sinergia fra giudice e amministrazione necessaria a precorrere il cambiamento e non inseguirlo.

Saper guardare con fiducia verso l'alto è il messaggio che ha lascato a noi tutti amministrativisti il prof. Antonio Romano, quando, l'estate dello scorso anno, faceva volare gli aquiloni.

Con lo stesso messaggio e nel Suo ricordo dichiaro aperto l'anno giudiziario presso il Tribunale Amministrativo Regionale dell'Umbria.

*
* *

1. LE PRINCIPALI MATERIE

1.1. – PAESAGGIO COME BENE DA SALVAGUARDARE

La **fragilità del territorio umbro** considerato di per sé come bellezza naturale, giustifica ampiamente che il paesaggio sia da annoverare fra le materie fondamentali su cui accentrare l'attenzione. L'**autorizzazione paesistica** comunale è stata oggetto di indagine sotto il profilo dell'istruttoria e della motivazione, al momento dell'esercizio del potere di annullamento da parte della competente soprintendenza nella decisione n. 167/2014. È stato inoltre ritenuto che l'autorizzazione paesaggistica di competenza del comune sia comunque **preceduta dal parere vincolante** della Sovrintendenza anche nei casi di intervento facente parte di un piano attuativo il cui profilo paesaggistico sia stato precedentemente approvato dalla Provincia (sent. n. 461/2014). È invece stata ritenuta **legittima l'omissione dell'autorizzazione** da parte della Sovrintendenza, per le opere sottostanti il suolo non importanti ripercussioni sul paesaggio (sent. n. 231/2014) mentre è stato definito **illegittimo il parere negativo** della Sovrintendenza sulla recinzione con muretto in calcestruzzo, richiesta dal privato nell'ambito di un più ampio progetto di ampliamento di uno stabilimento produttivo esistente (sent. n. 45/2014). La **sanatoria paesaggistica** è stata esaminata sotto il profilo dell'**illegittimità del rilascio** per volumi interrati che producano la notevole alterazione dello stato dei luoghi in difformità dal titolo edilizio (sent. n. 356/2014) e nell'ipotesi di omessa comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, la cui necessità è stata affermata per la natura decisoria del parere obbligatorio vincolante (sent. n. 322/2014). L'applicazione della **disciplina codicistica** è stata, in particolare, ritenuta anche per quei beni di cui sia stata acquisita la sola proposta e/o definita la perimetrazione della dichiarazione di interesse paesaggistico (sent. n. 108/2014). La **proroga** triennale **delle "vecchie" autorizzazioni** paesaggistiche è stata oggetto di specifica indagine nella sentenza n. 253/2014. Il regime della **prescrizione** in materia di sanzioni pecuniarie per la violazione di disposizioni paesaggistiche è stato trattato nella decisione n. 373/2014 e con riferimento alla decorrenza del termine, relativamente al quale è stata affermata l'irrilevanza della pianificazione urbanistica sopravvenuta ai fini della consumazione dell'illecito paesaggistico prescrizionale (sent. n. 630/2014).

1.2. - EDILIZIA

Sulla materia edilizia è intervenuto il maggior numero di sentenze che hanno risolto molteplici questioni di interesse non soltanto locale.

1.2.1. Ricorso introduttivo. È stata ritenuta l'**irricevibilità** del ricorso proposto dal proprietario del fondo finitimo a distanza di anni dal compimento di opere edilizie comportanti il restringimento di strada vicinale sottoposte, all'epoca, a regolari provvedimenti autorizzatori (sent. n. 459/2014) ed è stata affermata la **nullità** del ricorso introduttivo notificato ad un soggetto diverso dal legale rappresentante dell'amministrazione comunale (sent. n. 6/2014). È stata poi dichiarata l'**inammissibilità** del ricorso per **sopravvenuta inefficacia** dell'impugnata ordinanza di sospensione dei lavori, in quanto provvedimento cautelare temporaneo che perde valore qualora l'amministrazione non emani nei 45 giorni successivi la sanzione definitiva della demolizione (sent. n. 445/2014). È stata poi affermata l'**inammissibilità** del ricorso avverso l'ordinanza di demolizione e il diniego di sanatoria in caso di **omessa impugnazione** del presupposto provvedimento di **annullamento dell'autorizzazione paesaggistica** (sent. n. 50/2014). Analogamente **inammissibile** è stato ritenuto ai sensi dell'art. 45, co. 1, c.p.a. il ricorso introduttivo **cumulativo** avverso più **provvedimenti diversi** qualora in sede processuale emergano elementi di connessione (sent. n. 516/2014). Una particolare fattispecie di **inammissibilità** è stata quella dell'ottemperanza al giudicato diretta a censurare la ricostruzione del manufatto in forza di nuovo titolo edilizio dopo la **demolizione** del precedente **in esecuzione dell'annullamento del permesso di costruire** in sanatoria (sent. n. 142/2014). È stata poi affrontata la problematica dell'**improcedibilità** del ricorso per **sopravvenuto difetto d'interesse** avverso il provvedimento repressivo emesso in precedenza allorché l'interessato abbia attivato il procedimento per ottenere il permesso di costruire in sanatoria di abusi edilizi (sent. n. 149/2014). È stato ritenuto, a soluzione di un contrasto giurisprudenziale interno alla sezione, il sopravvenuto difetto d'interesse al ricorso proposto avverso la **sanzione edilizia in presenza di domanda di sanatoria idonea a superare** (sia in caso di accoglimento sia di rigetto) **il provvedimento sanzionatorio** oggetto di impugnativa (sentt. n. 306/2014; n. 201/2014; n. 212/2014). Analogamente improcedibile per sopravvenuto difetto d'interesse è stato considerato il ricorso avverso **l'ordinanza di demolizione** del manufatto al quale ha fatto **seguito l'istanza di accertamento di conformità**, spostandosi l'interesse del ricorrente interamente sull'esame di legittimità del sopravvenuto diniego (sentt. n. 604/2014; n. 618/2014; n. 625/2014).

1.2.2. Con riguardo ai **titoli edilizi**, è stata ribadita la natura della **S.C.I.A.** quale **atto privato** e non provvedimento amministrativo a for-

mazione tacita (sent. n. 142/2014), il cui diniego deve comunque essere preceduto dal necessario preavviso (sent. n. 503/2014). Con riferimento alla necessità del possesso del titolo, è stata affermata la riconducibilità ad **attività edilizia libera** che non comporta rilascio del titolo, delle **recinzioni in legno o a rete metallica** (sentt. n. 6/2014; n. 66/2014) o anche in **paletti in ferro** trattandosi dell'esercizio dello *jus excludendi alios* (sent. n. 307/2014), fermo rimanendo il **rispetto** delle disposizioni civilistiche in materia di **distanze** (sent. n. 509 /2014). È stata parimenti affermata la **superfluità** del titolo abilitativo nel **deposito di merci a cielo aperto** di carattere **temporaneo** per una durata non superiore a 90 giorni (art. 7, co. 2, LR n. 1/2004) mentre ne è stata ritenuta la **necessità** in tutti gli altri casi, sul presupposto che il deposito di merci o altri materiali a cielo aperto comporti la **trasformazione permanente** del suolo in edificato ove si protragga in un più lungo arco di tempo (sent. n. 441/2014). Anche assoggettate a titolo edilizio sono state ritenute le **opere precarie,** effettivamente modeste ma idonee a dar luogo a **trasformazione del territorio** (sent. n. 620/2014) e le opere suscettibili di arrecare una visibile alterazione dell'edificio o di parte di esso (sent. n. 82/2014). Nell'ipotesi dell'istallazione di **pannelli solari con serbatoio d'accumulo** su edifici di civile abitazione, è stata affermata la necessità del **titolo edilizio** richiesto dalla legge regionale, prevalente su quella statale (sent. n. 232 /2014). Nella particolare fattispecie del titolo edilizio *ex* art. 13, LR 1/2004, c.d. "**ristrutturazione pesante**" con demolizione e realizzazione di un corpo di fabbrica nuovo e sostanzialmente diverso da quello demolito, è stata affermata la necessità che il ricorrente fornisca prova che l'opera autorizzata comporti il mutamento dell'assetto urbanistico dell'intera zona al fine di poter considerare l'intervento come ristrutturazione urbanistica e non edilizia e censurarne l'eventuale difformità allo strumento urbanistico in vigore (sent. n. 459/2014). È stato tuttavia ammesso, ai fini della sanatoria la possibilità che, nella ristrutturazione cd. "pesante", il manufatto ricostruito non sia assolutamente fedele a quello demolito per caratteristiche plano volumetriche e posizione del sedime.

1.2.3. È stato ritenuto legittimo il **diniego di permesso di costruire** emanato in assenza di preavviso qualora l'interessato abbia comunque ricevuto forme equipollenti di comunicazione (sent. n. 241/2014). È stata inoltre affermata la legittimità del diniego sull'istanza di permesso di costruire ove riguardante la sola porzione di un fabbricato per civile abitazione (sent. n. 357/2014). Il solo requisito della ***vicinitas*** è stato invece ritenuto insufficiente a sorreggere la **domanda di annullamento** di un titolo edilizio, sull'assunto che siffatto requisito debba essere apprezzato anche con riferimento alle particolari caratteristiche dell'opera (sent. n. 99 /2014).

1.2.4. Dell'**ordinanza di demolizione** è stata affermata la natura

ripristinatoria e vincolata in quanto espressione del **potere repressivo** degli abusi edilizi qualora non sanati (sentt. n. 226/2014; n. 227/2014; 516/2014) e ne è stata ritenuta la possibilità di adozione anche nei confronti del mero detentore dell'area (sent. n. 66/2014), fermo restando il rispetto del principio di leale collaborazione che precede l'adozione del provvedimento (sent. n. 193/2014). In quanto **atto vincolato**, espressione di un potere ontologicamente diverso da quello cautelare, è stata ribadita la legittimità dell'ordinanza di demolizione emessa in assenza dell'ordine di sospensione dei lavori e anche in mancanza di comunicazione di avvio del procedimento *ex* art. 21*octies* L. n. 241/1990 (sent. n. 464/2014) anche se rimane **dovere** dell'amministrazione di garantire comunque il **contraddittorio procedimentale** (sent. n. 568 /2014). La **demolizione** è stata ritenuta **prevalente** sull'efficacia sanante della sanzione pecuniaria sostitutiva *ex* art. 9, LR n. 31/2004 qualora il terzo interessato, leso dall'opera abusiva, abbia **interesse al ripristino dello stato dei luoghi**, ferma naturalmente l'impossibilità della demolizione sotto l'aspetto tecnico, ove sia compromessa sotto l'aspetto strutturale e sismico, la parte non abusiva - e quindi legittima - del manufatto (sent. n. 552 /2014).

1.2.5. Con riferimento al **potere di sanatoria**, è stata ritenuta l'inesistenza dell'obbligo di comunicare l'avvio del procedimento per l'accertamento di conformità *ex* art. 36, DPR n. 360/2001, il cui provvedimento può essere adottato anche scaduto il termine indicato dalla norma (sent. n. 110/2014) e ne sono stati precisati i presupposti nel particolare caso della ristrutturazione edilizia di un manufatto agricolo di risalente costruzione (sent. n. 153 /2014). Del **procedimento di sanatoria** è stato altresì affermato il **divieto di aggravamento** anche nei casi di ristrutturazione di fabbricati rurali di non recente costruzione (sent. n. 446/2014) ed è stato ritenuto l'obbligo del comune in sede di rilascio del titolo sanante, di verificare l'assenza di diritti di soggetti terzi solo in presenza di limiti privatistici immediatamente riconoscibili e/o non contestati (sent. n. 503/2014). Per quanto attiene alla **presentazione** della **domanda di sanatoria,** è stato affermato in capo al richiedente l'onere di provare la data di ultimazione delle opere (sent. n. 76/2014) e, con riferimento al **rigetto** della domanda di sanatoria, è stato ribadito l'onere dell'amministrazione di valutare comunque la possibilità di misure alternative alla demolizione (sent. n. 590/2014). Sul presupposto che la sanatoria sia espressamente disciplinata dall'art. 36 T.U. edilizia, è stata infine **esclusa** l'ammissibilità della cd. "**sanatoria giurisprudenziale**" secondo cui sarebbe possibile condonare immobili abusivi contrastanti dallo strumento pianificatore vigente al momento dell'abuso ma divenuti conformi allo strumento urbanistico vigente al momento in cui il comune provveda sulla sanatoria (sent. n. 590/2014).

1.2.6. Circa l'efficacia sanante che può assumere il **decorso di**

un notevole lasso di tempo fra la realizzazione delle opere e la loro contestazione, al fine di consolidare in capo al privato l'affidamento a mantenere il manufatto pur abusivamente realizzato, è stato ritenuto, nello specifico caso dell'edilizia realizzata in epoca anteriore alla legge urbanistica e alla legge ponte, l'onere del richiedente di **dimostrare l'epoca di costruzione** del manufatto (sent. n. 379/2014) e quello del comune di contemperare motivatamente l'**interesse pubblico** attuale alla repressione dell'abuso con riguardo all'affidamento ingenerato dalla lunga inerzia serbata dal comune (sent. n. 621 /2014). Entrambi i principi sono stati ribaditi nella particolare fattispecie della mancanza di effettivi riscontri sulla realizzazione dell'opera edilizia (ampliamento di un garage) anteriormente all'entrata in vigore della legge ponte (sent. n. 419/2014).

1.2.7. Per il **contributo di costruzione** dovuto in seguito al rilascio del titolo abilitativo, ne è stato individuato il *dies a quo* della scadenza del pagamento della data di saldo (sent. n. 135/2014) e ne è stata definita l'azione da esperire qualora non vengano impugnati atti autoritativi generali presupposti (sent. n. 514/2014).

1.2.8. Per il resto, è stato ritenuto legittimo il **certificato di agibilità** rilasciato riguardo a un'opera già sanata mediante titoli edilizi divenuti inoppugnabili per decadenza del termine dell'azione di annullamento (sent. n. 244/2014), è stata considerata ammissibile la **modifica di destinazione d'uso** da agrituristica a residenziale solo se in linea con la destinazione di zona prevista dallo strumento urbanistico (sent. n. 404 /2014) e sono stati definiti presupposti affinché un'attività solo parzialmente ricettiva (*bed and breakfast*) integri il requisito di "**impianto produttivo di beni e servizi**" necessario *ex* art. 1, DPR n. 447/1998 per l'affidamento al SUAP dell'intero procedimento concernente la realizzazione, ampliamento, cessazione o riattivazione, localizzazione e rilocalizzazione di impianti produttivi, ivi incluso il rilascio delle concessioni e/o autorizzazioni edilizie (sent. n. 406/2014). È stata altresì specificata l'efficacia delle **norme del regolamento edilizio comunale** sulla distanza degli allevamenti dagli abitanti (sent. n. 190/2014) ed è stata ritenuta legittima l'ordinanza di sgombero di suini per difformità edilizia del capannone adibito ad allevamento per contrasto dell'attività di allevamento dalla destinazione d'uso dell'area rispetto allo strumento urbanistico in vigore (sent. n. 216/2014).

1.2.9. È stato infine escluso l'obbligo di una **specifica motivazione** sull'interesse pubblico, per l'annullamento delle delibere di adozione e approvazione di un piano attuativo e dei connessi titoli abilitativi qualora intervenuto a distanza di tempo quando la rappresentazione dello stato dei luoghi sia stata basata su dati non corretti (sent. n. 499/2014).

1.3. – URBANISTICA

Nel relativo settore è stato affrontato il problema del contrasto tra le **previsioni del NTA al PRG parte strutturale** e quelle relative alla **parte operativa** dello strumento urbanistico ed affermata la prevalenza delle prime con riferimento alla particolare fattispecie dell'illegittimità del divieto di sanatoria di locali destinati a trattenimenti danzanti (sent. n. 343/2014; n. 344/2014). Sono stati altresì stabiliti i **limiti** entro i quali al Comune è consentita la **modificazione delle originarie previsioni di PRG** mediante l'emanazione di una variante operativa in luogo di una variante strutturale di piano, in ragione della discrezionalità della distribuzione degli indici edificatori fra le varie componenti del piano (sent. n. 17/2014). È stata infine precisata l'applicazione dell'art. 30, LR n. 31/1997, nella parte in cui consente ai Comuni la **facoltà di redigere la parte operativa del PRG** anche con modalità diverse da quelle dettate dalla legge purché non in contrasto con i principi dettati dalla L.U. n. 1150/1942 ed è stata definita "conformativa non espropriativa" la destinazione a "spazi pubblici attrezzati a parco, per il gioco dello sport" impressa a un'area (sent. n. 73/2014). È stato poi qualificato **ordinatorio e non (più) perentorio** il termine previsto dall'art. 7, LR n. 31/1997 per l'adozione del PRG da parte del comune, all'esito della conferenza partecipativa ed è stato individuato il **termine** da cui decorre l'o**bbligo di sottoporre i piani e programmi a VAS** secondo la direttiva 2001/42/CE (sent. n. 144/2014). È stata altresì definita la **forma di pubblicità** rilevante ai fini della decorrenza del termine per l'impugnazione dell'atto di adozione del PRG (sentt. n. 449/2014; n. 505/2014) ed è stato definito inammissibile per carenza di interesse il ricorso avverso l'annullamento di un PRG allorché i ricorrenti aspirino ad una *reformatio in melius* (i.e. classificazione migliorativa) dei terreni di loro proprietà rispetto ad una precedente destinazione rimasta invariata e inoppugnata (sentt. n. 591/2014; n. 505/2014). Della **variante allo strumento urbanistico** *ex* art. 5, d.p.r. n. 447/1998 è stato ribadito il carattere eccezionale che rende impossibile, dopo la sua approvazione, di richiedere un autonomo titolo edilizio senza che sia stato dato corso agli ulteriori adempimenti previsti dalla norma (sent. n. 239/2014).

1.4. – AMBIENTE E CAVE

1.4.1. Nella delicata materia della **salvaguardia ambientale**, sempre dibattuta nella nostra Regione, la **legittimazione ad agire** è stata approfonditamente esaminata dalla sentenza n. 135/2014 che ha precisato i limiti del requisito della *vicinitas* in funzione dell'interesse ad agire avverso gli atti di rilevanza ambientale, da incentrare anche nelle temute ripercussioni sul territorio allorché l'immobile del ricorrente sia situato nelle immediate vicinanze dell'impianto. È stata inoltre

precisata la nozione di **impianti di piccola cogenerazione** ai fini dell'estraneità della PAS (procedura abilitativa semplificata) all'art. 6 della convenzione di Aahrus sulla partecipazione del pubblico. È stata infine affermata la natura **obbligatoria della conferenza dei servizi** nei casi in cui occorre acquisire atti di assenso nella materie cd. "sensibili" e **l'impossibilità di applicare il principio di precauzione** a fini meramente protezionistici del territorio, il cui uso deve essere improntato alla **proporzione tra i rischi e cautele** in tutti quei casi in cui i dati scientifici disponibili non consentano una preventiva e completa valutazione, onde bilanciare i contrapposti interessi in gioco (sent. n. 185/2014). È stata altresì affermata la legittimazione ad impugnare gli atti amministrativi incidenti sull'ambiente da parte di **associazioni locali non legittimate** *ex* art. 18 L. n. 349/1986 (sent. n. 37/2014) ed è stata ritenuta ammissibile l'impugnazione di un atto nei casi in cui questo, operando una diversa qualificazione giuridica dell'istanza del privato, comporti una diversa disciplina normativa alla fattispecie (sent. n. 47/2014).

1.4.2. Nella particolare materia delle **cave** è stata affermata l'impossibilità di qualificare come "cava attiva" il giacimento inserito nell'elenco di cui all'all.to 6 del P.R.A.E. della Regione Umbria (elenco delle cave attive) con il codice "R" indicante la situazione di "escavazione ultimata e in fase di ricomposizione" (sent. n. 47/2014). Sono stati inoltre precisati i **presupposti** soggettivi necessari a conseguire l'**autorizzazione all'esercizio dell'attività estrattiva** *ex* LR n. 2/2000, per il soddisfacimento di fabbisogno straordinario derivante dalla realizzazione di grandi opere pubbliche ricadenti in territorio regionale (sent. n. 257/2014) ed è stato ritenuto illegittimo il rigetto della domanda all'esercizio dell'attività estrattiva motivato dalla proprietà in capo a un terzo non richiedente di una piccola porzione dell'area destinata a ricomposizione ambientale (sent. n. 502/2014). Alla luce del criterio comunitario "**chi inquina paga**" è stata ritenuta legittima la delibera di un A.T.I. (Ambito Territoriale Integrato) che aveva inserito nel "prezzo di conferimento" un "ulteriore quoziente" in suo favore, in ragione della sua caratteristica di voce di costo gravante sui rifiuti speciali, da ricondurre alla tariffa di conferimento disciplinata dagli artt. 49 e 41, LR n. 11/2009, e non già di onere supplementare (sentt. n. 528/2014; n. 529/2014).

1.5. – PUBBLICO IMPIEGO

Nonostante gli sforzi delle Sezioni Unite (e non solo) di attrarre la giurisprudenza sul lavoro pubblico nell'ambito del giudice ordinario, le controversie proposte al giudice amministrativo rimangono ancora molteplici e di considerevole interesse e attualità.

1.5.1. Con riferimento al rapporto di **impiego non privatizzato,** è

stata confermata **l'irrilevanza delle mansioni superiori** svolte dal pubblico dipendente (nella specie del **Corpo forestale dello Stato**) ai fini della **progressione della carriera** e dell'inquadramento automatico in diversa maggiore qualifica nonché l'**impossibilità** di applicare l'art. 52, T.U. n. 165/2001 che riconosce il **diritto alle differenze retributive** proprie della qualifica superiore per mansioni temporaneamente svolte (sent. n. 3/2014). È stato però **riconosciuto** (sempre con riferimento all'impiego presso il Corpo forestale dello Stato) il diritto del dipendente alla **monetizzazione delle giornate di riposo aggiuntive** non fruite *ex lege* n. 937/1977 (sent. n. 11/2014). Ancora con riguardo ai suddetti dipendenti, è stata affermata la specialità del requisito richiesto per il trasferimento presso il Centro Operativo Aereo del Corpo, con diniego del richiesto provvedimento in assenza del suddetto requisito (sent. n. 541/2014). Con riguardo al rapporto di impiego presso la **Guardia di Finanza**, è stata **denegata** al militare trasferito **l'indennità di trasferimento e prima sistemazione** nonché l'emolumento previsto per il **trasferimento di autorità**, qualora l'interessato abbia espresso il proprio "gradimento" nei confronti della sede di destinazione (sent. n. 39/2014). Sempre con riguardo agli appartenenti al corpo della Guardia di Finanza sono stati specificati i **presupposti** per il trasferimento richiesto sulla base di "**esigenze straordinarie**" derivanti da gravi situazione di carattere familiare (sent. n. 252/2014). E, quanto al rapporto di impiego degli appartenenti al **Corpo di Polizia Penitenziaria**, ne è stata affermata la sottoposizione alla giurisdizione amministrativa ed è stata **esclusa** la possibilità del riconoscimento dell'**esercizio di fatto di mansioni superiori** *ex* art. 52, co. 5, D.Lgs. n. 165/2001, senza che assuma rilievo la posizione organizzativa rivestita perché militarmente svincolata dal principio della proporzione fra retribuzione al lavoro prestato contenuto nell'art. 36, cost. (sent. n. 91/2014). Relativamente infine all'**Arma dei Carabinieri** è stato specificato - con riferimento all'impiego presso le Forze Armate - il *dies a quo* di costituzione del rapporto nel caso di transito nelle aree del **personale civile del Ministero della difesa** del personale ritenuto **non idoneo al servizio militare** (sent. n. 128/2014). Con riferimento ai provvedimenti di **proscioglimento dalla ferma** *ex* art. 957, co. 1, lett. c) dell'ordinamento militare, è stata ritenuta la validità dell'**esame tossicologico** eseguito secondo il regolamento per l'applicazione delle procedure per gli accertamenti sanitari di assenza di tossicodipendenza o di assunzione delle sostanze stupefacenti o psicotrope (sent. n. 234 /2014). Ancora con riferimento agli obblighi derivanti dall'appartenenza all'ordinamento militare, è stata affermata l'**inesistenza dei presupposti** per l'adozione della sanzione disciplinare del **rimprovero** in caso di **manifestazione del pensiero** avvenuta a titolo personale e a mezzo stampa, nei cui confronti non sia

possibile configurare con sufficiente grado di certezza la trasgressione alle norme di disciplina e di servizio (sent. n. 321/2014).

1.5.2. Considerevole è stato anche il numero delle pronunzie in materia di **riconoscimento della dipendenza da causa di servizio** delle infermità contratte in corso di rapporto. È stata ribadita l'**inapplicabilità**, in tema di **concausa efficiente e determinante** della patologia lamentata, della regola dell'eventualità contenuta nell'art. 41, c.p. ed è stata affermata la **necessità di uno specifico nesso causale** tra la patologia contratta e l'evento da cui è derivata, non potendo il beneficio conseguente al riconoscimento esulare dalla normale attività di servizio prolungata nel tempo (sent. n. 100/2014). E', al proposito, stato ribadito **l'onere** del richiedente di fornire quantomeno **un principio di prova sui fatti** posti a fondamento della domanda come richiesto dagli artt. 63 e 64 c.p.a., in ragione dell'impossibilità del giudice di esercitare i propri poteri "officiosi" dato il carattere dispositivo del processo amministrativo (sent. n. 98/2014). L'opportunità della consulenza tecnica d'ufficio, nella **forma semplificata della verificazione ad opera dell'apposito Organismo** coadiuvato dai consulenti di parte, è stata riconosciuta al fine di accertare la correttezza sotto il profilo tecnico della discrezionalità esercitata dal **Comitato di verifica delle cause di servizio** (sentt. n. 98/2014; n. 100/2014; n. 172/2014; n. 188/2014). Relativamente a quest'ultimo, ne è stata sottolineata la specialità dei poteri di accertamento e la riconducibilità delle cause produttrici di infermità all'attività esercitata e la sua diversità dalla Commissione medica ospedaliera (sent. n. 170 /2014).

1.5.3. Ancora nella materia del riconoscimento della **dipendenza da causa di servizio dell'infermità** con concessione dell'**equo indennizzo**, è stata affermata la necessità che i fatti di servizio assurgano al ruolo di elementi preponderanti ed **idonei ad influire sul determinismo del male** nel senso che, in loro difetto, questo non si sarebbe aggravato o non sarebbe neanche insorto (sent. n. 515/2014), è stata ribadita l'**efficacia vincolante** per l'amministrazione del parere adottato dal **Comitato di verifica** (sent. n. 361/2014) ed è stata ribadita la **potestà del giudice** di valutare l'apprezzamento tecnico-discrezionale dell'amministrazione anche avvalendosi di (consulenza tecnica d'ufficio) idonea verificazione in contraddittorio (sentt. n. 359/2014; n. 360/2014). È stato infine dichiarato il difetto di legittimazione passiva del Ministero dell'economia e delle finanze nelle controversie aventi ad oggetto il diniego di riconoscimento della dipendenza da causa di servizio della infermità sofferta (sent. n. 359 /2014).

1.5.4. Nel settore del **pubblico impiego privatizzato** è stata ribadita, per la particolare materia del **bando per progressioni verticali**, l'**inesistenza dell'obbligo di impugnazion**e delle clausole che non

siano a carattere escludente o che non impongano oneri assolutamente sproporzionati, tali da impedire la partecipazione (sent. n. 75/2014); in relazione ai **posti disponibili**, è stato affermato l'obbligo dell'amministrazione di utilizzare le graduatorie degli idonei nei precedenti concorsi che recede solo in presenza di speciali discipline di settore, di particolari circostanze di fatto o di ragioni di pubblico interesse prevalenti da motivare specificamente (sentt. n. 44/2014; n. 581/2014); in relazione alla **riserva di posti** in favore di particolari categorie, è stata ritenuta la sua inapplicabilità, qualora il bando preveda un solo posto da coprire, potendo l'appartenenza alle categorie protette essere fatta esclusivamente valere come diritto di precedenza / preferenza a parità di punteggio (sentt. n. 183/2014; n. 184/2012); in relazione all'**ammissione dei candidati**, è stata precisata la valutazione caso per caso dell'equipollenza fra titoli di studio (sent. n. 15/2014); in relazione alla **nomina della commissione giudicatrice**, è stato addotto l'obbligo di far precedere la scelta dei componenti alla scadenza del termine di presentazione delle domande di partecipazione (sent. n. 70/2014); in relazione ai **criteri e alle modalità di valutazione delle prove**, è stato ritenuto l'obbligo di stabilirli nella prima riunione e di formalizzarli nei verbali (sent. n. 612 /2014); in relazione all'operato delle **commissioni esaminatrici**, è stata confermata la legittimità del voto numerico attribuito anche in assenza di motivazione (sentt. n. 498/2014; n. 444/2014) con la sola **deroga** nell'ipotesi in cui il **contrasto tra i punteggi** attribuiti dei componenti della commissione sia rilevante al punto tale da configurare una contraddittorietà intrinseca nel giudizio complessivo (sent. n. 612 /2014); ed è stata ritenuta la sufficienza della garanzia della determinazione delle domande da formulare nella prova orale ad opera della commissione anche quando il regolamento di un ente non preveda l'estrazione a sorte dei relativi criteri (sent. n. 612/2014); in relazione alla **seduta** della commissione, è stata stabilita la sua **regolarità**, anche con la presenza alla prova orale di candidati che non l'abbiano ancora sostenuta (sentt. n. 443/2014; n. 444/2014); in relazione alla potestà dell'amministrazione sulla graduatoria, è stata affermata la sua sussistenza anche dopo l'approvazione del provvedimento, di apportare modificazioni allorché necessarie a seguito della verifica della regolarità della documentazione prodotta dall'interessato (sent. n. 86/2014); in relazione alla **regola dell'anonimato**, è stata ribadita la necessità che, per ritenerne integrata la violazione, sussistano le condizioni dell'idoneità del segno di riconoscimento e dell'uso intenzionale del medesimo (sent. n. 585/2014).

1.6. – PROCEDURE DI GARA

Anche nella nostra Regione, la trattazione più significativa delle

procedure di gara si è incentrata sul *dies a quo* di decorrenza dei termini per la proposizione del ricorso, sui requisiti di partecipazione e sulle vicende successive all'annullamento dell'aggiudicazione. Spesse volte le questioni sostanziali si sono intrecciate in maniera quasi inscindibile a quelle processuali. Se si pensa all'intera struttura codicistica, le controversie concernono pochissime disposizioni e questo pone seri dubbi sull'utilità del codice e del successivo regolamento di attuazione.

1.6.1. La valenza della **pubblicazione del bando** sotto il profilo del **decorso del termine d'impugnazione** è stata oggetto di attenzione nella sentenza n. 94/2014 che ha qualificato **obbligatoria la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale** e mera pubblicità - notizia quella sulla Gazzetta Ufficiale delle comunità europee che opera quale requisito di legittimità del procedimento di gara per gli appalti di importo superiore alla soglia comunitaria. Quanto al termine per l'impugnazione dell'intera procedura di gara, ne è stata confermata la **decorrenza con la comunicazione dell'aggiudicazione definitiva** *ex* art. 79, co. 5, lett. a) D.Lgs. n. 163/2006 (sent. n. 274/2014). È stato confermato nella stessa sede il carattere dell'**informativa** *ex* art. 243-bis del Codice di **strumento di risoluzione alternativa** delle controversie che non incide in alcun modo sulla decorrenza del termine per impugnare. È stato inoltre affermato che l'informativa **non determina alcuna piena conoscenza degli atti di gara**, occorrendo spesso procedere all'accesso postumo per percepire l'effettiva lesività degli atti di gara e produrre motivi aggiunti con il rischio di coltivare un ricorso infondato come spesso avviene nella prassi dei cd. "ricorsi al buio" anch'essi soggetti alla condanna alle spese di lite temeraria (sent. n. 448/2014). L'**inidoneità della sola "presa visione"** dei provvedimenti impugnati a **far decorrere il termine** decadenziale, per l'impossibilità di spiegare idonea censura, è stata ribadita nella decisione n. 553/2014.

1.6.2. L'**interesse** della partecipante non aggiudicataria ad impugnare l'**esclusione di un'impresa terza** nel caso in cui la sua eventuale ammissione avrebbe comportato il ricalcolo della soglia di anomalia è stato riaffermato nella sentenza n. 51/2014. Nella stessa sede è stato affermato il **difetto d'interesse** ad impugnare l'aggiudicazione della gara qualora la ricorrente abbia **omesso di chiedere l'inefficacia del contratto** medio termine stipulato, il subentro nello stesso o comunque il risarcimento del danno, per **l'impossibilità di avanzare separatamente l'analoga richiesta**, dato il carattere decadenziale del termine *ex* art. 30, co. 3, c.p.a.. Nella particolare ipotesi dell'**insostenibilità dell'offerta** dell'aggiudicataria, è stata ritenuta l'**esistenza dell'interesse** a ricorrere anche quando il punteggio della ricorrente, per effetto dell'accoglimento del ricorso, non superi quello dell'aggiudicataria (sent. n. 275/2014). È stato poi confermato il sopravvenuto difetto d'interesse a

ricorrere dopo l'annullamento in autotutela della aggiudicazione definitiva (sent. n. 93/2014). È stato infine ritenuto esistente l'interesse ad agire nel caso in cui il ricorso fosse diretto, in via meramente strumentale, alla rinnovazione della procedura di gara (sent. n. 230/2014).

1.6.3. In relazione alle **modalità di scelta del contraente**, è stata precisata la possibilità, nel **sistema dinamico di acquisizione**, di presentare - dopo la pubblicazione del bando – l'offerta indicativa necessaria per essere ammessi al sistema (sent. n. 94/2014); è stata poi riaffermata la necessità, anche nei **contratti cd. "esclusi"** che l'affidamento, ai sensi dell'art. 27 cod. contr. pubbl. avvenga all'**esito di una gara** in cui siano invitati almeno cinque concorrenti e che, in ogni caso, sia dato conto dell'**urgenza estrema** dovuta ad eventi imprevedibili che giustificano il ricorso alla procedura negoziata *ex* art. 57, co. 2, lett. c) D.Lgs. n. 163/2006 (sent. n. 553/2014). È stata poi **esclusa la possibilità** della partecipante alla gara di **avvalersi "*in toto*"**, ai fini della dimostrazione del possesso **della SOA, di quella appartenente ad altro soggetto** anche in mancanza di indicazione in tal senso nel bando di gara (sent. n. 374/2014). È stata infine ritenuta la necessità del concorrente di **comprovare** in sede di gara l'**idoneità dei prodotti offerti** (sent. n. 611/2014).

1.6.4. Con riferimento al contenuto del bando di gara, è stata precisata la fattispecie di **illegittima commistione fra requisiti di ammissione alla gara ed elementi di valutazione dell'offerta** ed esclusa da siffatta commistione la certificazione europea ISO 9001, perché attinente alla dimostrazione dei requisiti di professionalità e al possesso degli standard qualitativi (sent. n. 228/2014); è stato altresì ritenuto illegittimo un bando di gara che prevedeva per i partecipanti una differente modalità di comunicazione della revoca della procedura di gara (sent. n. 299/2014). È stata inoltre ritenuta **ammissibile** perché non difforme dal bando di gara, l'**offerta contenuta in una "modulistica"** proveniente dalla stessa società che aveva prestato la garanzia fideiussoria (sent. n. 427 /2014). È stata poi rilevata la possibilità da parte del giudice di **disapplicare, ove non impugnata, la prescrizione del bando** che richiedeva la sottoscrizione, pagina per pagina, dell'offerta (sent. n. 565/2014). È stata infine affermata la **nullità** ai sensi dell'art. 41bis, D.Lgs. n. 163/2006 della clausola della *lex specialis* che richiedeva, a pena di esclusione, la produzione di una referenza bancaria contenente l'**impegno della Banca a concedere una linea di credito dedicata** all'esecuzione dell'appalto.

1.6.5. Per ciò che attiene all'esclusione del concorrente dalla gara per **violazione dell'articolo 38, D.Lgs. n. 163/2006**, ne è stata privilegiata l'interpretazione "sostanzialistica". È stato così ritenuto **insussistente l'obbligo** di dichiarare nella domanda di partecipazione le **condanne**

per reati depenalizzati ovvero estinti dopo la condanna (sent. n. 447 /2014); è stato affermato l'**obbligo dell'amministratore** anche nelle concessione dei pubblici servizi di **rendere le dichiarazioni** previste dal comma 1, lett. c) cod. contr. pubb. (sent. n. 133/2014) ed è stata ritenuta la necessità che le relative **dichiarazioni** provenienti dagli amministratori muniti di rappresentanza e dai direttori tecnici **intervengano singolarmente per ciascuno degli interessati**, per insufficienza di quella collettiva rimessa al legale rappresentante (sent. n. 282/2014). L'**esclusione del concorrente** è stata altresì pronunziata in caso di **certificazione di qualità non attinente allo specifico oggetto dell'appalto** perché anch'essa attinente i requisiti di partecipazione (sent. n. 228 /2014).

1.6.6. In relazione all'operato della Commissione di gara, è stata affermata **l'incompatibilità a partecipare alla Commissione** di un componente che, anteriormente alla gara aveva svolto all'interno della stazione appaltante una funzione relativa allo specifico contratto (sent. n. 427/2014). È stato ritenuto che **l'arrotondamento**, nella fase di individuazione dell'offerta più bassa e di esclusione delle offerte ricadenti automaticamente oltre la soglia dell'anomalia, possa essere consentito solo qualora espressamente previsto dalle norme speciali di gara (sent. n. 93/2014). È stato confermato l'**obbligo di apertura in seduta pubblica anche delle buste contenenti l'offerta tecnica** (sent. n. 233/2014). In considerazione dei criteri recati dal bando e della loro divisione in "sottovoci" sono stati discriminati i casi in cui la **commissione di gara può attribuire ai punteggi in forma numerica** (sent. n. 274 /2014). È stato ribadito il **potere discrezionale della commissione di gara** nella valutazione delle offerte che può essere impugnata solo in caso di macroscopiche illegittimità (sent. n. 258/2014). È stato affermato che, ai sensi dell'art. 84, co. 12, D.Lgs. n. 163 2006, la **stazione appaltante non è tenuta a riconvocare la medesima commissione** potendo optare per la nomina di un nuovo organo e sono stati specificati i casi in cui la stazione appaltante può, nella scelta dei commissari di gara fare ricorso *all'outsourcing"* (sent. n. 539/2014).

1.6.7. In tema di aggiudicazione è stato ribadito che, **l'aggiudicazione provvisoria**, in quanto atto procedimentale interinale non è idonea ad ingenerare un affidamento qualificato e che il meccanismo previsto dall'art. 12 cod. contr. pubbl. **non equivale ad aggiudicazione definitiva** e non preclude l'autotutela che rimane esperibile sino alla stipulazione del contratto (sent. n. 565/2014). È stato poi ritenuto che la **comunicazione di stipula del contratto** *ex* art. 79, lett. b-ter) D.Lgs. n. 163/2006 sia fatta anche al precedente affidatario del servizio che fruisce, in caso di inadempimento, di una proroga del termine d'impugnazione (sent. n. 370/2014). Nella particolare materia **dell'an-**

nullamento dell'aggiudicazione, è stata ribadita l'**esistenza** in capo al giudice ai sensi degli artt. 121 e 122 c.p.a. del **potere di valutare l'opportunità della dichiarazione d'inefficacia del contratto** pur in presenza dell'illegittimo affidamento in ragione dell'interesse generale (sent. n. 553/2014).

1.7. – CODICE DEL PROCESSO

1.7.1. Con specifica attinenza alla materia processuale, è stato preso in considerazione l'**ordine di esame delle questioni e dei motivi** prospettati nel ricorso ed è stata confermata la necessità che le questioni di rito precedano quelle di merito, nel novero delle quali è stata compresa l'**indicazione delle parti del servizio da imputare a ciascun operatore** del raggruppamento (sent. n. 186/2014). Oggetto di specifico esame è stato il **rapporto fra ricorso principale e ricorso incidentale** cd. "escludente" le cui questioni sono state affrontate alla luce dell'ipotesi in cui l'accoglimento dell'incidentale non preclude l'esame del ricorso principale come delineato dalla giurisprudenza nazionale e comunitaria (sentt. n. 186/2014; n. 187/2014).

1.7.2. Con riferimento alla **decorrenza dei termini**, è stata esaminata la fattispecie dell'impugnazione dell'**atto sottoposto a pubblicazione** nell'albo pretorio *ex* art. 124 TUEL (sent. n. 81/2014) e quella della decorrenza del **termine quinquennale** *ex* art. 2043 c.c. relativamente alle azioni risarcitorie promosse nel periodo anteriore al cod. proc. amm., decorrenza individuata nel **passaggio in giudicato** della sentenza di annullamento (sentt. n. 87/2014; n. 589/2014). Il computo dei termini perentori *ex* art. 73 c.p.a. decorrente dall'udienza in cui la causa viene effettivamente in decisione, è stato affermato nella decisione n. 221/2014. Sono stati, al proposito, **considerati tardivi** e, pertanto, *tamquam non essent* i **documenti prodotti una volta decorsi i predetti termini** (sent. n. 567/2014). Analogamente tardiva è stata dichiarata l'impugnazione di un provvedimento la cui piena conoscenza è stata indiscutibilmente provata (sent. n. 271/2014).

1.7.3. In relazione all'**interesse e alla legittimazione ad agire**, è stato puntualizzato il permanere dell'interesse alla decisione qualora sia stata manifestata la volontà di **convertire l'azione di annullamento in azione di accertamento a fini risarcitori**, non essendo più possibile il conseguimento del bene della vita (sent. n. 206 /2014). È stato altresì affermato l'interesse al ricorso finalizzato al **conseguimento della miglior posizione in graduatoria** anche in caso di sopravvenuto divieto di procedere a nuove assunzioni nel pubblico impiego (sent. n. 443/2014). È stato, infine, **escluso** con riferimento all'art. 34, co. 3, c.p.a., che l'interesse risarcitorio per una decisione di merito di un ricorso non più sorretto dall'interesse all'annullamento possa essere utilmente mani-

festato con **la riserva di separata azione**, all'esito del giudizio (sent. n. 143 /2014). In applicazione del **principio di non contestazione** è stata poi dichiarata la sopravvenuta carenza di interesse all'annullamento allorché il ricorrente **non si sia opposto all'eccezione di acquiescenza** avverso la delibera, antecedente quella impugnata, che abbia definitivamente consolidato le destinazioni impresse a un'area privata da una variante al PRG (sent. n. 272/2014). La posizione dell'**Amministrazione** che ha emanato l'atto di conclusione del procedimento, quale unico **soggetto legittimato passivo** nell'azione impugnatoria, è stata riconosciuta dalla sentenza n. 213/2014 che ha **escluso la legittimazione a contraddire** nei confronti degli altri organi ed enti che, a diverso titolo abbiano partecipato al procedimento (cfr. anche sent. n. 214/2014). Il carattere **non provvedimentale della delibera** della regione che **invita** un comune a convocare tutti gli altri facenti parte dello stesso ambito territoriale per l'individuazione della stazione appaltante - con conseguente difetto della legittimazione a ricorrere contro di essa in capo alla società a partecipazione comunale attuale gestore del servizio - è stato riconosciuto dalla sentenza n. 407/2014.

1.7.4. Nel caso di ricorso fondato su una molteplicità di censure e del ricorrente che non abbia tempestivamente provveduto ad **integrare il contraddittorio** nei confronti di tutti i controinteressati, è stata ritenuta l'**improcedibilità dei soli motivi incidenti gli interessi dei controinteressati pretermessi** (sent. n. 235/2014). Nell'**integrazione del contraddittorio dichiarata improcedibile** *ex* art. 49 c.p.a. perché l'atto non era stato tempestivamente notificato e depositato nei termini indicati dal Collegio, è stato riconosciuto il beneficio della rimessione in termini qualora sia stato comunque osservato il termine generale per il deposito degli atti processuali previsto dall'art. 45 c.p.a. (sentt. n. 443/2014; n. 444/2014).

1.7.5. L'**azione risarcitoria** è stata oggetto di considerazione quanto all'ammissibilità, nella decisione n. 442/2014 che ne ha denegato la ricorrenza, in assenza della violazione delle regole di imparzialità correttezza e buona fede dell'azione amministrativa e nella sentenza n. 206/2014, che ha rigettato la corrispondente domanda, in **assenza di prova del nesso eziologico tra la condotta materiale e l'evento**, specificando il rapporto dell'art. 30 c.p.a. con l'art. 1227 c.c. concernente il fatto colposo del creditore e precisando l'enucleazione del criterio di liquidazione del lucro cessante.

1.7.6. Nella materia dell'**ottemperanza**, è stata riconosciuta l'inapplicabilità della condanna alla penalità di mora (cd. "*astrainte*") che non trova applicazione nel caso di provvedimenti di condanna al pagamento di somme di denaro in quanto la sua funzione è quella di incentivare l'esecuzione di condanne di fare o non fare infungibili (sentt. n. 295/2014;

n. 298/2014). Ne è stata successivamente affermata l'applicabilità anche alle decisioni di condanna al pagamento di somme di danaro salvo che il giudice ne ravvisi l'iniquità manifesta o la sussistenza di altre ragioni ostative (sentt. n. 520/2014; n. 521/2014). Quanto agli **atti emanati successivamente al passaggio in giudicato della sentenza**, è stato confermato che possono considerarsi emessi in violazione del giudicato solo quando da quest'ultimo derivi un obbligo talmente puntuale che la sua esecuzione si concreti nell'adozione di un atto il cui contenuto sia integralmente desumibile dalla sentenza (sentt. n. 521/2014; n. 546/2014; n. 619/2014). È stata pertanto riconosciuta non elusiva del giudicato l'attività di esecuzione di una sentenza che prospetti un'obbligazione alternativa *ex* art. 1285 c.c. (sent. n. 551/2014).

1.7.7. Relativamente agli ulteriori problemi processuali, è stato dichiarato **inammissibile il ricorso notificato al domicilio reale** dell'amministrazione statale e non all'Avvocatura dello Stato (sent. n. 250/2014); è stata ritenuta idonea per il giudizio amministrativo la **procura rilasciata al difensore** per la tutela dei diritti dinanzi al **giudice ordinario** (sent. n. 547/2014); è stato affermato, in materia di ***traslatio iudicii*** a seguito di difetto di giurisdizione che la riassunzione del giudizio deve essere limitata al *petitum* e alla *causa petendi* originariamente formulati (sent. n. 605/2014); è stata ritenuta **irregolare** e non nulla la notificazione dell'atto introduttivo del giudizio diretta all'originaria azienda pubblica soggetta ad incorporazione non quella incorporante (sent. n. 42/2014).

1.8. – RIPARTO DI GIURISDIZIONE

1.8.1. Sul tema, sempre dedicato, della giurisdizione, il maggior numero di pronunzie ha riguardato la **corretta applicazione delle disposizioni in materia di concessione dei benefici economici** e i requisiti necessari per la concessione del contributo. Secondo il principio tracciato, è soggetta alla giurisdizione del **giudice amministrativo** la **contestazione**, da parte dell'amministrazione, dei **requisiti per la concessione del contributo** in quanto costituisce esercizio di potere discrezionale (sentt. n. 223/2014; n. 251/2014) mentre è devoluta al **giudice ordinario** la cognizione della **domanda del beneficiario** che ne chieda la **concreta erogazione** subito dopo la formulazione della graduatoria dei progetti finanziabili (sent. n. 380/2014) e la domanda dell'amministrazione di **restituzione del contributo** in caso di **revoca del beneficio** allorché sia contestato l'inadempimento degli obblighi assunti con la domanda (sentt. n. 48/2014; n. 420/2014; n. 422/2014; n. 462/2014; n. 467/2014; n. 555/2014).

1.8.2. Nella **materia edilizia** è stato dichiarato il **difetto di giurisdizione** sulla domanda di risarcimento del danno derivante da illegit-

tima occupazione temporanea di aree non soggette all'esproprio (sent. n. 49/2014) sugli atti di revoca, decadenza e risoluzione assunti nella fase del rapporto fra amministrazione assegnatari di lotti di terreno facente parte di un PIP (sent. n. 372/2014), sull'interpretazione delle clausole inserite nelle convenzioni di lottizzazione (sent. n. 405/2014).

1.8.3. Nella materia dell'impiego e, più in generale, del **lavoro pubblico**, è stata devoluta al **giudice ordinario** la controversia sulla **ricostruzione di carriera** di un docente universitario che lamentava il ritardato inserimento nell'espletamento delle attività assistenziali (sent. n. 237/2014) mentre è stata ritenuta soggetta al **giudice amministrativo** la domanda di accertamento del **diritto a percepire l'assegno personale** proposta da un appartenente al Corpo di Polizia Penitenziaria transitato nel ruolo amministrativo del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria (sent. n. 248/2014). È stata invece dichiarata la giurisdizione dell'AGO sui provvedimenti di iscrizione e di permanenza nelle liste dei disoccupati (sent. n. 593/2014).

1.8.4. Nella materia dei **servizi pubblici** è stata devoluta al G.O. la controversia sulla procedura di selezione del personale delle aziende di servizi pubblici locali a capitale interamente pubblico (sent. n. 85/2014) e quella relativa all'impugnazione dell'ordinanza sindacale di rilascio di un alloggio di edilizia residenziale pubblica (sentt. n. 251/2014; n. 261/2014). È stato infine ritenuto soggetto alla giurisdizione del giudice amministrativo l'accordo stipulato *ex* art. 15, co. 4, LR n. 11/2009, in tema di gestione integrata dei rifiuti.

1.8.5. Per la particolarità delle relative vicende, si segnala infine l'individuazione del **G.O. quale competente** a conoscere dei provvedimenti sulla speciale elargizione prevista dall'art. 1. L. n. 302/1990 a favore delle **vittime del terrorismo e della criminalità organizzata** (sent. n. 613/2014) e dell'**ordine del magistrato di sorveglianza impartito all'Asl** di erogare le cure odontoiatriche e di accollarsi le relative spese, in considerazione del diritto alla salute le cui controversie sono riservate al giudice ordinario e del carattere giurisdizionale e non provvedimentale della decisione con cui il giudice di sorveglianza accoglie il reclamo avverso il diniego dell'azienda sanitaria di accollarsi le corrispondenti spese (sent. n. 300/2014).

1.8.6. Sulla scorta dell'individuazione degli elementi che differenziano dai contratti di diritto comune gli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento, è stata riconosciuta proponibile innanzi al giudice amministrativo la domanda con cui **l'amministrazione chieda l'esatto adempimento** *ex* art. 1435 c.c. **dell'obbligo di acquisto della proprietà di beni pubblici assunto dal contraente privato** (sent. n. 59/2014).

1.8.7. È stata infine riconosciuta la competenza del giudice **ammini-**

strativo sulla **domanda risarcitoria da occupazione divenuta *sine titulo*** in conseguenza dell'espunzione dall'ordinamento degli istituti dell'occupazione usurpativa e acquisitiva (sent. n. 41/2014).

2. ALTRE MATERIE

2.1. – ACCESSO

Sono state ritenute ostensibili le **informazioni ambientali** *ex* art. 12, D.Lgs n. 195/2015 allorché dalla documentazione acquisita emerga comunque l'esistenza del documento richiesto (sent. n. 300/2014).

2.2. – TRIBUTI E ORGANIZZAZIONE UFFICI TRIBUTARI

È stata ritenuta **legittima la cartella di pagamento** contenente l'erronea indicazione del giudice innanzi al quale proporre ricorso ed è stata ritenuta correttamente motivata la cartella di pagamento priva di motivazione ma recante la corretta individuazione dei "codici tributo" (sent. n. 349/2014). La notifica di una o più cartelle di pagamento di importo superiore ai € 10.000 *ex* art. 48 *bis*, DPR n. 602/1973 è stata ritenuta preclusiva al pagamento del danno da ritardo giudiziario, in caso di inadempienza del ricorrente (sent. n. 411/2014). In relazione al **recupero di somme indebitamente corrisposte**, è stata riaffermata l'inesistenza dell'obbligo di motivazione e l'impossibilità di disporre recupero delle relative somme al lordo delle ritenute fiscali assistenziali, fermo restando l'onere di non gravare il dipendente con modalità eccessivamente onerose (sent. n. 3/2014). Sempre in tema di **pagamenti**, è stato affermato per le amministrazioni pubbliche di verificare, prima di versare qualsiasi somma superiore ai € 10.000 in favore del privato, se il beneficiario sia inadempiente all'obbligo di versamento derivante dalla notifica di cartelle di pagamento (sent. n. 23/2014).

2.3. – MISURE DI PREVENZIONE E SICUREZZA

È stata confermata la natura di misura di polizia del **foglio di via obbligatorio** che presuppone un giudizio prognostico, ampiamente discrezionale di pericolosità per la sicurezza pubblica che prescinde dall'accertata commissione di un reato (sent. n. 177/2014). Del foglio di via obbligatorio è stata altresì ritenuta **sufficiente la motivazione** ove gli indici di pericolosità siano stati dedotti anche da valutazioni indiziarie fondate su circostanze di portata generale e di significato tendenziale, specie quando concernano la scarsa affidabilità alla guida per l'uso di sostanze stupefacenti (sent. n. 273/2014). Per il provvedimento di **sospensione dell'attività di un esercizio pubblico** da parte del prefetto, lo smercio di bevande alcoliche oltre l'orario consentito è stato

ritenuto sufficiente a individuare il ricorrere dei gravi indizi di violazione dell'art. 6, co. 2, D.L. n. 117/2007 (c.d. "decreto della prevenzione delle stragi del sabato sera").

2.4. – STRANIERI

In tema di **rilascio o rinnovo del permesso di soggiorno** e del possesso dei requisiti necessari, è stata precisata la necessità dell'assenza in capo al richiedente di condanne penali, in particolare di quelle inerenti i reati sullo spaccio di sostanze stupefacenti (sent. n. 171/2014) e la necessità di dimostrare un determinato livello di autosufficienza finanziaria (sent. n. 178/2014). Con particolare riferimento alla fattispecie dei **vincoli familiari** sono state esaminate le fattispecie in cui può essere impedito l'allontanamento del cittadino non appartenente alla U.E. (sent. n. 179/2014) ed è stato dichiarato illegittimo il diniego del permesso di soggiorno del cittadino *ex*tracomunitario basato sul riferimento ad una condanna penale di lieve entità senza tener conto dei vincoli familiari (sent. n. 303/2014). È stata invece ritenuta **legittima la revoca del permesso di soggiorno** dello straniero condannato per uno dei reati *ex* art. 9, commi 4 e 9 D.Lgs. n. 286/1998 (sent. n. 345/2014) e quella disposta in autotutela dell'amministrazione in conseguenza delle dichiarazioni mendaci dell'interessato effettuate in sede di rilascio del provvedimento (sent. n. 318/2014). Nell'ipotesi dell'istanza di **emersione del lavoro irregolare** *ex* art. 5, D.Lgs. n. 109/2012, il criterio motivazionale individuato si incentra sulle circostanziate e puntuali ragioni volte a dimostrare la carenza dell'indispensabile requisito del rapporto lavorativo effettivo (sent. n. 46/2014). È stata perciò denegata l'emersione richiesta dallo straniero con il passaporto scaduto (sent. n. 150/2014) e quando il richiedente si sia rifiutato di rispondere alle domande degli agenti accertatori e si sia dimostrato reticente (sent. n. 345/2014).

2.5. – ARMI

Della **revoca dell'autorizzazione al porto d'armi** è stata affermata la finalità di prevenzione di fatti lesivi della pubblica sicurezza che può essere sufficientemente sorretto anche da valutazioni della capacità di abuso fondate su considerazioni probabilistiche. È stato così considerato legittimo il diniego basato sulla semplice denuncia di reato all'autorità giudiziaria (sentt. n. 89/2014; n. 319/2014; n. 495/2014; n. 583/2014; n. 606/2014; n. 617/2014) senza che il ritiro della denuncia penale possa costituire fatto ostativo alla predetta valutazione (sent. n. 433/2014) ma salvo che dalla stessa non sia dato evincere precisi elementi di fatto da cui desumere la pericolosità (sent. n. 90/2014). L'urgenza del relativo provvedimento giustifica **l'esonero dall'avviso di avvio del procedimento** *ex* art. 7, L. n. 241/1990 (sentt. n. 465/2014; n. 468/2014). È stata

infine ritenuta **legittima la revoca della licenza di porto di fucile per uso caccia** nei confronti di un soggetto che non susciti obiettivo affidamento di non abusarne, indipendentemente dalla verificazione di fatti specifici (sent. n. 432/2014).

2.6. – REVOCA PATENTI DI GUIDA

È stata ritenuta illegittima la **revoca della patente di guida** allorché quanto comunicato dagli accertatori diverga dalla contestazione contenuta nel provvedimento di revoca (sent. n. 74/2014).

2.7. – CACCIA

È stata affermata la **legittimazione delle associazioni ambientaliste** ad impugnare gli atti in materia di protezione della fauna selvatica e di identificazione delle specie selvatiche escluse dalla caccia ed è stata precisata la natura dell'I.S.P.R.A. quale organo scientifico e tecnico con funzioni di supporto e consulenza allo Stato, Regioni ed Enti locali, senza alcun potere di sostituzione ai competenti organi amministrativi nelle scelte in materia di calendario venatorio specie cacciabili (sent. n. 450/2014).

2.8. – FARMACIE

È stata precisata l'applicabilità dell'art. 48, co. 29 D.L. n. 269/2003 regolante il **conferimento delle sedi farmaceutiche vacanti** mediante l'utilizzo dell'apposita graduatoria (sent. n. 454/2014), è stato specificato che l'art. 202 R.D. n. 1265/1934 (T.U. leggi sanitarie) consente l'**esercizio cumulativo di professioni e arti sanitarie**, fatta eccezione per l'esercizio della farmacia (sent. n. 421/2014) ed è stata chiarita la portata dell'**atto di assenso** dell'Asl e dell'ordine professionale di farmacisti nel **procedimento di individuazione di nuove sedi farmaceutiche**, con riferimento alla possibilità che lo stesso sia intervenuto successivamente all'individuazione della nuova sede (sent. n. 129/2014). È stata infine ritenuta legittima l'esclusione di una società con l'oggetto sociale incompatibile con la gestione della farmacia dalla gara preordinata alla concessione di una farmacia comunale (sent. n. 526/2014).

2.9. – MONOPOLI

È stata confermata, in tema di **valutazione** da parte dell'amministrazione autonoma dei monopoli di Stato delle **domande di autorizzazione alla vendita di prodotti del monopolio**, la regola secondo cui non devono essere assentite duplicazioni del medesimo servizio ed è stato affermato che la valutazione deve contemperare l'interesse pubblico alla tutela dei consumatori con quello alla salvaguardia degli introiti dell'amministrazione finanziaria (sent. n. 320/2014).

2.10. – BENI PUBBLICI E DEMANIO

La necessità di indire un procedimento ad **evidenza pubblica** per la **concessione di terreni di proprietà comunale**, in applicazione dei principi di trasparenza, eguaglianza e non discriminazione, a fronte dei quali è del tutto recessivo l'interesse del contraente uscente è stata affermata nella decisione n. 549/2014. Sono stati precisati i presupposti della "**sdemanializzazione**" di una **strada vicinale ad uso pubblico** (sent. n. 323/2014) ed è stata affermata l'impossibilità di ricondurre alla mancata approvazione del piano regolatore cimiteriale i danni subiti in occasione di cappelle funerarie regolarmente autorizzate (sent. n. 615/2014).

2.11. – CONTRIBUTI PUBBLICI

È stata affermata la necessità, ai fini dell'**ammissione agli aiuti** previsti a favore degli agricoltori dal regolamento 92/2078/CEE, che l'interessato dimostri, secondo la disciplina prevista nella D.G.R. n. 130/1999, di avere la **disponibilità dei terreni** oggetto di intervento in forza di contratto di affitto regolarmente registrato (sent. n. 126/2014).

2.12. – ATTI AMMINISTRATIVI IN GENERE

È stato riaffermato il carattere **endoprocedimentale** dell'**avviso di avvio del procedimento** *ex* art. 7, L. n. 241/1990 (sent. n. 64/2014) e ne è stata ritenuta la necessità in caso di provvedimento di annullamento d'ufficio di un titolo edilizio (sent. n. 582/2014). È stata considerata legittima la **comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza** *ex* art. 10*bis*, L. n. 241/1990 anziché dei provvedimenti in autotutela *ex* art. 21*nonies*, qualora non siano mai stati emanati provvedimenti definitivi sull'istanza di condono presentata dal privato (sent. n. 453/2014). È stato più in generale ribadito l'obbligo dell'amministrazione di **valutare di volta in volta l'esistenza dell'interesse** all'annullamento dell'atto illegittimo diverso dal semplice ristabilimento della legalità violata e di comparare gli interessi dei destinatari del provvedimento dei controinteressati (sent. n. 64/2014) e riaffermata l'inconfigurabilità dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere sull'istanza di riesame qualora esso non sia previsto sul piano sostanziale (sent. n. 599/2014). La **leale cooperazione procedimentale** è stata ritenuta oggetto di un vero e proprio onere desumibile dall'art. 6, lett. b) L. n. 241/1990 anche a carico del privato che deve integrare la documentazione necessaria al rilascio di un provvedimento con quella in suo possesso, ove richiesto. Sulla scorta dello stesso criterio è stato fatto decorrere il **termine dell'impugnazione** di un atto dalla sua piena conoscenza (sent. n. 497 /2014) salvo che l'interessato abbia ottenuto

aliunde corrispondenti forme di comunicazione (sent. n. 211/2014). Sono stati individuati gli elementi che differenziano **gli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento** dai contratti di diritto comune ai fini dell'esatto adempimento dell'obbligo di acquisto della proprietà di beni pubblici assunti dal contraente privato (sent. n. 59/2014). È stato precisato il **potere del sindaco**, in veste di ufficiale di governo di assumere ordinanze contingibili urgenti *ex* art. 54 TUEL solo quando si tratti di affrontare situazioni di carattere eccezionale e imprevedibile costituenti concreta minaccia per la pubblica incolumità (sent. n. 517/2014). È stata infine precisata la sindacabilità soltanto in punto di **legittimità e non di merito** delle ordinanze contingibili urgenti ai sensi dell'art. 134 c.p.a.

2.13. – RICOSTRUZIONE POST SISMA

In tema, è stata riconosciuta la legittimità dell'OPCM n. 3853/2010 sull'**erogazione dei contributi di prima sistemazione** in seguito al sisma del 2009 e dei conseguenti provvedimenti commissariali comunali sulla differenza di posizione dei proprietari da quella degli affittuari danneggiati dal terremoto (sent. n. 220/2014) ed è stato ritenuto il commissario acquirente attivamente legittimato alla presentazione della domanda di contributo *ex* art. 4, co. 4, L. n. 61/1998.

2.14. – ESPROPRIAZIONI

Nei procedimenti relativi alle infrastrutture strategiche è stata sottratta all'obbligo di comunicazione al proprietario la data in cui è divenuto efficace l'atto di approvazione del progetto definitivo per le espropriazioni relative alle infrastrutture strategiche, in considerazione della loro prevalenza sul sistema di pubblicità legale (sent. n. 371/2014) ed è stato ribadito il **contrasto con il protocollo addizionale CEDU** dell'**usucapibilità dei beni illecitamente occupati** dall'amministrazione onerata al risarcimento del danno commisurato al valore del bene illecitamente occupato (sent. n. 41/2014). È stata inoltre precisata la nozione di **vincolo preordinato all'esproprio**, dal quale devono essere esclusi i vincoli che consentano l'iniziativa privata o quella promiscua pubblico-privata (sent. n. 97/2014) ed è stata chiarita la nozione di **accordo sottoscritto tra il privato e un comune** con il quale quest'ultimo si impegna al rilascio del titolo edilizio per la realizzazione di interventi residenziali previsti in un piano particolareggiato in cambio della cessione a titolo gratuito di un'area da destinare a parcheggio pubblico nell'ambito del quale è ammissibile nel contratto preliminare atipico di cessione bonaria (sent. n. 238/2014).

2.15. – ORGANIZZAZIONE SANITARIA E ASSISTENZIALE

È stata affermata la necessità del **possesso dell'accreditamento**

per l'ammissione alla pianificazione della formazione professionale in ambito sanitario in considerazione del carattere di "sistema organizzativo aperto" della relativa disciplina (sent. n. 511/2014). È stata precisata inoltre la portata dell'art. 59, LR n. 18/2012 laddove, **sopprimendo l'Agenzia Umbria Sanità**, ha previsto che i procedimenti non conclusi al 1 gennaio 2013 siano portati a compimento dal singolo responsabile del procedimento e affermato che l'Azienda sanitaria regionale di appartenenza subentri all'Agenzia Umbria Sanità nei rapporti giuridici connessi al procedimento (sent. n. 598/2014). È stato altresì ritenuto illegittimo il provvedimento regionale di esclusione di un R.T.I. costituendo dal procedimento di accreditamento per la realizzazione dei corsi di formazione per operatori sociosanitari (sent. n. 84 /2014) e sono state precisate le **modalità di svolgimento** delle **procedure di affidamento** alle cooperative sociali da parte dei comuni dei servizi di assistenza domiciliare ed educativa scolastica (sent. n. 616/2014).

2.16. – AUTORIZZAZIONI AMMINISTRATIVE

È stata riconosciuta la necessità della **specifica licenza** *ex* art. 86 T.U.L.P.S. per la gestione di una piscina aperta ad un numero indiscriminato costantemente sempre notevole di persone, in quanto assimilabile a uno stabilimento bagni costituente esercizio pubblico autonomo (sent. n. 304/2014).

2.17. – ENTI LOCALI E LORO ORGANI

È stata riconosciuta la **competenza del sindaco** ad emanare le autorizzazioni dell'**adozione dei cani randagi ricoverati** presso il canile comunale e la possibilità dello stesso sindaco di sottoscrivere per ratifica la corrispondente determina dirigenziale (sent. n. 436/2014) ed è stata ammessa l'esistenza della legittimazione dei consiglieri comunali ad impugnare le deliberazioni consiliari incidenti sulla possibilità di esercitare adeguatamente il loro mandato (sent. n. 460/2014).

2.18. – EDILIZIA RESIDENZIALE PUBBLICA

È stata ammessa la **possibilità dell'amministrazione** di offrire la disponibilità di un alloggio identico a quello restituito dal beneficiario per effetto di revoca annullata con sentenza passata in giudicato (sent. n. 77/2014) ed è stata ritenuta insufficiente la disponibilità di un immobile a titolo di comproprietà ad integrare i presupposti per la decadenza dall'assegnazione di un alloggio ERP, essendo a tal fine necessarie un'indagine sull'adeguatezza del bene alle esigenze del nucleo familiare (sent. n. 191/2014).

2.19. – SERVIZI PUBBLICI

In tema di **servizio di distribuzione del gas**, è stato precisato il numero minimo di comuni (almeno i due terzi del totale) che devono essere presenti affinché possa essere designata la stazione appaltante per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas in un ambito territoriale in cui non sia presente il capoluogo di provincia (sent. n. 407/2014).

2.20. – IMPIANTI FER

Nella delicata materia degli **impianti di produzione di energia da fonte rinnovabile** è stata affermata la **necessità che il parere della Sovrintendenza** nelle procedure PAS (procedura abitativa semplificata) *ex* art. 6, D.Lgs. n. 28 2011 **sia acquisito in forma espressa** e l'idoneità del parere negativo con prescrizioni reso dal MIBAC ad integrare il dissenso della competente soprintendenza in ipotesi di mancato adeguamento progettuale (sent. n. 60/2014). È stata poi precisata l'**inapplicabilità** dell'art. 14*ter*, comma 16*bis* L. n. 241/1990 secondo cui la **determinazione motivata di conclusione del procedimento sostituisce a tutti gli effetti ogni autorizzazione**, concessione, nullaosta o atto di assenso comunque denominato tutte le volte in cui la disciplina di settore richieda l'emanazione di un atto diverso come avviene con l'art. 12, co. 3, D.Lgs. n. 387/2003 (sent. n. 639/2014). È stata infine affermata l'autonomia del procedimento relativo alla realizzazione di una cabina di trasformazione per conduttura *ex* art. 111, R.D. n. 1773/1933 rispetto al procedimento di rilascio di permessi di costruire diretti alla realizzazione di impianti fotovoltaici (sent. n. 43/2014).

2.21. – AGRICOLTURA

È stata riconosciuta la **natura agricola** *ex* art. 2135 c.c. dell'attività di **allevamento di cavalli da corsa** nella quale deve essere compresa anche quella di addestramento degli animali (sent. n. 96/2014) ed è stata affermata la natura **sanzionatoria della revoca dell'attestato** I.A.P. (imprenditore agricolo professionale) necessario ai fini del riconoscimento dell'attività di imprenditore agricolo (sent. n. 88/2014).

2.22. – UNIVERSITÀ E SCUOLA

Sul tema dell'**Università**, è stata affrontata la problematica dell'interpretazione dell'art. 103, co. 2, DPR n. 382/1980 nella parte in cui riconosce ai **professori associati** il servizio precedentemente prestato in qualità di "tecnico laureato" per due terzi, ai fini della carriera e chiarita l'assimilazione al tecnico laureato della sola figura di funzionario tecnico e non anche di quella di collaboratore tecnico (sent. n. 225/2014). Sul tema della **Scuola** è stata riconosciuta l'irrilevanza, ai fini dell'accertamento

della legittimità del giudizio finale, dell'incompleta, carente, omessa attivazione degli strumenti di recupero da parte dell'istituto scolastico (sent. n. 164/2014), è stata specificata la natura e il contenuto del giudizio del consiglio di classe di non ammissione di un alunno alla classe superiore (sent. n. 163/2014) e sono stati specificati presupposti di legittimità del provvedimento di non ammissione all'anno scolastico successivo adottato dall'amministrazione scolastica nei confronti di un alunno affetto da (D.S.A.) disturbo specifico dell'apprendimento (sentt. n. 506/2014; n. 507/2014).

2.23. – BENI CULTURALI

È stata affermata la natura di discrezionalità tecnica delle valutazioni dell'amministrazione sull'esistenza dell'**interesse archeologico** che giustificano l'apposizione del vincolo (sent. n. 358/2014) ed è stata ribadita l'esistenza in capo all'amministrazione di un ampio potere decisionale all'atto della riedizione del vincolo per effetto di annullamento giurisdizionale per difetto di motivazione del precedente viziato da erroneo o imperfetto processo deliberativo (sent. n. 168 /2014). È stato infine ritenuto inapplicabile il D.Lgs. n. 81/2008 sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro ad un luogo di pubblico spettacolo da assoggettare al decreto del Ministro dell'interno 19 agosto 1996 recante "approvazione della regola tecnica di prevenzione incendi per la progettazione costruzione ed esercizio di locali di intrattenimento di pubblico spettacolo".

2.24. – ELEZIONI

È stata affermata la necessità, alla luce dell'interesse pubblico alla **stabilità del risultato elettorale,** che il **termine per la proposizione del ricorso elettorale decorra dalla proclamazione degli eletti** (sent. n. 512/2014) ed è stato dichiarato inammissibile il ricorso avverso l'atto di proclamazione degli eletti al consiglio comunale qualora la legittimità delle operazioni dedotta in giudizio non sia rinvenibile nel verbale della sezione elettorale (sent. n. 455 /2014). È stata poi dichiarata legittima la **ricusazione di una lista elettorale** per l'elezione del consiglio comunale mancante **dell'apposizione del contrassegno** grafico identificativo della lista stessa sui moduli per la raccolta delle firme (sent. n. 245/2014) ed è stata dichiarata la **prevalenza del verbale** attestante le **operazioni elettorali della sezione** rispetto a quello depositato presso l'ufficio centrale a condizione che i dati siano corrispondenti a quelli riportati nelle tabelle di scrutinio (sent. n. 408/2014).

Tribunale Amministrativo Regionale dell'Umbria

RIEPILOGO GENERALE ANNO 2014

MESI →	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	Totale
Sospensive esaminate	29	24	23	40	25	22	23		38	12	37	40	**313**
PROVVEDIMENTI CAUTELARI													
Sospensive decise	14	11	9	17	11	10	14		19	7	15	16	**143**
Decreti cautelari	3		1	9		1	3	4	1	3	2	4	**31**
TOTALE	**17**	**11**	**10**	**26**	**11**	**11**	**17**	**4**	**20**	**10**	**17**	**20**	**174**
PROVVEDIMENTI MONOCRATICI													
Ordinanze Presidenziali				1	2			1				3	**7**
Decreti Presidenziali	3		1	2		1	1	1		1	1	2	**13**
Decreti Ingiuntivi											1		**1**
Ord. Pres. Trasmiss. Tar compet. (definiscono)													**0**
Decreti Pres. Trasmiss. Tar compet. (definiscono)													**0**
Decreti Ingiuntivi definiscono													**0**
Decreti decisori													
Perenzione	9			13	19	9	3			3	36	41	**133**
Rinuncia					1				1				**2**
Cessata materia del contendere													**0**
Improcedibile	1			1		2							**4**
Estinzione					1								**1**
Altri Decreti Decisori													**0**
TOTALE	**13**	**0**	**1**	**17**	**23**	**12**	**4**	**2**	**1**	**4**	**38**	**46**	**161**

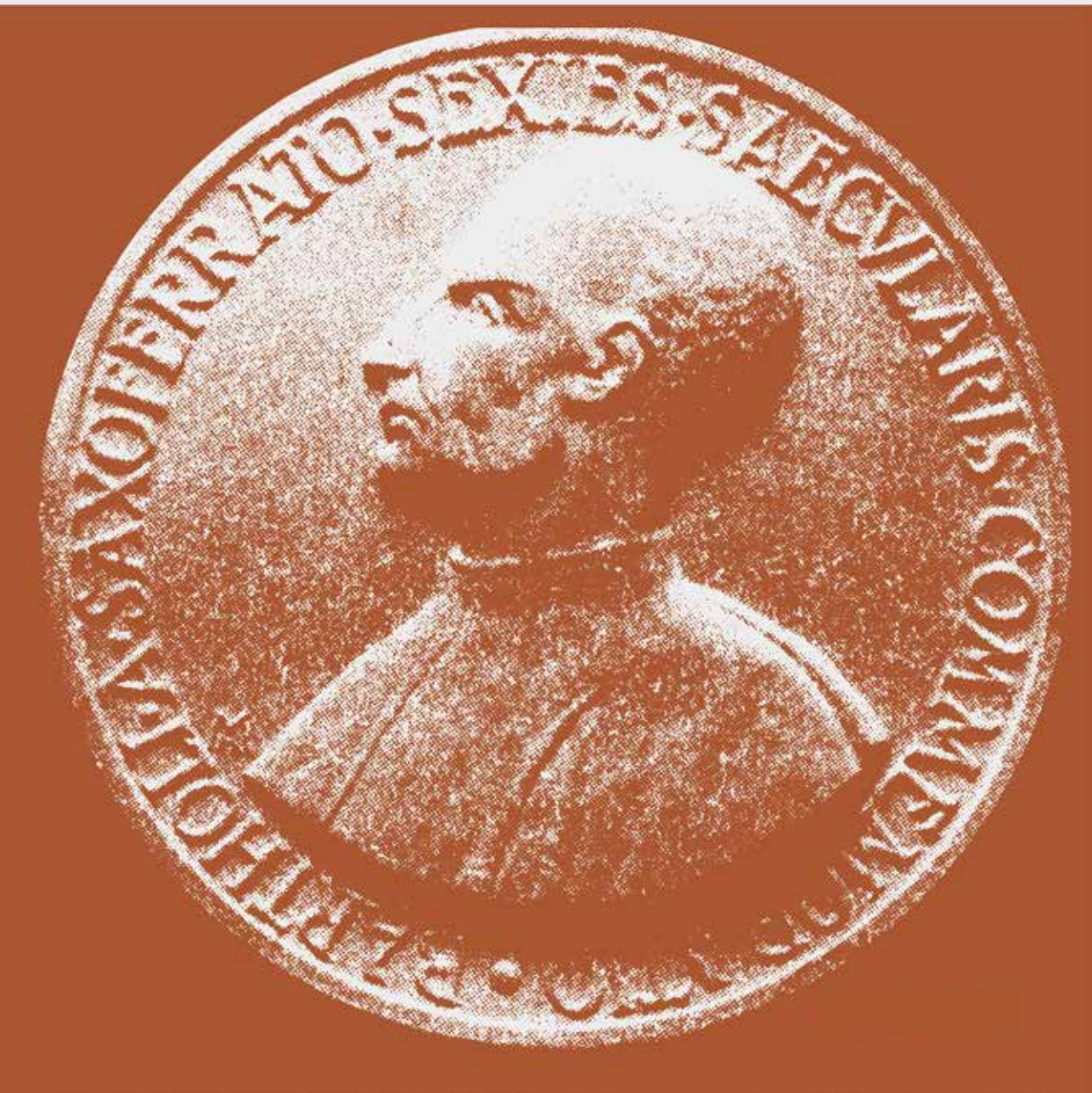
Tribunale Amministrativo Regionale dell'Umbria

RIEPILOGO GENERALE ANNO 2014

MESI →	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	Totale
PROVVEDIMENTI COLLEGIALI													
Ordinanze Collegiali	9	6	9	3	6	5	2		2			1	**43**
Altre Ordinanze Collegiali													**0**
Rinvio Corte Costituzionale													**0**
Decreti Collegiali		3	3		1								**7**
Dispositivi di Sentenza													**0**
Sentenze parziali	2						2				6	2	**12**
Sentenze di rito													
Irricevibile					1				1	1			**3**
Inammissibile	6	4	3	2	4	2	4		7			4	**36**
Improcedibile	17	10	8	4	9	21	13		21	2	13	21	**139**
Cessata materia del contendere	17	16	7	2	9	19	4		3	4	4	6	**91**
Rinuncia	2	1		1		2			1				**7**
Difetto di Giurisdizione	3		1				3		1	1	2	1	**12**
Sentenze di merito													
Accolte	19	10	7	4	13	20	21	1	26	5	23	7	**156**
Respinte	12	14	16	9	11	16	8		16	7	10	14	**133**
TOTALE	**87**	**64**	**54**	**25**	**54**	**85**	**57**	**1**	**78**	**20**	**58**	**56**	**639**

Tribunale Amministrativo Regionale dell'Umbria

ANNO 2014 RITI SPECIALI

TIPOLOGIE DI RICORSI	SOPRAVVENUTI	DEFINITI DELL'ANNO	PENDENTI A FINE ANNO
	1	2	3=1-2
Ottemperanza Legge Pinto	476	2	474
Ottemperanza (ex art. 112 c.p.a.)	17	3	14
Accesso (ex art. 116 c.p.a.)	4	0	4
Silenzio della P.A. (ex art. 117 c.p.a.)	7	1	6
Decreto ingiuntivo (ex art. 118 c.p.a.)	1	0	1
Rito abbreviato (ex artt.119-120 c.p.a.)	39	21	18
Risarcimento del danno (art. 30 c.p.a.)	4	0	4
Operazioni elettorali (ex art.126 c.p.a.)	5	4	1
TOTALE	552	31	522

Finito di stampare
nel mese di Giugno 2015
da Guerra Edizioni Edel srl - Perugia