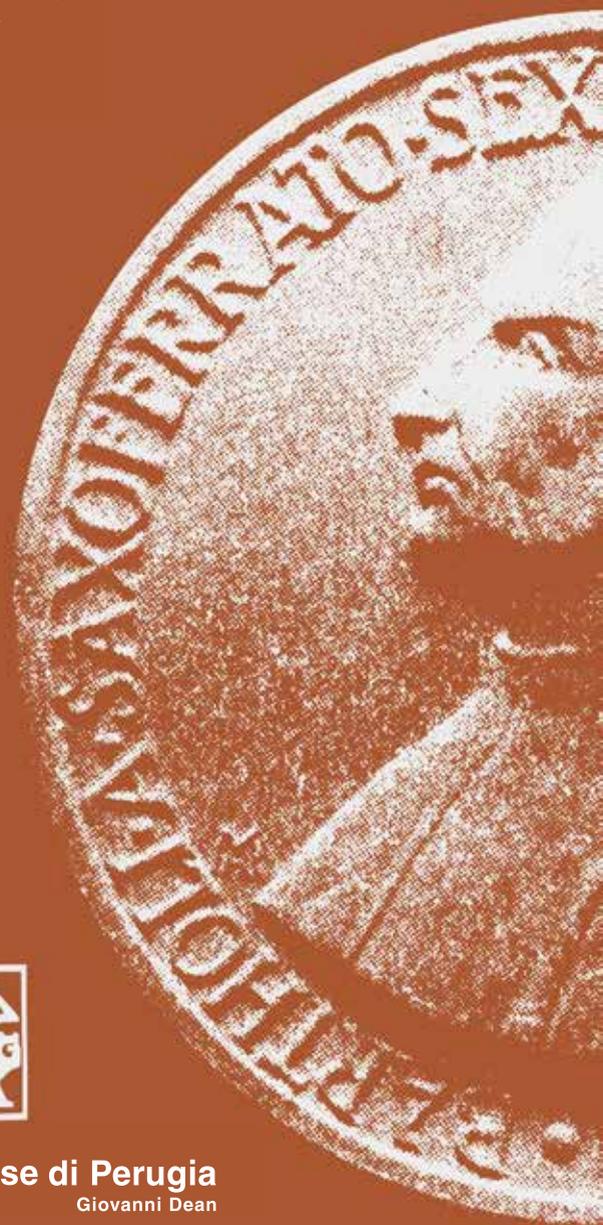
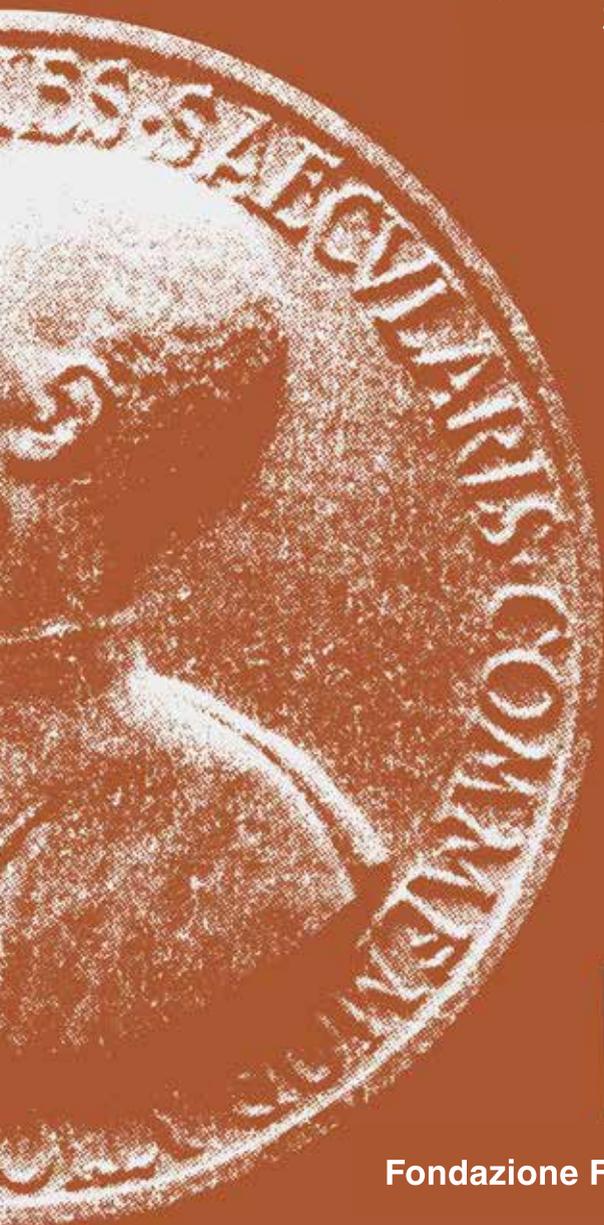


RASSEGNA

GIURIDICA

UMBRA

2014



Fondazione Forense di Perugia
Giovanni Dean

INDICE-SOMMARIO

	Pag.
<i>DIRITTO CIVILE</i>	
Corte di Cassazione, Sez. III, 11 dicembre 2013, n. 27751, con nota di FLAVIA RUSSO, <i>Diritto al consenso informato e responsabilità nel rapporto medico-paziente</i>	1
Corte di Cassazione, Sez. III, 19 dicembre 2013, n. 28472, con nota di MASSIMO BILLI, <i>Clausola di regolamentazione del premio nel contratto di assicurazione contro i danni e sua interpretazione nell'evoluzione giurisprudenziale: il ruolo della buona fede</i>	17
Corte di Cassazione, Sez. I, 30 gennaio 2014, n. 2089, con nota di MARCO CANONICO, <i>Nullità matrimoniale canonica e divorzio civile: procedimenti autonomi ed indipendenti</i>	42
Corte di Cassazione, Sez. VI, 30 gennaio 2014, n. 2089, con nota di GIULIA CIURNELLI, <i>Corrispondenza tra chiesto e pronunciato nel lodo libero</i>	55
Tribunale per i Minorenni di Perugia, 24 aprile 2010, e Tribunale di Perugia, Sez. I, 26 marzo 2014 (ord.), con note di ANDREA SASSI, <i>Accertamento di stato e diritti fondamentali nella riforma della filiazione</i> e FRANCESCO SCAGLIONE, <i>Capacità di discernimento e legittimazione processuale del minore</i>	73
Tribunale di Perugia, Sez. II, 2 ottobre 2013, con nota di SILVIO PIETRO CERRI, <i>L'apocrifia del testamento tra nullità e inesistenza</i>	132
<i>DIRITTO PENALE</i>	
Corte di Appello di Perugia, 15 ottobre 2013, con nota di ERICA FARINELLI, <i>Revisione del processo al vaglio dell'«oltre ogni ragionevole dubbio»</i>	183
Corte di Appello di Perugia, 20 agosto 2013, con nota di GIULIA MOSCATELLI, <i>Giudizio abbreviato e materiali decisori</i>	191
G.I.P. Tribunale di Perugia, 16 ottobre 2009, con nota di GIUSEPPE MAGLIOCCA, <i>Sui criteri di imputazione della responsabilità amministrativa degli enti</i>	200
Ufficio di Sorveglianza di Spoleto, 29 aprile 2014, con nota di SARA DILETTI, <i>Il nuovo reclamo giurisdizionale in materia penitenziaria</i>	209

	Pag.
 <i>DIRITTO PUBBLICO</i>	
T.A.R. UMBRIA, Sentenza non definitiva 16 gennaio 2014, n. 41, con nota di MICHELE RIZZO, <i>Il giudice amministrativo umbro mette in discussione il diritto della PA di usucapire i beni oggetto di espropri non ritualmente conclusi</i>	233
T.A.R. UMBRIA, 29 gennaio 2014, n. 75, con nota di DANIELE DAVID, <i>Brevi note sulla disciplina in materia di obbligo di immediata impugnazione del bando di gara e sulla possibilità di ricomprendere le determinazioni dirigenziali nell'ambito di applicazione dell'art. 124, d.lgs. 267/2000</i>	274
Tribunale di Perugia, 25 marzo 2014 n. 607, con nota di FRANCESCO BONADUCE, <i>Il non-detto del giudice. Conflitto tra art. 62 l. reg. Umbria 2 marzo 1999 n. 3 e Codice dell'Ambiente</i>	291
T.A.R. UMBRIA, 28 aprile 2014, n. 230 con nota di ALESSANDRA FANI, <i>Brevi note in tema di affidamento della gestione degli impianti sportivi, con particolare riferimento alla nozione di rilevanza economica</i>	296
 <i>DOTTRINA</i>	
TOMMASO FIGOLI, <i>Il fenomeno "archeomafia"</i>	325

INDICE ANALITICO-ALFABETICO DELLA GIURISPRUDENZA

AMBIENTE – Sanzioni amministrative
– Annullamento – Competenza esclusiva delle Regioni e province autonome
– Trasferimento dalla Regione alla Provincia – Compatibilità con il Testo Unico dell'Ambiente – Effetti sulle leggi regionali anteriori – Mancata pronuncia del giudice, 29.

ASSICURAZIONE (CONTRATTO DI)
– Assicurazione contro i danni – Clausola di regolazione del premio – Obbligo di comunicazione degli elementi variabili da parte dell'assicurato – Riconducibilità alle obbligazioni indicate nell'art. 1901 c.c. – Esclusione – Riconduzione operata in via convenzionale – Esclusione – Nullità delle relative clausole – Fondamento, 17.

ARBITRATO – Arbitrato irrituale – Impugnabilità (cause di) – Tassatività – Fattispecie, 55.

ATTI E PROVVEDIMENTI – Obblighi di pubblicazione – Deliberazioni e determinazioni dirigenziali – Sussistenza, 274.

CARCERI E ORDINAMENTO PENITENZIARIO – Riconoscimento e tutela dei diritti costituzionalmente garantiti – Decreto svuotacarceri – Reclamo generico e reclamo giurisdizionale, 209.

CONTRATTI PUBBLICI – Procedura ad evidenza pubblica – Gestione degli Impianti Sportivi – Affidamento diretto – Discrezionalità della scelta – Criteri di valutazione – Criterio Offerta Economicamente più Vantaggiosa – Competenza della Commissione di Gara – Professionalità – Distinzione tra impianti sportivi aventi rilevanza economica ed impianti privi di tale rilevanza, 296.

ESPROPRIAZIONE PER P.U. – Occupazione *sine titulo* – Azione risarcitoria – Giurisdizione esclusiva giudice amministrativo – Risarcimento danni per equivalente – Presupposti – Eccezione di intervenuta usucapione – Giurisdizione del giudice amministrativo – Occupazione *sine titulo* – Procedimento espropriativo ultraventennale – Usucapione – Esclusione, 233.

FAMIGLIA – Matrimonio – Sentenza di divorzio – Cassazione (ricorso per) – Motivi del ricorso – Giurisdizione del Tribunale ecclesiastico – Pregiudizialità – Inammissibilità del motivo – Sussistenza, 42.

FILIAZIONE – Dichiarazione giudiziale di paternità e maternità naturali (azione di) – Prova della filiazione – Fattispecie, 73.

GIUDIZIO ABBREVIATO – Mezzi di prova – Utilizzabilità – In genere – Dichiarazioni spontanee – Presenza della Polizia Giudiziaria – Assenza difensore – Ammissibilità – Sussistenza, 191.

IMPIEGO PUBBLICO – Progressioni verticali – Concorsi interni – Indetti dal Comune – Criteri valutativi – Solo prove d'esame, con esclusione dei titoli – Legittimità – Obbligo di immediata impugnazione – Insindacabilità, 274.

RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA DEGLI ENTI – Reato commesso nell'interesse esclusivo di terzi – Insussistenza dell'illecito amministrativo, 200.

RESPONSABILITÀ CIVILE – Responsabilità professionale – Attività medico-chirurgica – Consenso informato al trattamento sanitario – Contenuti – Limiti, 1.

REVISIONE – Svolgimento del giudizio – Acquisizione di nuove prove documentali – Assunzione di nuove prove dichiarative – Pluralità di nuove fonti di prova – Idoneità delle stesse a colmare l'assenza di prove di segno opposto rispetto ad argomenti di ordine logico posti a fondamento della sentenza di condanna irrevocabile – Impossibilità di affermare ogni oltre ragionevole dubbio la colpevolezza del condannato in via definitiva – Sussistenza – Accoglimento dell'istanza di revisione – Revoca della sentenza di condanna in parte qua – Assoluzione perché il fatto non sussiste, 183.

SEPARAZIONE E DIVORZIO – Provvedimenti riguardo al minore – Affidamento e collocazione – Ascolto del minore – Rilevanza – Conseguenze, 73.

TESTAMENTO – Testamento olografo – Impugnazione – Apocrifia della sottoscrizione – Nullità – Conseguenze, 132.

CORTE DI CASSAZIONE – Sez. III – 11 dicembre 2013, n. 27751 – Pres. RUSSO – Rel. CARLEO – P.g. GAMBARDELLA (diff.) – C. et al. c. Az. Osp. S. Maria di Terni et al.
Cassa con rinvio App. Perugia, 22 giugno 2007.

Responsabilità civile – Responsabilità professionale – Attività medico-chirurgica – Consenso informato al trattamento sanitario – Contenuti – Limiti.

Il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, impone che quest'ultimo fornisca al paziente, in modo completo ed esaustivo, tutte le informazioni scientificamente possibili riguardanti le terapie che intende praticare o l'intervento chirurgico che intende eseguire, con le relative modalità ed eventuali conseguenze, sia pure infrequenti, con il solo limite dei rischi imprevedibili, ovvero degli esiti anomali, al limite del fortuito, che non assumono rilievo secondo l'id quod plerumque accidit, in quanto una volta realizzatisi, verrebbero comunque ad interrompere il necessario nesso di causalità tra l'intervento e l'evento lesivo (1).

(*Omissis*). Con citazione ritualmente notificata C.M. e V.A., quali genitori ed eredi di C.T., deceduta il (...) convenivano in giudizio l'Azienda Ospedaliera S. Maria di Terni per sentir accertare l'inadempimento contrattuale ex art. 1218 c.c., ovvero la responsabilità extracontrattuale dell'Azienda convenuta per aver omesso di prestare le dovute informazioni sui rischi connessi all'operazione di tonsillectomia effettuata dalla figlia T. e sulle possibili complicanze post-operatorie ovvero la grave negligenza ed imperizia tenuta nell'occasione dai sanitari del reparto e del pronto soccorso. Chiedevano pertanto il risarcimento del danno *iure hereditatis* e del danno morale in proprio.

In esito al giudizio in cui si costituiva l'azienda, il Tribunale di Terni condannava la convenuta al risarcimento del danno morale subito dagli attori, quali genitori della vittima, per la mancata acquisizione del

consenso informato. Avverso tale decisione l'Azienda ospedaliera proponeva appello, ed in esito al giudizio la Corte d'Appello di Perugia con sentenza depositata in data 22 giugno 2007 in riforma della decisione impugnata, respingeva la domanda attrice e condannava gli appellati a restituire all'Azienda quanto percepito in ottemperanza della sentenza con gli interessi legali dalla data della ricezione del pagamento fino al rimborso, provvedeva quindi al governo delle spese.

Avverso la detta sentenza il C. e la V. hanno quindi proposto ricorso per cassazione articolato in tre motivi, illustrato da memoria. Resiste l'Azienda con controricorso. (*Omissis*).

La prima doglianza svolta dai ricorrenti, articolata sotto il profilo della violazione e/o falsa applicazione dell'art. 13 Cost. e art. 32 Cost., comma 2 e l. n. 833 del 1978, art. 33, si fonda sulla considerazione che la Corte d'Appello avrebbe gravemente sbagliato quando ha statuito che «si deve escludere che il professionista e quindi l'Azienda Ospedaliera avessero l'obbligo di informazione circa un vento eccezionale del genere di quello poi verificatosi». Con le due successive doglianze, deducendo l'omessa ed insufficiente motivazione, i ricorrenti hanno infine censurato la sentenza impugnata nella parte in cui la Corte d'Appello non ha adeguatamente motivato sul fatto che dalla cartella clinica non emerga alcuna documentazione comprovante l'avvenuta informazione sui rischi connessi all'intervento (seconda censura) né sugli eventi postoperatori che hanno determinato il decesso del minore (terza censura). I motivi in questione, che vanno esaminati congiuntamente, in quanto sia pure sotto profili diversi ed articolati profili, prospettano ragioni di censura intimamente connesse tra loro, sono fondati e meritano accoglimento.

A riguardo, torna utile premettere che la *ratio decidendi* della sentenza impugnata si fonda su un duplice rilievo: 1) la morte del minore, sottoposta ad un intervento di tonsillectomia, trovò la sua causa nella concomitanza di due eventi ritenuti) straordinari: il primo un distacco precoce dell'escara, avvenuto nella seconda giornata post-operatoria e il secondo rappresentato dal carattere mortale dell'emorragia; 2) l'imprevedibilità dei due eventi escludeva che i medesimi dovessero essere oggetto di una corretta informazione.

Pertanto, si doveva «escludere che il professionista e quindi l'Azienda Ospedaliera avessero l'obbligo di informazione circa un evento eccezionale del genere di quello poi verificatosi».

La premessa torna utile nella misura in cui chiarisce che, nel caso di specie, il tema decisionale riguarda un caso di omessa acquisizione del cosiddetto consenso informato, vertendosi in materia di domanda risarcitoria basata sulla mancata prestazione del detto consenso, domanda la quale non si collega alla condotta colposa del medico nell'esecuzione

della prestazione, inesattamente eseguita, bensì all'omessa informazione in sé.

Ciò posto, torna opportuno sottolineare che la finalità dell'informazione, che il medico è tenuto a dare, è quella di assicurare il diritto all'autodeterminazione del paziente (v. anche Cass. 9.2.2010, n. 2847), in quanto, senza il consenso informato, l'intervento del medico è – al di fuori dei casi di trattamento sanitario per legge obbligatorio e in cui ricorra uno stato di necessità – sicuramente illecito, anche quando sia nell'interesse del paziente. Ciò, in quanto secondo la definizione della Corte Costituzionale (sentenza n. 438 del 2008), il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 Cost., che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 Cost., i quali stabiliscono rispettivamente che la libertà personale è inviolabile e che nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge.

Nell'ipotesi di inosservanza dell'obbligo di informazione in ordine alle conseguenze del trattamento cui il paziente sia sottoposto, viene pertanto a configurarsi a carico del sanitario (e di riflesso della struttura per cui egli agisce) una responsabilità per violazione dell'obbligo del consenso informato, in sé e per sé, non assumendo alcuna influenza, ai fini della sussistenza dell'illecito, se il trattamento sia stato eseguito correttamente o meno. Ciò che rileva è che il paziente, a causa del deficit di informazione, non sia stato messo in condizione di assentire al trattamento sanitario con una volontà consapevole delle sue implicazioni, consumandosi, nei suoi confronti una lesione di quella dignità che connota l'esistenza nei momenti cruciali della sofferenza fisica e psichica (v. Cass. 28.7.2011, n. 16543).

Posto che tale informazione è condizione indispensabile per la validità del consenso, consapevole, al trattamento terapeutico e chirurgico, è necessario che il sanitario fornisca al paziente, in modo completo ed esaustivo, tutte le informazioni scientificamente possibili riguardanti le terapie che intende praticare o l'intervento chirurgico che intende eseguire, con le relative modalità (v. Cass. n. 15698/2010).

L'obbligo di informazione, che deve essere particolarmente dettagliato al fine di garantire lo scrupoloso rispetto del diritto di autodeterminazione del paziente, non si estende ai soli rischi imprevedibili, ovvero agli esiti anomali, al limite del fortuito, che non assumono rilievo secondo l'*id quod plerumque accidit*, in quanto, una volta realizzatisi, verrebbero comunque ad interrompere il necessario nesso di causalità tra l'intervento chirurgico e l'evento lesivo. Ma, al di là di tale limite, il professionista sanitario ha l'obbligo di fornire al paziente, in modo

ripetesi dettagliato, tutte le informazioni scientificamente possibili sull'intervento chirurgico, che intende eseguire sulle conseguenze normalmente possibili, sia pure infrequenti (tanto da apparire «straordinari»), sul bilancio rischi/vantaggi dell'intervento.

Ed invero, in considerazione dell'importanza degli interessi e dei beni in gioco, non è consentito rimettere all'apprezzamento del sanitario, in forza di un mero calcolo statistico, la valutazione se rendere il paziente edotto o meno dei rischi, anche ridotti, che possano incidere sulle sue condizioni fisiche o, addirittura, sul bene supremo della vita. Infatti, deve essere riservata al paziente, unico titolare del bene che è oggetto di pericolo per effetto del trattamento operatorio, ogni valutazione comparativa del bilancio costi-vantaggi, specialmente quando il male da estirpare non sia particolarmente grave, l'intervento operatorio non sia particolarmente urgente, ed i rischi connessi ad esso siano presenti anche se statisticamente eccezionali o di scarso rilievo.

Considerato che la sentenza impugnata non si è uniformata ai suddetti principi, il ricorso per cassazione in esame deve essere accolto e la sentenza impugnata, che ha fatto riferimento, in modo non corretto ad una *regula iuris* diversa, deve essere cassata. (*Omissis*).

(1) Diritto al consenso informato e responsabilità nel rapporto medico-paziente.

1. La pronuncia in commento riaccende i riflettori sulla delicata quanto *vexata questio* del diritto al consenso informato nei contratti con prestazione medica, fornendo l'occasione per una concisa disamina dell'istituto.

Il consenso informato⁽¹⁾, figlio dell'affermarsi del valore assoluto «persona» in seno alla società della conoscenza⁽²⁾ e del contestuale superamento della visione puramente paternalistica del rapporto medico-paziente⁽³⁾, costituisce espressione del diritto alla autodeterminazione terapeutica.

⁽¹⁾ L'espressione si fa convenzionalmente risalire alla decisione della Corte Suprema della California nel caso *Salgo v. Leland Stanford jr., University, Board of Trustee*, del 1957.

⁽²⁾ PALAZZO, SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 1, *Categorie e specie della successione*, Torino, 2012, 195.

⁽³⁾ Una prima, embrionale formulazione del consenso informato potrebbe riconoscersi già nell'insegnamento di Ippocrate, «se qualcuno desidera recuperare la salute bisogna innanzitutto chiedergli se è pronto ad eliminare le cause della sua malattia. Solo allora è possibile aiutarlo». Tuttavia, per secoli, si è ritenuto che il medico, avendo «seco la presunzione nascente dalla laurea», nulla dovesse rivelare al paziente delle di lui condizioni di salute (onde evitare la commissione di gesti estremi) e fosse dominus incontrastato delle scelte terapeutiche, legittimato ad ignorare quelle del paziente, ovvero financo a trasgredirle quando fossero in contrasto con l'indicazione clinico-terapeutica a suo avviso da praticare (c.d. privilegio terapeutico).

Suo tramite, infatti, si inverte il diritto personalissimo di disporre della propria salute nei limiti posti dall'ordinamento, scegliendo tra le diverse possibilità di trattamento terapeutico quello cui sottoporsi, ma anche, eventualmente, di rifiutare le terapie e di decidere, consapevolmente di interromperle, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale⁽⁴⁾. Esso trae «fondamento nell'*a priori* della dignità di ogni essere umano»⁽⁵⁾, e costituisce diritto inviolabile⁽⁶⁾ e irretrattabile⁽⁷⁾ della persona, al cui sacrificio consegue l'illegittimità dell'atto medico posto in essere.

Il diritto *de quo* trova consacrazione in numerose fonti sovranazionali. Al riguardo, senza pretesa di esaustività⁽⁸⁾, debbono menzionarsi non solo la *Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine: convention sur les droits de l'homme et la biomédecine*, firmata a Oviedo il 4 aprile del 1997⁽⁹⁾, la quale, all'articolo 5, statuisce il principio che qualsiasi trattamento sanitario può essere posto in essere sulla persona del malato solo dopo che questi abbia manifestato il proprio consenso, ma soprattutto la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea che proclama «ogni individuo ha diritto alla propria integrità fisica e psichica» e che nell'ambito della medicina e della biologia deve essere in particolare, tra gli altri, rispettato «il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge»⁽¹⁰⁾.

⁽⁴⁾ Cfr. Cass., 4 ottobre 2007, n. 21748, in *Giust. civ.*, 2008, 1725.

⁽⁵⁾ Cfr. Cass., 28 luglio 2011, n. 16543, in *Il civilista*, 2011, 10, 24. Conf. Cass., 20 marzo 2011, n. 7237, in *www.altalex.it*.

⁽⁶⁾ Cfr. FERRANDO, *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico, principi, problemi e linee di tendenza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 43; DONATI, *Consenso informato e responsabilità da prestazione medica*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, 4.

⁽⁷⁾ Cfr. Cass., 16 giugno 2011, n. 16543, cit.

⁽⁸⁾ La tutela del consenso informato, che può ricavarsi anche dalla lettura in combinato disposto di alcune norme della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali sottoscritta a Roma il 4 novembre del 1950, ratificata e resa esecutiva in Italia con l. 4 agosto 1955, n. 848. In particolare il riferimento è alle norme di cui all'art. 3. Divieto della tortura, a tenore del quale «Nessuno può essere sottoposto a torture né a pene o trattamenti inumani o degradanti» ed all'art. 8. Diritto al rispetto della vita privata e familiare, il quale prevede «Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare (...)». Inoltre riconoscimento del diritto *de quo* si rinviene all'art. 24 della Convenzione sui Diritti del Fanciullo, siglata a New York il 20 novembre 1989, ratificata in Italia con l. n. 176/1991.

⁽⁹⁾ Ratificata dall'Italia con l. 28 marzo 2001, n. 145.

⁽¹⁰⁾ In particolare, l'art. 1 della Carta è del seguente tenore: Dignità umana. La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata. L'art. 3 così recita: «Diritto all'integrità della persona. Ogni individuo ha diritto alla propria integrità fisica e psichica. / Nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati: a) il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge; b) il divieto delle pratiche eugenetiche, in particolare di quelle avanti come scopo la selezione delle persone; c) il divieto di

Nel nostro ordinamento il diritto all'autodeterminazione terapeutica ha un sicuro fondamento nei principi espressi dall'art. 2 Cost., che tutela e promuove i diritti fondamentali della persona umana, nella sua identità e dignità; dall'art. 13 Cost., il quale sancisce l'inviolabilità della libertà personale, nella quale «è postulata la sfera di esplicazione della persona del potere di disporre del proprio corpo»⁽¹¹⁾, ma anche, dal punto di vista passivo, il diritto di impedire intromissioni altrui e costrizioni che non risultino costituzionalmente giustificate⁽¹²⁾; infine, dall'art. 32 Cost., che tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo, oltre che come interesse della collettività, e prevede la possibilità di trattamenti sanitari obbligatori, ma li assoggetta a riserva di legge⁽¹³⁾.

In proposito è stato osservato che il diritto al consenso informato è conforme al principio personalistico che anima la nostra costituzione, la quale vede nella persona umana un valore etico in sé, vieta ogni strumentalizzazione della medesima per alcun fine eteronomo e assorbente, concepisce l'intervento solidaristico e sociale in funzione della persona e del suo sviluppo e non viceversa, e guarda al limite del rispetto della persona umana in riferimento al singolo individuo, in qualsiasi momento della vita e nell'integrità della sua persona, in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive. Esso, inoltre, è coerente con la nuova dimensione che ha assunto la salute, non più intesa come semplice assenza di malattia, ma come stato di completo benessere psichico e fisico⁽¹⁴⁾, e quindi, coinvolgente, in relazione

fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro; d) il divieto della clonazione riproduttiva degli esseri umani. Sulla persona nella Carta fondamentale dell'Unione Europea, con riferimento alla dignità, alla personalità e all'integrità fisica».

⁽¹¹⁾ Corte cost., 22 ottobre 1990, n. 471, in *Giust. civ.*, 1991, I, 10. Punto 3 del considerato in diritto. Con la sentenza citata, la corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 696 comma 1 c.p.c., nella parte in cui tale norma non consente il compimento degli atti di accertamento preventivo, volontariamente richiesti dalla persona sul proprio corpo, nell'ambito di un procedimento civile da essa stessa instaurato.

⁽¹²⁾ Tra i tanti, cfr. ROMBOLI, *I limiti della libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto «attivo» ed in quello «passivo»*, in *Giust. civ.*, 1991, I, 19; CAMPANELLI, *Linee giurisprudenziali della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione in tema di atti di disposizione del proprio corpo*, in D'ALOIA (a cura di) *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005, 202.

⁽¹³⁾ Cfr. Corte cost., 15 dicembre 2008, n. 438, in *Foro it.*, 2009, I, 1328. Secondo alcuni autori, ulteriore riconoscimento del diritto informato dovrebbe riconoscersi nell'art. 21 Cost., il quale tutela il diritto all'informazione sotto il duplice aspetto di libertà di informare e di essere informati.

⁽¹⁴⁾ L'Organizzazione Mondiale della Sanità nel proprio atto costitutivo, entrato in vigore il 7 aprile 1948, ha definito la salute quale «stato di completo benessere fisico, psichico e sociale e non un'assenza di malattia o infermità».

alla percezione che ciascuno ha di sé, anche gli aspetti interiori della vita come avvertiti e vissuti dal soggetto nella sua esperienza⁽¹⁵⁾.

Quanto alla legislazione ordinaria, sebbene manchi una specifica regolamentazione dell'istituto, numerose norme che disciplinano specifiche attività mediche stigmatizzano la rilevanza del consenso informato. In proposito, si deve ricordare l'articolo 33, 1 e 5 comma della legge 23 dicembre 1978, n. 833 (istituzione del Servizio Sanitario Nazionale); l'articolo 4 della legge 26 giugno 1967, n. 458 (trapianto del rene tra viventi); l'articolo 14 della legge 22 maggio 1978, n. 194 (interruzione volontaria della gravidanza); l'articolo 2 della legge 14 aprile 1982, n. 164 (rettificazione in materia di attribuzione di sesso); l'articolo 5, 3° e 4° comma della legge 5 giugno 1990, n. 135 (prevenzione e lotta contro l'AIDS); la legge 4 maggio 1990, n. 107 (attività trasfusionali); il decreto legislativo 24 giugno 2003, n. 211 (sperimentazione clinica di medicinali ad uso umano); la legge 19 febbraio 2004, n. 40 (procreazione medicalmente assistita).

Da ultimo, va dato atto che il consenso informato riceve puntuale riconoscimento e regolamentazione anche nel codice di deontologia medica (testo approvato dal Consiglio Nazionale della Federazione degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri il 16 dicembre 2006), il quale dispone che «il medico non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza l'acquisizione del consenso esplicito ed informato del paziente» (art. 35).

2. Orbene, prima di procedere all'analisi della sentenza, pare opportuno definire la natura giuridica dell'obbligo del sanitario di informare il paziente.

In proposito, va subito evidenziato che il percorso dogmatico svolto negli anni da dottrina e giurisprudenza è approdato, principalmente, a due soluzioni.

Una prima e più risalente opzione ermeneutica, collocando la condotta di corretta informazione in un momento prodromico ed esterno al contratto, riconduceva il dovere informativo all'alveo della responsabilità precontrattuale⁽¹⁶⁾ per violazione del precetto di cui all'art. 1337 c.c.⁽¹⁷⁾, con conseguente

⁽¹⁵⁾ Cfr. Cass., 4 ottobre 2007, n. 21748, cit., 1726.

⁽¹⁶⁾ Cfr. Cass., 8 aprile 1997, n. 3046, in *Foro it.*, 1997, I, 1801, secondo cui «la formazione del consenso informato presuppone una specifica informazione su quanto ne forma oggetto, che non può che provenire dallo stesso sanitario cui è richiesta la prestazione professionale. L'obbligo di informazione da parte del sanitario assume rilievo nella fase precontrattuale in cui si forma il consenso del paziente al trattamento o all'intervento e trova fondamento nel dovere di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto». Analogamente, cfr. Cass., 25 novembre 1994, n. 10014, in *Foro it.*, 1995, I, 2913; Cass., 23 maggio 2001, n. 7027, in *Foro it.* 2001, I, 2504, con nota di PARDOLESI; in *Giust. civ.*, 2001, I, 2066; in *Danno e resp.* 2001, 12, 1165, con nota ROSSETTI.

⁽¹⁷⁾ Art. 1337: «*Trattative e responsabilità precontrattuale.* Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede».

circostrizione del risarcimento in caso di inadempimento al solo interesse negativo⁽¹⁸⁾.

Al contrario, secondo l'opinione ad oggi quasi unanimemente condivisa, l'informativa è «condotta interna al c.d. 'contatto medico sanitario' (...) elemento strutturale interno al rapporto giuridico che determina il consenso al trattamento sanitario»⁽¹⁹⁾ e, pertanto, va annoverata tra le obbligazioni *ex contractu*⁽²⁰⁾.

In tale prospettiva, il consenso informato attiene alla fase di esecuzione del contratto: l'obbligo di acquisirlo discende dal sinallagma già concluso tra medico e paziente⁽²¹⁾; sorge, di norma, una volta completata la fase diagnostica (quale attività basata sulla individuazione dei sintomi e definizione della patologia di cui è affetto il paziente), e legittima lo svolgimento della successiva fase terapeutica o chirurgica⁽²²⁾, in ogni momento in cui essa

⁽¹⁸⁾ Cfr. Cass., 14 febbraio 2002, n. 1632, in *Giur. it.*, 2000, 2250 e Cass., 30 luglio 2004, n. 14539, in *Foro it.*, 2004, I, 3009, secondo cui «resta escluso il risarcimento dei danni che si sarebbero evitati e dei vantaggi che si sarebbero conseguiti con la stipulazione ed esecuzione del contratto».

⁽¹⁹⁾ Testualmente da Cass., 19 ottobre 2006, n. 22390, in *Danno e resp.*, 2007, 103; conf. Cass., 21 marzo 1997, n. 364, in *Foro it.*, 1997, II, 771; Cass., 9 febbraio 2010, n. 2847, in *Danno e resp.*, 2010, 685, con nota di SIMONE, *Consenso informato e onere della prova*.

⁽²⁰⁾ Cass., 29 settembre 2009, n. 20806, in *Ragiusan*, 2010, 244.

⁽²¹⁾ È stato autorevolmente sostenuto che il consenso del paziente al trattamento sanitario non s'identifica con il consenso al contratto: basti pensare che la conclusione del contratto con il medico non obbliga il paziente a sottoporsi ad alcuna cura, né il rifiuto di un determinato trattamento terapeutico determina necessariamente il venir meno del contratto eventualmente stipulato tra medico e paziente. Infatti, secondo una diversa prospettiva che muove dal riconoscimento del rilievo giuridico dell'attività medica nel suo svolgersi, legato alla valutazione di dinamiche che vivono nella loro effettività e prescindono dall'immediato riferimento a un titolo, inteso come astratto e formale indice, legittimante l'equiparazione tra il consenso al trattamento terapeutico e il consenso al contratto stipulato con il medico appare riduttivo; d'altra parte, il consenso al trattamento non può esaurire la sua rilevanza al momento dell'accordo con il medico, perché, a partire da quell'accordo il rapporto medico-paziente si snoda in una serie di attività che presuppongono il rinnovarsi del consenso.

⁽²²⁾ In questo senso, Cass., 23 maggio 2001, n. 7027, cit.: «Osservando che il contratto d'opera professionale si conclude tra il medico e il cliente quando il primo, su richiesta del secondo, accetta di esercitare la propria attività professionale in relazione al caso prospettato; che tale attività si scinde in due fasi, quella, preliminare, diagnostica, basata sul rilevamento dei dati sintomatologici, e l'altra, conseguente, terapeutica o di intervento chirurgico, determinata dalla prima; che l'una e l'altra fase esistono sempre, e compongono entrambe l'iter dell'attività professionale, costituendo perciò entrambe la complessa prestazione che il medico si obbliga a eseguire per effetto del concluso contratto di opera professionale; che, poiché solo dopo l'esaurimento della fase diagnostica sorge il dovere del chirurgo di informare il cliente sulla natura e sugli eventuali pericoli dell'intervento operatorio risultato necessario, questo dovere di informazione, diretto a ottenere un

si articoli⁽²³⁾.

3. Veniamo ai fatti di causa. Il *casus decisis* trae origine dalla richiesta di risarcimento danni per omessa informazione formulata dai genitori di una bambina deceduta in seguito ad un intervento di tonsillectomia eseguito presso l'Azienda Ospedaliera di Terni. All'esito del giudizio di primo grado, il Tribunale adito, ritenendo sussistente il difetto di informazione in ordine ai rischi post-operatori dell'intervento cui la paziente era stata sottoposta e che l'avevano condotta alla morte, condannava la struttura ospedaliera convenuta al risarcimento dei danni morali patiti dagli attori a causa della mancata acquisizione del consenso informato. Proposto gravame da parte dell'Azienda Ospedaliera, la corte d'Appello di Perugia assumeva che il decesso della minore fosse stato cagionato dalla concomitanza di due eventi straordinari (distacco precoce dell'escara e carattere mortale dell'emorragia) e, sotto il precipuo profilo del consenso informato, escludeva «che il professionista e quindi l'Azienda ospedaliera avessero l'obbligo di informazione circa un evento eccezionale del genere di quello poi verificatosi». In riforma della sentenza appellata, negava quindi il risarcimento prima riconosciuto. Avverso tale statuizione i genitori della piccola ricorrevano, allora, dinanzi alla Corte di Cassazione, la quale, con la pronuncia che si annota, nel confermare il consolidato orientamento in ordine alla centralità nella prestazione medica del dovere di informare, ridefinisce i contenuti dell'obbligo del *clare loqui* del medico nei confronti del malato.

4. La sentenza in commento, rimarcando a chiare lettere che l'informazione dovuta al paziente è finalizzata alla realizzazione del diritto personalissimo e di rilevanza costituzionale all'autodeterminazione terapeutica, afferma che il consenso informato è fondamento della liceità del trattamento sanitario⁽²⁴⁾.

consapevole consenso alla prosecuzione dell'attività professionale, non può non rientrare nella complessa prestazione. Di qui, in definitiva, la natura contrattuale della responsabilità derivante dall'omessa informazione. (...) Si consideri che esso (il dovere di informazione) lungi dall'essere accessorio o strumentale (...), derivando da una norma di rilevanza costituzionale, volta a tutelare un diritto primario della persona, non può non avere, per ciò stesso, nella complessiva struttura negoziale, natura e dignità autonome (con autonoma rilevanza, sul piano delle conseguenze giuridiche, nel caso d'inadempimento)».

⁽²³⁾ All'uopo è stato autorevolmente osservato che: «Occorre sottolineare come l'informativa costituisca per il medico un impegno che non si esaurisce nel momento dell'acquisizione del consenso al trattamento, ma permea, nel quadro della proficua alleanza terapeutica medico-paziente l'intero percorso clinico, fino a configurare per il sanitario un dovere di diligenza che contraddistingue ogni passaggio della sua prestazione, al fine di evitare qualsiasi tipo di pregiudizio per il paziente». Cfr. CATENI, FINESCHI, *Nota a Cassazione 21 marzo 1997*, in *Riv. it. med. leg.*, 1998, 123.

⁽²⁴⁾ *Ex multis*, Cass., 14 marzo 2008, Piccialli, in *Riv. pen.*, 2008, 773, per la quale «la legittimità di per sé dell'attività medica richiede per la sua validità

Tale statuizione è perfettamente coerente con la natura inviolabile del diritto di decidere liberamente e volontariamente della propria integrità psichica e fisica e stigmatizza l'esigenza dell'ordinamento di preservare detto bene giuridico dall'unilaterale e arbitrario intervento di un estraneo che, ancorché medico, finirebbe in materia di diritti inviolabili della persona, per sostituire la propria volontà a quella del titolare del diritto medesimo.

All'uopo dunque l'adesione consapevole del paziente è requisito essenziale di legittimazione dell'atto medico⁽²⁵⁾, produce l'effetto di autorizzare il compimento di tale atto, viceversa intrusivo della sfera personale del paziente e del suo diritto di decidere se permettere interventi estranei sul proprio corpo. Detto altrimenti, la mancata acquisizione del consenso del paziente ovvero il suo indirizzarsi verso un non trattamento, cioè a dire verso il rifiuto di sottoporsi alle cure mediche, preclude al sanitario di intraprendere l'attività da lui ritenuta necessaria e, quindi, di compiere la prestazione prevista dal contratto.

Muovendo dalla funzione «autorizzatoria del consenso informato», autorevole dottrina lo ha ricondotto alla categoria degli atti giuridici in senso stretto⁽²⁶⁾.

Esso, innestandosi nel contratto concluso in precedenza dal malato con il medico e la struttura sanitaria, assolve la funzione di consentire la produzione di effetti giuridicamente predeterminati da norma autonome, eliminando la situazione impeditiva al compimento della prestazione medica. Deriva che consenso è atto giuridico unilaterale, ponderato e volontario – ma

e concreta liceità, in principio, la manifestazione del consenso del paziente, il quale costituisce un presupposto di liceità del trattamento medico chirurgico. Il consenso asserisce alla libertà morale del soggetto ed alla sua autodeterminazione, nonché alla sua libertà fisica intesa come diritto al rispetto della propria integrità corporea, le quali sono tutte profili della libertà personale proclamata inviolabile dall'art. 13 Cost. Ne discende che non è attribuibile al medico un generale diritto di curare, a fronte del quale non avrebbe alcun rilievo la volontà dell'ammalato, che si troverebbe in una posizione di soggezione su cui il medico potrebbe ad libitum intervenire, con il solo limite della propria coscienza; appare, invece, aderente ai principi dell'ordinamento riconoscere al medico la facoltà o la potestà di curare, situazioni soggettive, queste, derivanti dall'abilitazione all'esercizio della professione sanitaria, le quali, tuttavia, per potersi estrinsecare abbisognano, di regola, del consenso della persona che al trattamento sanitario deve sottoporsi».

⁽²⁵⁾ Per atto medico si intende ogni attività posta in essere dal sanitario, a ciò abilitato secondo la legge dello Stato, in funzione del miglioramento delle condizioni di salute del paziente, comprensiva non solo dell'attività terapeutica, ma anche a quella strumentale, consultiva, preparatoria, preventiva, rieducativa, antidolorifica, solidaristica e sperimentale, in quanto da un lato sono finalizzate al miglioramento delle condizioni di benessere psico-fisico della persona, dall'altro comportano un'ingerenza del medico nella sfera dei diritti di natura personalissima. Cfr. M. BILANCETTI, F. BILANCETTI, *La responsabilità civile e penale del medico*, Padova, 2013, 374.

⁽²⁶⁾ Cfr. PALAZZO, SASSI, SCAGLIONE, *Permanenze dell'interpretazione civile*, Perugia-Roma, 2008, 403 ss.

non negoziale – necessario e imprescindibile a che si producano gli effetti voluti dall'ordinamento e consistenti nel permettere che il regolamento del contratto con prestazione medica abbia attuazione⁽²⁷⁾.

Così l'adesione consapevole del paziente si pone quale *prius* logico e cronologico legittimante il compimento del trattamento medico; essa assume le connotazioni proprie di una condizione potestativa, il cui verificarsi solo autorizza l'espletamento dell'attività sanitaria, altrimenti *ea ipsa* invasiva, perché lesiva del diritto della persona di «autoamministrarsi» in ordine al se, come, dove, quando e da chi farsi curare⁽²⁸⁾.

Il principio di diritto testé enunciato, tuttavia, subisce due deroghe.

La prima ha fonte costituzionale (art. 32, co. 2 Cost.) e attiene ai casi di trattamento sanitario obbligatorio per legge (si pensi alle vaccinazioni o ai trattamenti sanitari obbligatori per i malati psichiatrici, così come disciplinati dalla l. 180/1978, c.d. l. Basaglia), rispetto ai quali è preminente l'esigenza di tutela della salute pubblica. La seconda, invece, concerne l'ipotesi in cui ricorra uno stato di necessità, ossia di attuale pericolo grave per la vita o l'integrità psicofisica del paziente, *ex art.* 54 c.p. e il malato non sia in grado di esprimere un valido consenso. In tal caso il medico è autorizzato a compiere gli atti necessari e non procrastinabili nell'interesse del malato⁽²⁹⁾.

Rebus sic stantibus, alla luce di quanto precede, può affermarsi che di norma, salvi i casi espressamente previsti dalla legge, nessuna persona cosciente e capace può essere sottoposta ad un qualsiasi trattamento sanitario contro o senza la sua volontà. Ove ciò accadesse, l'attività medica posta in essere sarebbe senz'altro arbitraria⁽³⁰⁾.

⁽²⁷⁾ Il consenso informato è stato autorevolmente definito come «atto ponderato del malato, volontario ma non negoziale, teso a consentire il compimento di un'attività, potenzialmente lesiva di un proprio diritto della personalità, strumentale al raggiungimento di un risultato utile e alla protezione di un interesse superiore (rappresentato dal «bene» salute), o ritenuto tale dal malato stesso»: cfr. PALAZZO, SASSI, SCAGLIONE, *Permanenze dell'interpretazione civile*, cit., 409.

⁽²⁸⁾ Cass., 9 febbraio 2010, n. 2847, cit.

⁽²⁹⁾ Cass., 17 settembre 2008, Federico, in *Guida al dir.*, 2009, 2, 83, ove si legge «Il paziente non può essere sottoposto ad alcun trattamento sanitario contro la sua volontà, salvo che esistano condizioni di assoluta urgenza e di stato di incoscienza che potrebbero legittimare un intervento senza il consenso».

⁽³⁰⁾ A parere di alcuni autori è preferibile definire l'attività medica posta in essere in assenza di consenso informato come arbitraria e non illecita. Ciò sul rilievo che, essendo la prestazione sanitaria orientata alla tutela della salute, essa è *ex se* lecita, ancorché pericolosa. Sotto il profilo civile, comunque, anche l'arbitrarietà porta sempre e comunque alla configurazione di un illecito (di regola contrattuale), anche se meno grave: è evidente che una cosa è la lesione di diritti inviolabili con un'attività diretta alla realizzazione di questo scopo, altro è che detta lesione venga provocata a fini terapeutici; e ciò a prescindere dalla esistenza del consenso informato. Cfr. PALAZZO, SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successivi*, 1, *Categorie e specie della successione*, cit., 211.

5. Ciò posto, occorre puntualizzare che il caso portato all'esame della Corte riguarda, come essa stessa precisa, l'omessa acquisizione del consenso informato in sé considerata: invero, si evince dai fatti di causa i ricorrenti non muovono alcuna censura alla condotta del medico nell'esecuzione della prestazione, ma chiedono esclusivamente il risarcimento dei danni subiti per mancata informazione in ordine a determinati rischi correlati all'intervento (poi verificatisi), rispetto ai quali, dunque non vi era stata adesione alcuna.

Così la sentenza che si annota affronta, seppur indirettamente, il tema della autonoma configurabilità della responsabilità del sanitario per violazione del consenso informato.

In proposito va evidenziato che l'obbligo di informare il paziente e quello di curarlo, sebbene teleologicamente collegati tra loro in vista della tutela della salute, sono distinti e autonomi, inerendo beni giuridici differenti.

Infatti, mentre la prestazione sanitaria *strictu sensu* intesa è direttamente preordinata alla tutela del diritto alla salute e all'integrità psico-fisica, l'obbligo d'informazione è volto a realizzare specificamente il (diverso) diritto primario della persona alla libera autodeterminazione terapeutica (quindi solo in forma mediata la salute⁽³¹⁾).

Conseguentemente, un conto è il profilo della diligenza nell'esecuzione della prestazione, altro è quello dell'informazione e del consenso al trattamento⁽³²⁾.

Muovendo da queste premesse, si è affermato che l'esatto adempimento della prestazione a carico del sanitario non si esaurisce nella sola diligenza richiesta nell'esecuzione dell'atto medico, ma comprende, altresì, l'ulteriore condotta di diligente informazione del malato. Quest'ultima, segnatamente, costituisce oggetto di una obbligazione principale, non accessoria⁽³³⁾, la cui violazione dà luogo ad una autonoma responsabilità di natura contrattuale.

Ebbene, mutuando tale impostazione, la Corte di Cassazione, nel caso *de quo*, statuisce che l'omissione o l'inadeguatezza della necessaria informazione è di per sé fonte di responsabilità per violazione del diritto all'autodeterminazione.

⁽³¹⁾ Cfr. PALAZZO, SASSI, SCAGLIONE, *Permanenze dell'interpretazione civile*, cit., 384.

⁽³²⁾ Si veda FIORI, *Medicina legale della responsabilità medica*, Milano, 1999, 327 ss.; in giurisprudenza, di recente, Cass., 14 marzo 2006, n. 5444, in *Corr. giur.*, 2006, 1243, con nota di MEANI, *Sul danno risarcibile in caso di mancato consenso all'intervento eseguito correttamente*.

⁽³³⁾ Secondo una parte della dottrina l'obbligo di informare il paziente rappresenterebbe una tipica obbligazione accessoria rispetto a quella di curare. Cfr. CASSANO, *Obbligo di informazione, relazione medico-paziente, difficoltà della prestazione concorso di responsabilità*, in *Danno e resp.*, 2001, 2, 154 ss. Nello stesso senso, CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, 1 ss.

Essa si configura indipendentemente dalla ricorrenza di qualsiasi tipo di colpa tecnico professionale addebitabile al medico nella scelta e nell'esecuzione dell'intervento medesimo⁽³⁴⁾, potendo ricorrere anche in caso di trattamento posto in essere nel rispetto dei protocolli e delle *leges artis* (come accaduto nel caso sottoposto all'esame della Cassazione), nonché sussistere indifferentemente dall'esito peggiorativo delle condizioni di salute del paziente, ovvero risolutivo della di lui patologia⁽³⁵⁾.

Ciò che rileva, invero, è soltanto che il paziente, a causa del *deficit* informativo, non sia stato messo in condizione di assentire al trattamento sanitario, con una volontà consapevole delle sue implicazioni, che egli abbia perso il diritto inviolabile di accettare o rifiutare il trattamento medico, soppesandone rischi e benefici, di tal guisa consumandosi nei suoi confronti, una lesione di quella dignità che connota l'esistenza nei momenti cruciali della sofferenza, fisica e psichica⁽³⁶⁾, per la quale ha diritto di essere risarcito.

6. Orbene, chiarito che il consenso informato è presupposto di legittimazione del trattamento medico e che la sua acquisizione costituisce oggetto di un obbligo contrattuale che, volto a tutelare direttamente l'autodeterminazione e la libertà del paziente, è distinto e autonomo dall'obbligo di cura dall'obbligo di cura, è necessario analizzare le caratteristiche del consenso che il paziente deve prestare perché il sanitario vada esente da responsabilità.

A tal fine il consenso deve essere personale⁽³⁷⁾ (cioè non mediata da terzi),

⁽³⁴⁾ Testualmente QUADRI, *Il rischio in medicina oggi e la responsabilità professionale*, in *Atti del Convegno di studio della Federazione nazionale degli Ordini dei medici chirurghi e degli odontoiatri*, Milano, 2000, 137. Cfr. GENNARI, *Il consenso informato come espressione di libertà*, cit. 2140, secondo cui il diritto all'autodeterminazione è lesa non perché è stata pregiudicata l'integrità fisica, ma perché il paziente non è stato posto nelle condizioni di preservare quest'ultima.

⁽³⁵⁾ In dottrina, MANNA, *Trattamento medico-chirurgico*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 1282.

⁽³⁶⁾ Cfr. Cass., 31 gennaio 2013, n. 2253; Cass., 27 novembre 2012, n. 20984, cit.; Cass., 28 luglio 2011, n. 16543, cit.

⁽³⁷⁾ Il consenso non può che provenire dalla persona che ha la disponibilità del bene giuridico protetto, pertanto non è ammessa la rappresentanza se non nei casi di incapacità. Prevale la volontà dell'incapace legale, se questi sia capace di intendere e di volere in quel momento, rispetto al suo legale rappresentante (si pensi al caso del minore quasi diciottenne). Ciò consegue alla natura di atto giuridico in senso stretto del consenso informato, rispetto alla teoria della volontà contrattuale che presupporrebbe la capacità di agire dell'avente diritto. In tal senso è il principio affermato dall'art. 6 della Convenzione per la protezione dei diritti dell'uomo e la biomedicina; dall'art. 120 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, ove si prevede che il minore possa richiedere al servizio pubblico per le tossico-dipendenze di essere sottoposto ad accertamenti diagnostici e di definire un programma terapeutico e socio-riabilitativo anche personalmente, oltre che attraverso i soggetti che esercitano su di lui la potestà o la tutela. Ulteriore esempio normativo è costituito dall'art.

esplicito, reale ed effettivo (non assumendo alcuna rilevanza il consenso tacito, presunto o per *facta concludentia*⁽³⁸⁾). Esso, inoltre, deve essere specifico (ossia riguardare ogni singolo trattamento⁽³⁹⁾) e attuale (ovvero preesistere all'inizio dell'intervento e persistere per tutta la durata dello stesso⁽⁴⁰⁾), oltre che consapevole e completo.

Con riguardo a tale ultimo requisito, il consenso deve scaturire da una adeguata informazione consistente nella esaustiva esposizione e comparazione dei vantaggi da una parte, e dei possibili rischi e complicanze del trattamento dall'altra.

In questo senso è unanimemente allineata la cultura giuridica.

All'uopo l'art. 5 della Convenzione di Bioetica prevede che «un trattamento sanitario può essere praticato solo se la persona interessata abbia prestato il proprio consenso libero e informato. Tale persona riceve preliminarmente informazioni adeguate sulla finalità e sulla natura del trattamento, nonché sulle sue conseguenze e sui suoi rischi». Così, ancora, ai sensi dell'articolo 33 del codice di deontologia medica, «il medico deve fornire al paziente la più idonea informazione sulla diagnosi, sulle prospettive e le eventuali alternative diagnostiche terapeutiche, e sulle possibili conseguenze delle scelte operate (...) tenendo conto delle sue capacità di comprensione al fine di promuovere la massima partecipazione alle scelte decisionali e all'adesione delle proposte diagnostiche-terapeutiche».

Analogamente in giurisprudenza si legge che è necessario che il sanitario fornisca al paziente in modo particolareggiato, intellegibile per il

12, l. 22 maggio 1978, n. 194, che in determinate ipotesi legittima la donna minorenne o interdetta a richiedere l'interruzione di gravidanza. Infine, merita di essere menzionato l'art. 38 del Codice di Deontologia medica, il quale dispone che il medico, compatibilmente con l'età, con la capacità di comprensione e con la maturità del soggetto ha l'obbligo di dare adeguate informazioni al minore e di tenere conto delle sue volontà.

⁽³⁸⁾ La giurisprudenza assolutamente prevalente nega, infatti, che assuma rilievo il c.d. consenso presunto, ovvero quello mancante ma che si ritiene sarebbe stato prestato se il paziente avesse potuto farlo. In proposito, cfr. Cass., 27 novembre 2012 n. 20984, in *Guida al dir.*, 2013, 8, 72; Cass., 9 febbraio 2010, n. 2847, cit.; per altro caso più risalente, cfr. Cass., 21 aprile 1992, Massimo, in *Cass. pen.*, 1993, I, con nota di MELILLO, 63 ss. *Contra*, Cass., 28 novembre 2003, Fasanella, n. 45976, in *Juris Data*, ove si afferma che «per quel che riguarda, infine, il consenso del paziente, (...) il consenso deve essere reale, informato, pacifico o, se ne ricorrono le condizioni, presunto (...) nelle ipotesi di impossibilità materiale di manifestazione del consenso e di urgente necessità terapeutica».

⁽³⁹⁾ In tema si legga, da ultimo, Cass., 4 giugno 2013, n. 14024, in *www.altalex.com*.

⁽⁴⁰⁾ Il paziente ha la facoltà di revocarlo in ogni momento. Il requisito dell'attualità sembra essere ostativo del riconoscimento della validità delle c.d. direttive anticipate di trattamento ovvero testamento biologico. Per una compiuta disamina della problematica si legga PALAZZO, SASSI, SCAGLIONE, *Permanenze dell'interpretazione civile*, cit., 412 ss.

livello culturale del paziente⁽⁴¹⁾ ed esaustivo le informazioni scientificamente possibili riguardanti la natura dell'intervento medico e/o chirurgico che intende eseguire, la sua portata ed estensione, i risultati conseguibili, i rischi prevedibili e le possibili conseguenze negative⁽⁴²⁾.

Sono esclusi dall'obbligo *de quo* soltanto gli esiti anomali, al limite del fortuito, che non assumono rilievo secondo l'*id quod plerumque accidit*, che pur in astratto prospettabili, ove si verificassero eliderebbero il nesso di causalità tra l'intervento sanitario e l'evento lesivo, non potendosi disconoscere che l'operatore sanitario deve temperare l'esigenza di informazione con la necessità di evitare che il paziente, per una qualsiasi remotissima eventualità eviti di sottoporsi ad un intervento banale⁽⁴³⁾.

Ebbene, rispetto a tale granitico orientamento la sentenza in esame compie un ulteriore passo avanti, ampliando e meglio specificando il contenuto dell'informazione.

Quest'ultima, infatti, deve comprendere, tra le implicazioni scientificamente possibili, anche la prospettiva di rischi straordinari ed infrequenti, cioè di quelli eventi che, alla stregua di un calcolo statistico, hanno una scarsa o comunque non significativa probabilità di accadimento, ma che, verificandosi, inciderebbero gravemente sulle condizioni fisiche del paziente o addirittura sul bene supremo della vita.

Ciò, in quanto, a giudizio degli Ermellini, la natura personalissima degli interessi in gioco vieta di fare dell'operatore sanitario il *dominus* delle informazioni da rendere al paziente: al medico non può essere riconosciuto, né questi non può arrogarsi il potere di selezionare discrezionalmente i rischi da comunicare al malato, scartandone alcuni sol perché statisticamente di raro

⁽⁴¹⁾ Cass., 20 agosto 2013, n. 19220, in *Juris Data*, ove si legge, altresì, che è onere del medico dimostrare di avere adempiuto tale obbligazione, a fronte dell'allegazione dell'inadempimento da parte del paziente.

⁽⁴²⁾ Cass., 2 luglio 2010, n. 15698, in *Juris Data*; Cass., 23 maggio 2001, n. 7027, cit. In particolare, l'informazione deve concernere: la prognosi sia nell'ipotesi che si segua il trattamento o si ritardi, oppure ancora nell'ipotesi in cui si preferisca sottoporvisi; la diagnosi, in caso di più trattamenti terapeutici vanno prospettati i vantaggi ed i rischi di ciascuno; gli effetti conseguibili, indicando la finalità dell'intervento, i prevedibili vantaggi; le modalità in cui verrà eseguito l'intervento e la stesa anestesia, dato il rischio che ad essa è connaturato; gli organi e le funzioni che vengono interessati; la descrizione della malattia e della terapia farmacologica praticabile, e di quelle alternative, se ve ne sono; le prevedibili complicità insistenti nel tipo di trattamento prospettato; il decorso post-operatorio e l'incidenza sulla vita, in ogni sua manifestazione: lavorativa, di relazione, sportiva, affettiva, etc.; l'indicazione delle strutture sanitarie più idonee alle specifiche esigenze terapeutiche. Sotto tale ultimo aspetto, si leggano Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Corr. giur.*, 1999, 441; conf. Cass., 16 maggio 2000, n. 6318, in *Guida al dir.*, 2000, 6, 18; Cass., 17 febbraio 2011, n. 3847, in *Guida al dir.*, 2011, 14, 42, con nota di MICALI; Cass., 13 luglio 2011, n. 15386, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 7-8, 1059.

⁽⁴³⁾ Cfr. Cass., 15 gennaio 1997, n. 364, cit., 771.

accadimento, ma che, verificandosi potrebbero recare danno alla salute.

Compete esclusivamente al paziente, unico titolare del bene che è oggetto di pericolo, ogni valutazione comparativa del bilancio rischi-benefici del trattamento sanitario, specialmente quando il male da estirpare non sia particolarmente grave, l'intervento non particolarmente urgente, ed i rischi connessi ad esso siano presenti anche se statisticamente eccezionali o di scarso rilievo.

Ebbene, con riguardo al caso sottoposto alla sua attenzione, la Corte ritiene che il consenso prestato fosse viziato atteso che i ricorrenti, pur informati dei comuni rischi correlati all'intervento, non erano stati edotti di quelli *extraordinari* che avevano condotto alla morte della figlia. Pertanto, in accoglimento del ricorso, cassa la sentenza della Corte d'Appello di Perugia che non si è uniformata all'enunciato principio di diritto.

7. In conclusione, sembra necessario, come suggerisce l'etimologia del sostantivo consenso (dal verbo *cum-sentire*, cioè sentire insieme, pensare insieme), che la determinazione al trattamento sanitario sia il frutto di un rapporto dialettico e fiduciario tra sanitario e paziente. Essa deve passare necessariamente attraverso un percorso conoscitivo, di esaustiva informazione e spiegazione, giacché non si può acconsentire a ciò che non si conosce, per approdare ad una decisione partecipata (*shared decision*)⁽⁴⁴⁾, la quale soltanto, tendendo a superare l'incomprensione che è alla base di ogni controversia, può costituire la panacea della conflittualità che caratterizza (infiaciandolo) il rapporto medico-paziente.

In tale prospettiva si colloca l'arresto della Suprema Corte del dicembre scorso, per il quale l'informazione dovuta al malato più che completa, pare debba essere totale, dovendo contemplare tutti i rischi scientificamente noti, insiti e/o correlati all'atto medico, a prescindere dalla percentuale statistica di probabilità di accadimento, con esclusione soltanto di quelli anomali, perché estranei alla sfera di controllo del debitore.

In tal guisa la pronuncia fornisce una lettura se possibile ancor più garantista delle disposizioni di legge dalle quali trae consacrazione nel nostro ordinamento il diritto al consenso informato e, al contempo, suggerisce l'alleanza terapeutica tra medico e malato, che potrà consapevolmente aderire al trattamento, affidarsi al sanitario, ben sapendo che non c'è nulla che non sappia di ciò a cui va incontro.

FLAVIA RUSSO

⁽⁴⁴⁾ BARNI, *Consulenza medico-legale e responsabilità medica. Impegno etico-conoscitivo in divenire*, Milano, 2002, 75.

CORTE DI CASSAZIONE, Sezione III Civile, 19 dicembre 2013, n. 28472, – Pres. RUSSO. – Rel. LANZILLO – Comune di Montone, in persona del Sindaco pro tempore Sig. T. M. (Avv. Fantusati) c. Fall. Asse Costruzioni S.C.A.R.L., in persona del curatore Dott.ssa TO.GI. (Avv. Busiri Vici) e INAAssitalia S.P.A. (già Assitalia le Assicurazioni d'Italia S.P.A.), in persona del suo procuratore speciale Avv. F. M. (Avv. Luchetti); e c. G.I.
Cassa App. Perugia 29 marzo 2007.

Assicurazione (Contratto di) – Assicurazioni contro i danni – Clausola di regolazione del premio – Obbligo di comunicazione degli elementi variabili da parte dell'assicurato – Riconducibilità alle obbligazioni indicate nell'art. 1901 cod. civ. – Esclusione – Riconduzione operata in via convenzionale – Esclusione – Nullità delle relative clausole – Fondamento.

Nei contratti di assicurazione contro i danni che prevedano la determinazione del premio in base ad elementi variabili (cosiddetta assicurazione con la clausola di regolazione del premio), l'obbligo dell'assicurato di comunicare periodicamente all'assicuratore gli elementi variabili costituisce oggetto di un'obbligazione diversa da quelle indicate nell'art. 1901 c.c., il cui inadempimento non comporta l'automatica sospensione della garanzia, ma può giustificare un tale effetto, così come la risoluzione del contratto, solo in base ai principi generali in tema di importanza dell'inadempimento e di buona fede nell'esecuzione del contratto, senza che assuma rilievo il richiamo, operato con apposita clausola contrattuale, all'art. 1901 c.c. con riguardo alla mancata comunicazione delle variazioni, trattandosi di clausola nulla ai sensi dell'art. 1932 c.c. in quanto derogatoria della disciplina legale in senso meno favorevole all'assicurato (1).

(Omissis). 1.- Con atto di citazione notificato il 14 ottobre 1991 G. I. ha convenuto davanti al Tribunale di Perugia il Comune di Montone, chiedendone la condanna al risarcimento dei danni subiti a seguito della caduta sulla scala di una scuola comunale: incidente occorso il 27 ottobre 1990.

Il Comune ha resistito, contestando la responsabilità. Ha comunque chiesto ed ottenuto di chiamare in causa la sua assicuratrice, s.p.a.

Assitalia, e la soc. coop. a r.l. Asse Costruzioni, a cui erano stati affidati lavori di manutenzione della scuola.

Assitalia ha eccepito la sospensione della garanzia assicurativa poiché il Comune aveva ommesso di comunicare, nel termine contrattuale convenuto, i dati variabili per la regolazione del premio annuo, trattandosi di polizza a premio variabile.

Asse Costruzioni hanno contestato la sua responsabilità e, nelle more del giudizio, è stata dichiarata fallita.

Con sentenza n. 939/2003 il Tribunale ha condannato il Comune a pagare all'attrice la somma di Euro 64.715,00 in risarcimento dei danni, ed ha condannato Assitalia a rimborsare al Comune il medesimo importo.

Proposto appello principale da Assitalia e incidentale dal Comune di Montone e dal Fallimento della soc. Asse Costruzioni, a cui ha resistito la G., la Corte di appello di Perugia ha confermato la condanna del Comune al risarcimento dei danni ed ha assolto Assitalia, ritenendo inoperante la garanzia assicurativa e condannando il Comune a restituire alla società la somma di Euro 74.277,75 oltre interessi, pagata in esecuzione della sentenza di primo grado, ed a rimborsarle le spese processuali dell'intero giudizio.

Il Comune ha proposto due motivi di ricorso per cassazione, a cui hanno resistito con separati controricorsi Assitalia ed il Fallimento Asse Costruzioni.

Con relazione ai sensi dell'art. 380 bis c.p.c., depositata in Cancelleria il 25 ottobre 2010, il Consigliere relatore ha proposto l'accoglimento del primo motivo di ricorso.

Assitalia ha depositato memoria. (*Omissis*).

(*Omissis*). 1.- La Corte di appello ha motivato il rigetto della domanda di rivalsa proposta dal Comune contro Assitalia ritenendo accertato in fatto (per quanto interessa in questa sede) che:

a) la polizza di assicurazione stipulata dal Comune di Montone con Assitalia il 7 settembre 1988 era a premio variabile, soggetto a regolazione annuale sulla base della comunicazione da parte dell'assicurato degli elementi di rischio soggetti a variazione annuale. Il premio doveva essere corrisposto in via anticipata e provvisoria nell'importo indicato in polizza e doveva essere regolato alla fine di ciascun periodo assicurativo annuo, secondo le variazioni intervenute nel medesimo periodo, quanto agli elementi presi a base del conteggio del premio iniziale, fermo restando l'importo minimo pattuito;

b) a tale scopo, entro sessanta giorni dalla fine di ciascun periodo annuo assicurativo, il Comune era tenuto a comunicare alla compagnia assicuratrice i dati rilevanti ai fini delle variazioni e, decorsi quindici giorni dalla comunicazione, si sarebbe proceduto al conguaglio del premio, rispetto alla somma anticipata;

c) il Comune di Montone ha omesso di inviare le suddette comunicazioni sia alla fine del primo periodo assicurativo (dicembre 1989), sia alla fine del periodo successivo (dicembre 1990). Solo il 10 gennaio 1991, successivamente al verificarsi del sinistro, ha comunicato i dati relativi alla regolazione del premio per l'annualità 1990, con pagamento dell'appendice di conguaglio il 22 aprile 1991;

d) a norma della clausola n. 3 della polizza e dell'art. 1901 c.c., la copertura assicurativa era da ritenere sospesa dal 15 gennaio 1990 - quindicesimo giorno successivo alla scadenza del termine per la comunicazione dei dati variabili - alla data del pagamento poichè, per i periodi di mancata regolazione del premio, la società non è tenuta a prestare la garanzia assicurativa;

e) erroneamente il Tribunale ha posto a fondamento della sua decisione di condanna della compagnia assicuratrice la circostanza che questa non aveva comunicato disdetta del contratto a seguito della mancata comunicazione, poichè l'art. 1901 c.c., fa salva la facoltà dell'assicuratore di risolvere il contratto, ma non esclude che - ove di tale facoltà non si avvalga - può far valere la sospensione della garanzia, ai sensi dell'art. 1901 c.c..

2.- Con il primo motivo il ricorrente denuncia violazione degli artt. 1901, 1455 e 1460 c.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3, richiamando il principio enunciato dalla Corte di cassazione a Sezioni unite con sentenza 11 gennaio - 28 febbraio 2007 n. 4631, secondo cui nei contratti di assicurazione a premio variabile l'inottemperanza dell'assicurato all'obbligo di effettuare le comunicazioni richieste per i conguagli dei premi non costituisce di per sè sola inadempimento soggetto alle disposizioni dell'art. 1901 cod. civ. circa la sospensione automatica della copertura assicurativa, ma è comportamento da valutarsi in base ai principi generali in materia di inadempimento contrattuale, che richiedono si tenga conto dell'importanza dell'inadempimento, oltre che del comportamento e della buona o mala fede delle parti nell'esecuzione del contratto e di ogni altra circostanza. Assume pertanto che erroneamente la Corte di appello ha ritenuto automaticamente sospesa la copertura assicurativa.

2.- Con il secondo motivo denuncia violazione degli artt. 1460 e 1455 c.c., nonchè contraddittoria ed erronea motivazione quanto alla sussistenza di un inadempimento del Comune sufficientemente grave da giustificare la sospensione della garanzia.

3.- I due motivi, che possono essere congiuntamente esaminati perchè connessi, sono fondati nei termini che seguono.

3.1.- È principio ormai consolidato che, nei contratti di assicurazione a premio variabile, analoghi a quello di specie, l'obbligo dell'assicurato di comunicare periodicamente all'assicuratore le variazioni dei dati rilevanti ai fini dell'integrazione del premio costituisce oggetto di un'obbligazione civile diversa da quelle indicate nell'art. 1901 c.c., il cui inadempimento non comporta l'automatica sospensione della garanzia, ma può giustificare un tale effetto, così come la risoluzione del contratto, solo in base ai principi generali in tema di importanza dell'inadempimento e di buona fede nell'esecuzione del contratto (cfr. Cass. civ. Sez.

3, 18 febbraio 2005 n. 3370; Cass. civ. S.U. 28 febbraio 2007 n. 4631; Cass. civ., Sez. 3, 11 giugno 2010 n. 14065; Cass. civ. Sez. 6/3, ord. 13 dicembre 2011 n. 26783).

Nella specie, cioè, non si imputa all'assicurato il mancato pagamento del premio nella sua parte fissa, ma solo la mancata comunicazione delle variazioni eventualmente intervenute, tali da giustificare l'integrazione del premio medesimo, nella sua parte variabile.

Si tratta allora di accertare in primo luogo se siano effettivamente intervenute, nel periodo considerato, variazioni suscettibili di comunicazione; in secondo luogo se esse siano state così rilevanti da avere comportato un'alterazione del rapporto di adeguatezza fra rischio e premio, di tale entità da giustificare la totale sospensione della garanzia, per effetto dell'eccezione di inadempimento, o se invece l'eccezione sia da considerare proposta in violazione dei principi di buona fede nell'esecuzione del contratto.

La Corte di appello, per contro, ha erroneamente emesso la sua decisione con specifico riferimento al disposto dell'art. 1901 c.c., e sulla base del mero accertamento dell'omessa comunicazione delle variazioni, senza svolgere alcuna indagine circa l'effettiva sussistenza di variazioni dei dati rilevanti, nel periodo considerato, e circa la loro idoneità ad alterare il rapporto di adeguatezza fra entità dei rischi assicurati ed entità dei premi, in termini sufficientemente gravi da giustificare la sospensione della garanzia.

In mancanza di tali presupposti, com'è noto, la proposizione dell'eccezione di inadempimento che giustifica la sospensione della garanzia sarebbe da ritenere contraria a buona fede.

Va soggiunto che è irrilevante la circostanza che apposita clausola contrattuale richiami l'applicazione dell'art. 1901 c.c., anche in relazione alla mancata comunicazione delle variazioni.

Tale clausola infatti è da ritenere nulla ai sensi dell'art. 1932 c.c., a norma del quale una serie di disposizioni in tema di assicurazione, fra cui l'art. 1901 c.c., non possono essere derogate dalle parti se non in senso più favorevole all'assicurato (cfr. sul tema, con riferimento a fattispecie parzialmente diversa, Cass. civ. Sez. 3, 3 settembre 2007 n. 18525).

I rilievi della resistente, secondo cui il dispositivo della sentenza impugnata dovrebbe essere comunque confermato, poichè il Comune avrebbe del tutto omesso il pagamento dei premi, si fondano su presupposti di fatto che non risultano in alcun modo accertati nelle competenti sedi di merito.

La Corte di appello ha rilevato il mancato pagamento della parte variabile del premio, a causa della mancata comunicazione delle variazioni, ma non il mancato pagamento della parte fissa.

4.- In accoglimento del primo motivo la sentenza impugnata deve

essere annullata, con rinvio della causa alla Corte di appello di Perugia, in diversa composizione, affinché decida la controversia uniformandosi ai principi di diritto sopra enunciati (con caratteri in rilievo), e con congrua e logica motivazione.

4.- La Corte di rinvio deciderà anche sulle spese del presente giudizio (*Omissis*).

(1) Clausola di regolamentazione del premio nel contratto di assicurazione contro i danni e sua interpretazione nell'evoluzione giurisprudenziale: il ruolo della buona fede.

SOMMARIO: 1. *Inquadramento della problematica: nozione di clausola di regolamentazione del premio assicurativo.* – 2. *La pregressa posizione assunta dalla giurisprudenza di legittimità sulle condizioni di validità ed efficacia della clausola di regolazione del premio assicurativo.* – 3. *Orientamento giurisprudenziale contrario: commento a Cassazione Civile n. 3370 del 2005.* - 4. *Intervento della Cassazione Civile S.U. n. 4631 del 28 febbraio 2007.* – 5. *Conclusioni.*

1. La vicenda oggetto della decisione in epigrafe, sulla clausola di regolazione del premio relativo ad una polizza assicurativa per i rischi derivanti da responsabilità civile⁽¹⁾, ha attraversato, nel lungo percorso giudiziario, il travagliato orientamento giurisprudenziale conclusosi con la posizione assunta dalla Cassazione che, sullo stesso tema, in due distinti momenti, era ritornata sui propri passi, sconfessando il precedente indirizzo.

La principale obbligazione derivante per l'assicurato dalla stipulazione del contratto di assicurazione è quella del pagamento del premio, al suo adempimento è subordinato l'inizio della copertura assicurativa prestata dall'assicuratore⁽²⁾.

⁽¹⁾ In argomento, v., da ultimo, *Le assicurazioni - L'assicurazione nei codici - Le assicurazioni obbligatorie - L'intermediazione assicurativa* a cura di LA TORRE, 3° ed., Milano, 2014, 152 ss.

⁽²⁾ In dottrina c'è chi ritiene che il pagamento del premio costituisce condizione di efficacia del contratto, FARENZA, *Diritto delle assicurazioni private*, Torino, 2010, 161; BUTTARO, *Assicurazione* (contratta di), in *Enc. dir.*, Milano 1958, III, 477, ed invece chi ritiene che il pagamento non condiziona l'efficacia del contratto, ma si pone soltanto come condizione essenziale dell'inizio della garanzia, DONATI e VOLPE PUTZOLU, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, Milano, 2012, 133. Secondo tale orientamento, l'efficacia del contratto è sospesa e subordinata al pagamento del premio solo nei confronti dell'assicuratore, visto che l'assicurato resta comunque tenuto alla sua prestazione di pagamento del premio pattuito anche durante il periodo di sospensione della garanzia: questo per il fatto che il contratto di assicurazione, in quanto contratto consensuale, si perfeziona con l'accordo delle parti, e produce i suoi effetti obbligatori immediatamente, con il risultato che la sospensione

Il pagamento del premio, è fornito di peculiarità che lo distinguono dai corrispettivi previsti da altre fattispecie contrattuali⁽³⁾. La ragione di ciò risiede nel fatto che la disciplina del premio assicurativo è intimamente connessa alle esigenze della comunione tecnica dei rischi, vale a dire a quella complessa e raffinata operazione, basata su metodologie statistico-attuariali, che consente all'impresa di assicurazione di assumere i rischi, quantificando per essi il premio corrispondente. Il premio assicurativo riproduce, pertanto, la trasposizione in termini giuridici di una operazione economica, il premio è il corrispettivo, dovuto dall'assicurato, calcolato sulla base di elementi probabilistici, in relazione ad una massa di rischi omogenei⁽⁴⁾.

Su questa premessa, nel quale la regola giuridica è strettamente dipendente dal meccanismo tecnico-assicurativo, l'alterazione del rapporto rischio-premio in un singolo contratto non è consentita, in quanto si rifletterebbe necessariamente su tutti i rapporti relativi allo stesso tipo di rischio⁽⁵⁾.

Il premio, pertanto, non è solo corrispettivo, in quanto esso, pur ponendosi in rapporto sinallagmatico rispetto alla prestazione dell'assicuratore, rappresenta anche la traduzione, in termini giuridici, di una operazione economica, consistente nel riparto, su una massa di soggetti, del costo di una pluralità di rischi, con la finalità di abbattere tale costo e di garantire la indennizzabilità di tutti i sinistri che si dovessero verificare⁽⁶⁾.

prevista dall'art. 1901 c.c., comma 1, riguarderebbe soltanto l'assicurazione intesa come garanzia, come assunzione del rischio e non il contratto di assicurazione nel suo complesso. Secondo autorevole dottrina, SALANDRA, *Dell'assicurazione*, in *Commentario Scialoja-Branca*, 3° ed. Bologna-Roma, (rist.) 1966, 262, dalla disciplina ricavabile dal codice non risulta che il pagamento del premio rappresenti condizione sospensiva in senso tecnico o *cundicio iuris* posta dalla legge per l'efficacia del contratto ma costituisca una applicazione del principio della corrispettività delle prestazioni. Il premio è composto tecnicamente dalla somma del c.d. premio netto (o puro) e dei caricamenti. Il premio netto, che va a costituire le riserve tecniche, è il risultato del calcolo probabilistico effettuato dall'assicuratore, sulla base del quale viene determinato l'accantonamento finanziario destinato a far fronte ai sinistri che, presumibilmente, potranno verificarsi in un arco di tempo considerato e, come tale, corrisponde al rischio assunto dall'assicuratore; i caricamenti sono costituiti, invece, da una serie di voci non omogenee, che, in linea di massima, si riferiscono alle spese di vendita e gestione della polizza. Cfr. al riguardo, FARENGA, *Diritto delle assicurazioni*, cit., 161; DONATI e VOLPE PUTZOLU, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, cit. 133.

⁽³⁾ Si veda ROSSETTI, *Il contenuto oggettivo del contratto di assicurazione*, in Alpa, (a cura di), *Le assicurazioni private*, Milano, 2006, 1024.

⁽⁴⁾ GAMBINO, *L'assicuratore nella teoria dei contratti aleatori*, Milano, 1964, 378, sottolinea come nel codice civile siano stati accolti e trasformati in principi giuridici tutti i corollari tecnici del concetto di premio. Sul punto si veda anche DONATI e VOLPE PUTZOLU, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, cit., 103.

⁽⁵⁾ Sulla base tecnica del rapporto rischio premio, GAMBINO, *Assicurazione*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, 16.

⁽⁶⁾ In argomento si veda ROSSETTI, *Il contenuto oggettivo del contratto di assicu-*

L'importo del premio, calcolato in base ai criteri e nel rispetto delle esigenze accennati, viene usualmente determinato in misura fissa e, viene corrisposto in via anticipata.

L'anticipazione del pagamento rappresenta il criterio regolatore del rapporto premio-prestazione, infatti, in assenza del pagamento del premio, l'assicurazione non acquista operatività; soltanto attraverso il pagamento anticipato del premio, l'impresa ottiene la garanzia di poter esattamente adempiere ai propri obblighi.

Può però accadere che, rispetto a talune situazioni e/o attività del contraente, non sia agevole valutare *ab initio* il rischio ai fini di pervenire ad una commisurata determinazione del premio.

Ciò in quanto il rischio che si intende assicurare è determinato da elementi variabili che all'atto della conclusione del contratto risulta impossibile predeterminare. In queste ipotesi trova solitamente applicazione la c.d. clausola di regolazione del premio con la quale le parti concordano un premio minimo, fissato in via provvisoria e da corrispondere anticipatamente.

Nella pratica commerciale, si dice clausola di regolazione del premio assicurativo quella con cui il premio è soggetto ad elementi di rischio variabili, in quanto nel contratto è indicato un premio minimo, fissato in via provvisoria ed anticipata in un importo determinato, il quale, alla fine del periodo assicurativo, è regolato definitivamente sulla scorta dei dati variabili che l'assicurato si obbliga a comunicare all'assicuratore. Trova sede soprattutto nei contratti pluriennali e in quelli a tacito rinnovo, se non disdetta. Il principio su cui si fonda la clausola è, pertanto, quello generale proprio di tutti i contratti di assicurazione, nei quali viene normalmente richiesto che il rischio assicurato ed il premio versato a sua copertura siano oggetto di una determinazione commisurata. Infatti, la valutazione del rischio deve essere sempre oggettiva, e può essere riferita al presente oppure ad un momento successivo. Come precisa la Suprema Corte Sez. Unite la clausola è inserita allo scopo di adeguare il premio «all'effettivo rischio che le parti non erano in grado di stabilire al momento della sottoscrizione del contratto o dell'inizio del periodo assicurativo» ⁽⁷⁾.

Da ciò può dedursi che la polizza assicurativa nasce con l'indicazione di

razione, cit., 1025, ed anche BUGIOLACCHI, Contratto di assicurazione con clausola di beneficio di cambio in favore dell'assicuratore tra «resistenza» del tipo, necessita del giudizio di cui all'art 1322, comma 2 c.c. e giustificazione causale dello spostamento patrimoniale, in Resp. civ. prev., 2004, 1064 ss.

⁽⁷⁾ Così MARIOTTI, A. GUACCI, P. GUACCI, *La responsabilità civile nella polizze di assicurazione*, Milano, 2004, 61. Si veda pure Cass. civ. 24 novembre 1970, n. 2495, in *Assicurazioni*, 1971, II, 2, 70, con nota di MOROZZO DELLA ROCCA, *Elementi fluttuanti del rischio, comunicazioni dell'assicurato e sospensione della copertura assicurativa*. Secondo questo autore si tratta di clausole in forza delle quali il premio, essendo convenuto in base ad elementi di rischio fluttuanti, è anticipato in via provvisoria in un importo predeterminato, ma è regolato poi in via definitiva alla fine di ogni periodo assicurativo sulla scorta dei dati all'uopo forniti dallo stesso assicurato.

un premio che deve essere pagato sempre anticipatamente, senza di che la copertura assicurativa non diventa operativa, e di un premio eventualmente dovuto a conguaglio dall'assicurato.

Nella sua formulazione più comune, la clausola di regolazione del premio pone in capo all'assicurato l'obbligo di comunicare all'assicuratore, entro i sessanta giorni successivi alla scadenza contrattuale, gli elementi variabili registrati nel corso dell'annualità trascorsa⁽⁸⁾. Ciò al fine di consentire la determinazione di eventuali conguagli (attivi o passivi) o del premio relativo alla nuova annualità. Frequentemente le clausole prevedono che, là dove l'assicurato non effettui le dovute comunicazioni relative al rischio, la garanzia resti sospesa per il periodo successivo, in applicazione, quindi, sostanziale se non formale, dell'art. 1901, comma 2°, c.c.

La clausola di regolamentazione del premio richiede, pertanto, per il suo funzionamento, la cooperazione dell'assicurato, il quale è l'unico soggetto a conoscenza delle fluttuazioni (e della loro entità) dalle quali deriva l'adeguamento del premio al rischio effettivo.

La determinazione della prestazione dell'assicurato, che viene ad essere parzialmente differita al termine di ciascun periodo assicurativo, si ritiene non alteri il principio di indivisibilità del premio, in quanto questo, pur essendo formato da una componente fissa e da una variabile, aventi anche due scadenze differenti, una all'inizio del periodo assicurativo, relativamente alla quota fissa; l'altra, al termine del periodo medesimo, relativamente alla eventuale parte variabile resta unico⁽⁹⁾. È palese, comunque, una deroga parziale al principio di anticipazione integrale del premio, in quanto, in presenza di siffatta clausola, l'anticipazione avviene in via provvisoria e quindi, eventualmente, parziale⁽¹⁰⁾.

Per questo motivo l'impresa di assicurazione dovrà essere puntualmente informata su quanto aleatorio sia l'evento assicurato, ovvero dovrà essere informata sullo stato del rischio assunto e in buona sostanza, dunque,

⁽⁸⁾ ALPA, *Le assicurazioni private*, I, Torino, 2006, 1046.

⁽⁹⁾ In questi termini si è pronunciata Cass. civ. 24 novembre 1970, n. 2495, in *Assicurazioni*, 1971, II, 2, 70, con nota di MOROZZO DELLA ROCCA, *Elementi fluttuanti del rischio, comunicazioni dell'assicurato e sospensione della copertura assicurativa*, cit., asserendo che anche nel caso in cui su accordo dei contraenti, il premio venga stabilito, per una parte, in maniera definitiva ed invariabile all'inizio del contratto e, per la parte restante, con riferimento ad elementi mutevoli, come ad esempio l'ammontare delle retribuzioni corrisposte dall'assicurato ai propri dipendenti, al termine del periodo assicurativo, «il premio costituisce un tutt'uno, non frazionabile». Allo stesso modo si era espressa anche la dottrina, cfr. DURANTE, *Aspetti del premio nell'assicurazione di responsabilità*, in *Assicurazioni* 1962, 195, affermando che sia la quota di premio cosiddetta preventiva che quella consuntiva formavano un tutt'uno, si veda in proposito anche ARDITO, *Contratto di assicurazione e clausola di regolazione del premio*, in *Contratti*, 2005, 52.

⁽¹⁰⁾ In questo senso FUSCO, *Clausola di regolazione del premio, inadempimento dell'obbligo di comunicazione degli elementi variabili e conseguenze*, in *Dir econ. ass.*, 2004, 821.

sull'oggetto della sua prestazione quale corrispettivo del premio versato dall'assicurato.

A tal proposito si registrano arresti giurisprudenziali ispirati a due diversi orientamenti concernenti l'elemento essenziale del contratto di assicurazione, ovvero la garanzia assicurativa.

Il primo⁽¹¹⁾ ritiene che la lettera dell'art. 1882 c.c. sancisca l'obbligo dell'assicuratore di pagamento dell'indennizzo condizionandolo alla corresponsione del premio da parte dell'assicurato in quanto elemento essenziale per la prestazione della garanzia, ma non per l'efficacia del contratto⁽¹²⁾.

Per questa posizione, dunque, solo in casi eccezionali, per esempio assicurazione fideiussoria, assicurazione di rendita immediata, il pagamento del premio viene considerato condizione di efficacia del contratto.

L'altro e diverso indirizzo, invece, afferma che la corrispettività sussiste tra il pagamento del premio e l'obbligo di garantire la copertura del rischio.

La disputa, non certo teorica, ovviamente porta a conclusioni diametralmente opposte di non poco momento.

Chi, infatti, ritiene che l'obbligazione dell'assicuratore sia condizionale, non ammette che l'assicurato possa chiedere la risoluzione del contratto ex art. 1453 cod. civ., prima del sinistro, poiché prima non sarebbe configurabile un inadempimento⁽¹³⁾.

Chi invece sostiene al contrario, che la prestazione dell'assicuratore consista nella sopportazione del rischio, ammette il ricorso alla risoluzione, anche prima del sinistro, ad esempio, quando l'assicuratore tenga una condotta di gestione tale da non consentire l'adempimento in caso di sinistro⁽¹⁴⁾.

La comunicazione, peraltro, dovrà tempestivamente intervenire, non solo all'origine del rapporto contrattuale, pena l'annullabilità del contratto ovvero la possibilità per l'assicuratore di recedere dal negozio nel corso del vincolo negoziale⁽¹⁵⁾.

Laddove, pertanto, il rischio sia soggetto a fluttuazioni in termini di probabilità (aumenti, diminuisca, cessi del tutto) l'assicurato, come del resto previsto dagli art. 1896, 1897 e 1898 c.c., è tenuto a darne immediata

⁽¹¹⁾ Si segnala per tutte Cass. civ., 18 maggio 1971, n. 1462, in *Giust. civ.*, 1971, I, 1627 ss.

⁽¹²⁾ In dottrina RUPERTO e SGROI, *Nuova rassegna di giurisprudenza sul codice civile*, Milano, 1994, 3910.

⁽¹³⁾ In giurisprudenza, App. Cagliari 28 settembre 1962, in *Riv. giur. sarda*, 1963, 310, in dottrina Cfr. SCALONE, *La risoluzione del contratto: inadempimento dell'assicuratore*, in *Assicurazioni*, 1955, II, 2, 18.

⁽¹⁴⁾ Cfr. SCALFI, voce *Assicurazione (Contratto di)*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, I, Torino, 1987, 343.

⁽¹⁵⁾ Art. 1892 c.c. in caso di dichiarazioni inesatte o reticenze frutto di dolo o colpa grave, art. 1893 c.c. in caso di dichiarazioni inesatte o reticenze senza dolo o colpa grave.

notizia all'impresa di assicurazioni, in quanto condizione di godimento del diritto ad essere indennizzato.

La ragione di una così puntuale disciplina dell'oggetto dell'onere-obbligo di comunicazione- cui è tenuto l'assicurato, alla genesi del rapporto e in sua costanza, va ravvisata nella struttura tecnico-economica del contratto di assicurazione, prima ancora che nella sua struttura giuridica, imperniata, come già riferito, sulla costante corrispondenza tra premio e rischio a motivo del quale il rischio deve essere analiticamente descritto dal contraente, anche e soprattutto in quelle mutevoli vicende che erodono l'equilibrio del rapporto.

Un equilibrio che, nel caso di polizze con clausola di regolazione del premio, è prevedibile che venga alterato, in quanto il rischio assicurato è, in tale ipotesi più che in altre, quanto mai fluttuante ed allora cosa accade se l'assicurato nulla comunica e di conseguenza non corrisponde il conguaglio eventualmente dovuto?

Per la dottrina, mentre non ne è discussa la validità⁽¹⁶⁾, è incerta la natura delle clausole in esame. Conseguentemente, è incerto quale sia il rimedio che è lecito convenire o, comunque, applicare, quando siano inadempiti gli obblighi informativi posti in capo all'assicurato.

Più in particolare, si discute se l'obbligo di pagare l'eventuale conguaglio, nonché, a monte, quello di effettuare le comunicazioni dei dati variabili, costituiscono obbligazioni accessorie a quella di pagare il premio, ovvero se rivestano carattere di autonomia. Seguire la prima soluzione o la seconda, si riflette in primo luogo sulla possibilità di farne valere l'inadempimento a stregua dell'art. 1901 c.c., il quale, com'è noto, disciplina il mancato pagamento del premio nelle assicurazioni contro i danni, facendone conseguire, dapprima, la sospensione della garanzia e, quindi, la risoluzione di diritto del contratto. Ove non si tratti di obbligazione accessoria a quella del pagamento del premio, ma

⁽¹⁶⁾ È controverso, piuttosto, se siffatte clausole siano onerose o abusive. Al riguardo, per l'onerosità, si veda, oltre la decisione in commento, Cass., civ. 18 febbraio 2005, n. 3370, in *Dir. econ. ass.*, 2005, 204; si veda pure le osservazioni critiche di LANDINI, *Obbligazioni a carico dell'assicurato in ipotesi di clausole di regolamentazione del premio*, in *Assicurazioni*, 2006, II, 2, 201 ss., secondo cui la clausola va riferita non solo all'art. 1901 c.c. ma anche all'art. 1460 c.c. con la conseguenza che la stessa non è vessatoria imponendo oneri correlati alla prestazione principale di pagare il premio. Invece, sull'abusività si veda App. Roma, 7 maggio 2002, in *Foro it.*, 2002, I, 2823, con nota di DE ROSAS e PALMIERI, *Consumatori, contratti e difesa dalle vessazioni: gli ingranaggi cominciano, faticosamente, a girare*; nonché in *Assicurazioni*, 2002, II, 2, 142; in *Corriere giur.*, 2002, 1493, con nota di DI VITO, *L'azione inibitoria collettiva con riguardo alla clausola nulla nel contratto di assicurazione*. La Corte d'Appello afferma che «non sono abusive, in quanto non comportano un significativo squilibrio tra le posizioni delle parti» una serie di «clausole, predisposte per regolamentare in modo uniforme contratti di assicurazione» tra cui quella nella quale «e) si disciplinano particolari modalità di regolazione del premio, prevedendo un'anticipazione in via provvisoria ed una regolazione definitiva al termine di ciascun periodo assicurativo».

di obbligazione del tutto autonoma, non sarebbero neppure astrattamente applicabili i rimedi di cui all'art. 1901 c.c. e l'inadempimento dovrebbe farsi valere alla luce dei principi generali di cui agli artt. 1218 e ss. c.c.

2. L'orientamento giurisprudenziale più risalente e consolidato, per oltre quarant'anni, prendendo le mosse dalla qualificazione dell'obbligo di comunicazione dei dati, propende per la soluzione in termini di obbligazione complementare o accessoria rispetto a quella di pagamento del premio, conseguentemente ritiene che «quando sia stabilito, per una parte in maniera definitiva ed invariabile all'inizio del contratto e, per la restante parte, con riferimento ad elementi mutevoli, il premio costituisce un tutt'uno non frazionabile e il contraente alla fine del periodo assicurativo è tenuto a notificare all'assicuratore l'importo dei dati variabili, per consentirgli l'esatto computo del premio e la sua esazione»⁽¹⁷⁾. In questa prospettiva,

⁽¹⁷⁾ In questo senso, Cass., 24 novembre 1970, n. 2495, in *Assicurazioni*, 1971, cit., con nota di MARROZZO DELLA ROCCA, *Elementi fluttuanti di rischio, comunicazioni dell'assicurato e sospensione della copertura assicurativa*; Cass. civ., 30 ottobre 1990, n. 10527, in *Arch. civ.*, 1991, 815; Cass. civ., 23 maggio 1997, n. 4612, in *Mass. Foro it.*, 1997 (205): «Qualora, in un contratto di assicurazione, venga inserita una clausola di cosiddetta "regolazione del premio", in virtù della quale l'assicurato è tenuto, oltre che al pagamento di un premio minimo da versarsi in via provvisoria ed anticipata, alla corresponsione di un maggior premio definitivo, alla scadenza di ciascun periodo assicurativo, in funzione di elementi variabili, da trasmettersi periodicamente all'assicuratore, la comunicazione degli elementi variabili in essa prevista integra una vera e propria obbligazione accessoria, rispetto a quella del pagamento del premio, derivando, da ciò, a carico dell'assicurato che invochi la copertura assicurativa, l'onere di fornire la prova di aver adempiuto anche alla detta obbligazione e, in difetto, la sospensione della garanzia assicurativa nonché la successiva, eventuale risoluzione del contratto. Non può, *ex adverso* rilevare, neppure sotto il profilo dell'esecuzione delle prestazioni contrattuali secondo buona fede, il mancato esercizio, da parte dell'assicuratore, della facoltà di sollecitare, all'assicurato, la trasmissione dei dati, concedendogli un ulteriore termine per tale comunicazione». Dello stesso avviso, Trib. Milano, 30 dicembre 2003, in *Dir. econ. ass.*, 2004, 814, con nota di FUSCO, *Clausole limitative della responsabilità e clausole delimitative del rischio assicurato: qualificazione ed interpretazione*, nel quale si legge che consegue «a carico dell'assicurato che invochi la copertura assicurativa, l'onere di fornire la prova di aver adempiuto anche alla detta obbligazione e, in difetto, la sospensione della garanzia assicurativa nonché la successiva, eventuale risoluzione del contratto; non può, *ex adverso* rilevare, neppure sotto il profilo dell'esecuzione delle prestazioni contrattuali secondo buona fede, il mancato esercizio, da parte dell'assicuratore, della facoltà di sollecitare, all'assicurato, la trasmissione dei dati, concedendogli un ulteriore termine per tale comunicazione», dello stesso tenore, Cass. civ., 25 giugno 1985, n. 3817, in *Dir. econ. ass.*, 1987, II, 316, con nota di GIAMMARINO, *Il regolamento del premio ed il relativo onere della prova nell'assicurazione della responsabilità civile*; e, Cass. civ., 19 dicembre 2003, n. 19561, in *Assicurazioni*, 2004, II, 2, 114, per la quale «qualora in un contratto di assicurazione venga inserita una clausola, di c.d. regolazione del premio..., la comunicazione degli elementi variabili in essa prevista integra una vera e propria obbligazione accessoria, rispetto a quella del pagamento del premio, con la conseguenza che l'inadempimento di tale obbligazione accessoria comporta solo la violazione del

l'obbligo di informazione circa i dati variabili è chiaramente funzionale alla determinazione dell'obbligazione a carattere principale, di pagare il premio; di conseguenza, in caso di inadempimento, risulta del tutto giustificata la sospensione della garanzia assicurativa ex art. 1901 c.c., in quanto ritenuta corrispondente al mancato pagamento.

Per quanto concerne la validità della clausola di regolazione del premio era stata subito riconosciuta dalla giurisprudenza di legittimità, la quale, in una decisione dei primi anni settanta⁽¹⁸⁾, ha ritenuto che quando sia stabilito, per una parte in maniera definitiva ed invariabile all'inizio del contratto e, per la restante parte, con riferimento ad elementi mutevoli, il premio costituisce un tutt'uno inscindibile e non frazionabile, ed il contraente, alla fine del periodo assicurativo, è tenuto a notificare all'assicuratore l'importo dei dati variabili, per consentirgli l'esatto computo del premio e la sua successiva esazione. E poiché il pagamento del premio rappresenta un vincolo del contratto gravante sull'assicurato, anche il dovere di trasmettere all'assicuratore i dati necessari rappresenta un preciso obbligo anch'esso ricadente sull'assicurato. La regolazione del premio, essendo un accessorio, ne segue le sorti, e la relativa clausola che lo prevede va ritenuta compatibile con i principi indicati nell'art. 1901 c.c.

In questi termini, evidenziata la persistente natura unitaria ed indivisibile del premio, anche nei casi di una sua regolazione, la Suprema Corte⁽¹⁹⁾ osservava che «poiché il pagamento del premio rappresenta un obbligo in senso stretto, anche il dovere di trasmettere all'assicuratrice i dati necessari rappresenta un ben preciso obbligo, perché senza tale trasmissione non può l'assicuratrice addivenire alla definitiva determinazione del premio, costituente il suo credito». La Corte poi continuava osservando che «il contraente è obbligato a tenere fede a tale impegno anche se al termine del periodo assicurativo non siano intervenute variazioni nelle mercedi ed anche se nella clausola non via siano precisazioni al riguardo, perché la regolazione del premio, per sua stessa natura, è in ogni caso subordinata a tale notificazione». «Consegue che», terminava la Corte, «il detto regolamento essendo un accessorio del premio, attiene intimamente all'adempimento del relativo obbligo, di cui ha le caratteristiche e segue le sorti, ond'è che la clausola che lo prevede non solo non è in contrasto, ma in piena armonia con i principi sanciti dall'art. 1901 c.c.».

La Suprema Corte pervenne per vero ad analogo approccio sospensivo, seppure con altre sfumature terminologiche quanto alla qualificazione del

patto e non esprime di per sé alcun intento fraudolento dell'assicurato, rilevante ai fini dell'interruzione della prescrizione di cui all'art. 2941, 1° comma, n. 8 c.c.».

⁽¹⁸⁾ Cfr, Cass. 24 novembre 1970, n. 2495, riportata per esteso in *Foro it.*, 1971, I, 1977; in *Assicurazioni*, 1971, II, 2, 70, con nota di MOROZZO DELLA ROCCA, *Elementi fluttuanti di rischio, comunicazioni dell'assicurato e sospensione della copertura assicurativa*, cit.

⁽¹⁹⁾ Cass. civ., 24 novembre 1970, n. 2495, cit.

dovere di comunicazione, anche in altre decisioni nelle quali, una volta ribadita l'unicità ed indivisibilità del premio, si osservava come la trasmissione dei dati rilevanti per il suo computo rappresentasse un elemento necessario per la determinazione del premio stesso ovvero un obbligo in senso stretto alla stregua dell'obbligo di pagamento del premio, non potendo l'assicuratore, in assenza di detta trasmissione, addivenire alla definitiva determinazione del premio, costituente il suo credito.

La dottrina ha invece preso le distanze da questa soluzione, evidenziando la circostanza che il contraente che non comunica i dati variabili o non paga il premio corrispondente non aggrava il rischio assicurativo, sia con riferimento all'assunto che la mancata comunicazione dei dati variabili costituirebbe una obbligazione accessoria al regolamento del premio, sia in relazione all'affermazione che la violazione dell'obbligo di pagamento del conguaglio, si risolverebbe nell'inadempimento dell'obbligazione principale di pagamento del premio, dalla quale viene fatta derivare la sospensione della copertura assicurativa ai sensi dell'art. 1901 c.c.

In definitiva, l'originaria interpretazione giurisprudenziale consolidatasi nel corso degli anni con una serie di pronunce, le quali, partendo dal carattere accessorio della clausola di regolazione del premio, dichiaravano la legittimità della sospensione della garanzia assicurativa sia nell'ipotesi di mancata comunicazione dei dati variabili, poiché l'obbligo di denunciarli era da ritenersi complementare a quello di pagare il premio alla scadenza convenuta nella polizza⁽²⁰⁾, sia in caso di omissione delle dovute comunicazioni⁽²¹⁾.

3. Nel 2005 si verifica un repentino cambiamento nella giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione⁽²²⁾, che decidendo una controversia in cui si dibatteva della responsabilità professionale di un notaio si discostava dall'orientamento dominante, enunciando due principi fondamentali:

a) che «nel contratto di assicurazione con clausola di regolazione del premio, quello della comunicazione dei dati variabili non è un obbligo complementare o accessorio che segue le sorti del mancato pagamento del premio iniziale», essendo quest'ultimo già stato corrisposto, e perché la comunicazione dei dati variabili ed il pagamento del premio definitivo potrebbero non essere dovuti in caso di saldo negativo del computo;

⁽²⁰⁾ In proposito si veda Cass. civ., 6 maggio 2004, n. 8609, in *Assicurazioni*, 2005, II, 2, 3; Cass. civ., 19 dicembre 2003, n. 19561, *ivi*, 2004, II, 2, 114; Cass. civ., 23 maggio 1997, n. 4612, in *Gius.*, 1997, 17, 2022; Cass. civ., 11 maggio 1994, n. 4596, in *Foro, it. Rep.*, 1994, voce *Assicurazione (contratto)*, n. 86; App. Genova, 21 ottobre 1994, in *Assicurazioni*, 1995, II, 2, 100; Cass. civ., 30 ottobre 1990, n. 10527, in *Archiv. civ.*, 1991, 815; Cass. civ., 25 giugno 1985, n. 3817, in *Assicurazioni*, 1986, II, 2, 125; Cass. civ., 2 marzo 1978, n.1044, *ivi*, 1978, II, 2, 164.

⁽²¹⁾ Cfr. Cass. civ., 4 marzo 1987, n. 2256, in *Assicurazioni*, 1987, II, 2,196.

⁽²²⁾ Cfr. Cass. civ., 18 febbraio 2005, n. 3370, in *Contratti*, 2006, 45, con nota di ARDITO, *Contratto di assicurazione e clausola di regolazione del premio*, cit.

b) che «la violazione dell'obbligo della comunicazione è estranea alla disciplina dell'art. 1901, comma 1, c.c.», configurandosi, piuttosto, come violazione di un mero vincolo pattizio a carattere autonomo.

Viene così inaugurato un nuovo filone interpretativo, finalizzato a scalfare l'incondizionata legittimità ed efficacia della clausola di regolazione del premio e del diritto di sospensione, ivi contemplato, a favore dell'assicuratore.

Muovendo da un serrato confronto letterale, logico e giuridico tra la disciplina contrattuale e quella legale, si giunse perciò ad accertare non la semplice difficoltà ma l'impossibilità di ricondurre la clausola di regolazione del premio al testo dell'art. 1901 c.c.

Si osservò, in effetti, come le due previsioni, codicistica e pattizia, «siano diverse e non riconducibili ad unità, posto che l'art. 1901 c.c., eloquente fin dalla rubrica (mancato pagamento del premio) dispone, con assoluta chiarezza, la sospensione dell'assicurazione solo se il contraente non paga il premio o la prima rata del premio stabilita nel contratto oppure se alle scadenze convenute non paga i premi successivi».

Viceversa, avuto riguardo alla clausola di regolazione, un premio, nella parte fissa e immutabile, viene sin da subito pagato (anzi anticipato) e tale circostanza ostacola l'applicazione dell'art. 1901 c.c. ed anzi quel premio iniziale potrebbe, secondo la Suprema Corte, da «provvisorio, assumere carattere definitivo allorquando in seguito alle debite comunicazioni, non sia da operare alcun conguaglio, per essere rimasti invariati gli elementi in base ai quali venne congegiato il premio indicato in polizza».

Alla luce di un tale orientamento, quindi, l'inadempimento che rende legittima la sospensione della garanzia è solamente quello legato al mancato pagamento del premio o della sua prima rata, ovvero all'unica prestazione che possa ritenersi certa ed attuale⁽²³⁾.

In assenza perciò di una obbligazione certa relativa al pagamento della parte variabile sembrerebbe non potersi affermare che la mancata comunicazione degli elementi che permettono la regolazione, sia idonea ad integrare un'ipotesi di inadempimento che si concreta nella mancata o inesatta esecuzione della prestazione dovuta, presupponendo, da un lato, l'esistenza di un'obbligazione certa, e dall'altro lato, l'attualità del tempo della prestazione.

Certezza ed attualità che, come già visto, non è dato rinvenire nei doveri contenuti nella clausola di regolazione del premio.

⁽²³⁾ Cfr. BIANCA, *Diritto Civile*, vol. V, *La responsabilità*, Milano, 1994, 4 e 5, secondo questo autore, certezza della prestazione significa che il rapporto obbligatorio non sia sottoposto a condizione sospensiva, perché altrimenti in pendenza di tale condizione, il debitore non è tenuto ad adempiere. I due principali requisiti dell'inadempimento sono attualità e certezza della prestazione; attualità significa che «il debitore è tenuto ad adempiere senza dilazione di tempo ovvero già attualmente è tenuto ad eseguire la prestazione e in quanto non adempie è in ritardo».

Evidente che «il tentativo, pur suggestivo, di costruire l'obbligo di comunicazione dei dati variabili come complementare e accessorio a quello di pagamento del premio integri un'inaccettabile forzatura logica e giuridica» che comporta inevitabilmente la necessità di reperire al di fuori del modello dell'art. 1901 c.c. la disciplina delle conseguenze del mancato adempimento della comunicazione «integrando la condotta omissiva dell'assicurato la violazione di un diverso obbligo pattizio, estraneo alla norma appuntata».

La pronuncia del 2005 della Suprema Corte però non ha offerto elementi che consentissero di individuare la disciplina dell'obbligo di comunicazione nell'ipotesi di una sua violazione, fermandosi, a monte, ad affermare che nel caso portato alla propria attenzione, la clausola di regolazione doveva ritenersi inefficace, in quanto non riprodotte lo schema dell'art. 1901 c.c. e non rappresentandone una puntuale applicazione, creando per ciò stesso un «vulnus all'equilibrio delle prestazioni che si connota di onerosità per la parte aderente e rientra così a pieno titolo nella categoria delle clausole» che vanno specificatamente approvate per iscritto ex art. 1342, II comma e 1341, II comma c.c.

4. A comporre il contrasto riguardante l'inquadramento degli obblighi a carico dell'assicurato che abbia stipulato un contratto di assicurazione per danni contenente una clausola di regolamento del premio assicurativo, insorto nella giurisprudenza della Corte, intervengono nel 2007 le Sezioni Unite⁽²⁴⁾, che a loro volta prendono posizione, aderendo all'impostazione emersa nel 2005 con la citata decisione n. 3370.

Ed infatti, il principio di diritto espresso dalla Corte è il seguente: la determinazione del premio nei contratti di assicurazione contro i danni, fissata convenzionalmente in base ad elementi variabili, comporta che quello dell'assicurato è adempimento di una obbligazione civile diversa dalle obbligazioni indicate nell'art. 1901 c.c., e come tale deve essere valutata, tenendo conto del comportamento di buona fede tenuto dalle parti nell'esecuzione del contratto, del tempo in cui la prestazione è effettuata e dell'importanza dell'inadempimento⁽²⁵⁾.

Nel 2007 le Sezioni Unite in sostanza confermano l'indirizzo emerso con la pronuncia del 2005⁽²⁶⁾. Con la sentenza n. 4631, infatti, precisano che la clausola di regolazione del premio assicurativo non va considerata come «strumento di protezione del solo assicuratore» ma, piuttosto, deve essere «interpretata come uno strumento di tutela per entrambe le parti del con-

⁽²⁴⁾ Cass., sez. un., 28 febbraio 2007, n. 4631, in *Assicurazioni*, 2007, II, 2, 265; in *Dir. econ. ass.* (dal 2012 *Dir. e Fiscalità assicur.*), fasc. 2, 2007, 501 con nota di ARLECHINO e DE LUCA, *Clausole di regolazione del premio d'assicurazione del credito: "autonomia" o "accessorietà" del conguaglio e supplementi nelle assicurazioni mutue*.

⁽²⁵⁾ Così Cass, sez. un., 28 febbraio 2007, n. 4631, cit.

⁽²⁶⁾ Cfr. Cass., 18 febbraio 2005, n. 3370, cit.

tratto di assicurazione». L'informazione relativa agli elementi variabili non necessariamente costituisce aggravamento del rischio, né automaticamente determina una maggiorazione del premio, potendo ben verificarsi il caso in cui il conguaglio sia pari a zero o, addirittura, sia dovuto dall'assicuratore⁽²⁷⁾.

Qualora si realizzi quest'ultima ipotesi, la mancata comunicazione dei dati variabili non potrebbe in nessun caso comportare inadempimento dell'obbligo di pagare il premio assicurativo, nel senso ipotizzato dall'art. 1901 c.c. Per questa stessa ragione, l'omissione di comunicazioni, dalle quali sorgerebbe un obbligo di integrazione del premio, non possono essere valutate alla stregua dell'art. 1901 c.c. Con la conseguenza, quindi, che il comportamento dell'assicurato si risolve senz'altro nell'inadempimento di un obbligo convenzionalmente stabilito, «ma esso deve essere valutato in concreto con il parametro della buona fede da lui tenuta nell'esecuzione del contratto». In conclusione, la Suprema Corte ritiene che quello dell'assicurato sia «adempimento di una obbligazione civile diversa dalle obbligazioni indicate nell'art. 1901 c.c.» da valutarsi «tenendo conto del comportamento di buona fede tenuto dalle parti nell'esecuzione del contratto, del tempo in cui la prestazione è effettuata e dell'importanza dell'inadempimento». Secondo questo principio di diritto si è espressa anche la terza sezione della Suprema Corte⁽²⁸⁾ e nella decisione in commento.

La clausola di adeguamento del premio, in definitiva, non deve essere interpretata nel senso formale che il verificarsi degli eventi in essa previsti giustifica «automaticamente» la sospensione della garanzia assicurativa.

Di conseguenza, il carattere autonomo dell'obbligazione di pagamento del conguaglio del premio comporta che l'eventuale inadempimento dell'assicurato va esaminato non alla luce dell'art. 1901 c.c., ma secondo le regole che presiedono alla valutazione dell'adempimento delle obbligazioni civili, soppesando il comportamento dell'obbligato con il metro della buona fede oggettiva, intesa come leale ed onesto comportamento che le parti debbono tenere nell'esecuzione del contratto in una valutazione equilibrata del termine dell'obbligazione e dell'interesse creditorio dell'istituto assicurativo nell'eventualità di un adempimento tardivo dell'obbligazione⁽²⁹⁾.

⁽²⁷⁾ Il Supremo Collegio, con la pronuncia del 28 febbraio 2007, n. 4631, precisa poi che la sospensione dell'efficacia del contratto di assicurazione è prevista dall'art. 1901 c.c., in una situazione di mancato pagamento integrale del premio, laddove, nei contratti con clausola di adeguamento del premio, invece, il cosiddetto «anticipo» del premio per il periodo successivo viene corrisposto prima ancora che scada il termine per comunicare la variazione che sia intervenuta riguardo ai parametri convenzionalmente stabiliti ed è accettato dall'assicuratore come pagamento integrale.

⁽²⁸⁾ Cass., sez. III, 28 febbraio 2007, n. 4661, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 2.

⁽²⁹⁾ Questo è quanto ha stabilito la Cass. sez. un., 28 febbraio 2007, n. 4631, cit.. In dottrina: AMENDOLAGINE, *Le condizioni di validità della clausola di regolazione del premio assicurativo* (Nota a App. Milano, 7 febbraio 2010), in *Assicurazioni*, 2010, 271; FARSACI, *Risolto il contrasto giurisprudenziale in tema di inosservanza della clausola di «regolazione del premio» e sospensione della garanzia assicurativa ex art. 1901 c.c.* (Nota a Cass., sez. un., 28 febbraio 2007, n. 4631, Soc. Pagg c. Euler-Siac assicuraz.), in *Giust. civ.*, 2008, I, 3006.

5. Con la sentenza in esame, la Suprema corte ha cassato la decisione di merito che aveva ritenuto che la garanzia assicurativa dovesse sospendersi, sulla base del mero accertamento dell'omessa comunicazione, da parte dell'assicurato, degli elementi necessari per la regolazione del premio⁽³⁰⁾.

Ad avviso dei giudici di legittimità la mera omissione della comunicazione dei dati variabili entro il termine contrattualmente previsto integra la violazione di un'obbligazione diversa ed autonoma da quelle indicate dall'art. 1901 c.c., il cui inadempimento non comporta l'automatica sospensione della garanzia assicurativa, ma può giustificare un tale effetto solo in base ai principi generali in tema di importanza dell'inadempimento e di buona fede nell'esecuzione del contratto. Il giudice dell'appello avrebbe dovuto, pertanto, accertare se nel periodo considerato erano intervenute variazioni e, quindi, eventualmente verificare la loro rilevanza⁽³¹⁾.

La decisione si allinea all'indirizzo inaugurato nel 2005⁽³²⁾ e proseguito nel 2007 con la conferma delle Sezioni Unite⁽³³⁾, le quali hanno segnato, come detto, l'inversione di tendenza nella materia qui considerata rispetto al passato.

Su queste impostazioni la conoscenza degli elementi variabili conseguita dall'assicuratore fa nascere tra le parti un rapporto giuridico che può determinare una posizione debitoria o creditoria dell'assicurato. È, infatti, evidente come, nel secondo caso legato al fatto che il rischio non si è aggravato ma è diminuito rispetto all'ipotesi preventiva, la mancata comunicazione dei dati variabili non comporta alcun inadempimento dell'assicurato all'obbligo di pagare il premio, nel senso ipotizzato dall'art. 1901 c.c., non conducendo alla sospensione della garanzia assicurativa. Nell'ipotesi, invece, di posizione debitoria dell'assicurato, legata alla sopravvenienza di elementi variabili che hanno aggravato il rischio, il comportamento dell'assicurato si risolve nell'inadempimento di un obbligo convenzionalmente stabilito, che deve essere valutato in concreto con il parametro della buona fede da lui tenuta nell'esecuzione del contratto. E, quindi, per esprimere un giudizio di inadempimento è necessario individuare quali siano i suoi effettivi obblighi giuridicamente rilevanti, tenendo conto anche del tempo in cui il suo comportamento doveva essere osservato⁽³⁴⁾.

⁽³⁰⁾ Negli stessi termini, in precedenza, si sono espresse Cass., ord. 13 dicembre 2011, n. 26783, in *Foro it., Rep.*, 2011, voce *Assicurazione (contratto)*, n. 115; Cass. civ., 28 febbraio 2007, n. 4661, cit.; Cass. sez. un., 28 febbraio 2007, n. 4631, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 919, con nota di QUARTICELLI, *Contratto di assicurazione e clausola di regolazione del premio: il punto delle sezioni unite*.

⁽³¹⁾ Nel senso che la mancata regolazione del premio, imputabile all'assicurato, non comporta la sospensione delle garanzie assicurative, bensì legittima la compagnia di assicurazione a sollevare l'eccezione d'inadempimento per violazione del principio di buona fede contrattuale, v. Trib. Enna, 25 luglio 2012, *Danno e resp.*, 2013, 661, con nota di SANTORO, *Stato di necessità e clausola di regolazione del premio nell'assicurazione della responsabilità civile*.

⁽³²⁾ Cass. civ., 18 febbraio 2005, n. 3370, cit.

⁽³³⁾ Cass., sez. un., 28 febbraio 2007, n. 4631, cit.

⁽³⁴⁾ Secondo Cass. 30 gennaio 2009, n. 2488, *Foro it., Rep.* 2009, voce *cit.*, n. 109;

La decisione in epigrafe conclude, in definitiva, come sostenuto in altre decisioni di legittimità⁽³⁵⁾ «nei contratti di assicurazione contro i danni che prevedano la determinazione del premio in base ad elementi variabili (cosiddetta assicurazione con la clausola di regolazione del premio), l'obbligo dell'assicurato di comunicare periodicamente all'assicuratore gli elementi variabili costituisce oggetto di un'obbligazione diversa da quelle indicate nell'art. 1901 c.c., il cui inadempimento non comporta l'automatica sospensione della garanzia, ma può giustificare un tale effetto, così come la risoluzione del contratto, solo in base ai principi generali in tema di importanza dell'inadempimento e di buona fede nell'esecuzione del contratto, senza che assuma rilievo il richiamo, operato con apposita clausola contrattuale, all'art. 1901 c.c. con riguardo alla mancata comunicazione delle variazioni, trattandosi di clausola nulla ai sensi dell'art. 1932 c.c. in quanto derogatoria della disciplina legale in senso meno favorevole all'assicurato»⁽³⁶⁾.

e *Danno e resp.*, 2009, 1163, con nota di LANDINI, *Regolazione del premio e risoluzione di diritto ex art. 1901*, l'obbligo dell'assicurato di pagare il maggior premio, determinato in base ai dati successivamente comunicati, sorge nel momento in cui interviene l'indicazione degli elementi di variabilità ed è, perciò, da tale momento che l'assicuratore può chiederne il pagamento, salvo l'effetto risolutivo del contratto dipendente dalla sua inerzia.

⁽³⁵⁾ Cfr. Cass. 8 aprile 2010, n. 8368, in *Mass. Giust. civ.*, 2010; con stessa conclusione anche Cass., sez. un., 28 febbraio 2007, n. 4631, cit., e Cass. civ., 11 giugno 2010, n. 14065, in *Giust. civ.*, 2010, I, 2776.

⁽³⁶⁾ Sulla natura onerosa, ai sensi dell'art. 1341, 2° comma, c.c., della clausola di «regolazione del premio», v. Cass., 11 giugno 2010, n. 14065, in *Foro it. Rep.*, 2011, voce Assicurazioni, n. 107, e in *Giust. civ.*, 2010, I, 2776; Cass. civ., 14 luglio 2009, n. 16394, *Foro it., Rep.* 2009, voce cit., n. 108, dove si è ritenuto che l'inosservanza dell'obbligo di comunicazione dei dati necessari per la determinazione della parte variabile del premio comporta la sospensione della garanzia assicurativa, ai sensi dell'art. 1901 c.c., se tale effetto sia stato espressamente previsto nel contratto e la relativa clausola sia stata approvata per iscritto ai sensi dell'art. 1341 c.c.; Cass., 18 febbraio 2005, n. 3370, *ivi*, 2005, voce cit., n. 101 con nota di QUARTICELLI, *La clausola di regolazione del premio assicurativo*, in *Danno e resp.*, 2005, 1089; SCHETTINO E BRANCHINELLI, *Sospensione della copertura assicurativa in mancanza della comunicazione degli elementi variabili del rischio*, in *Dir. ed economia assicuraz.*, 2005, 211; MEANI, *La clausola di regolamentazione del premio contenuta nei contratti di assicurazione è una clausola abusiva ex art. 1341 e 1342 c.c.*, in *Corriere giur.*, 2005, 1084; GIOVANARDI, *Contratto di assicurazione e clausole onerose*, in *Giur. it.*, 2006, 45; INCHINGOLO, *La sospensione della garanzia assicurativa in caso di omessa denuncia dei dati variabili: l'onerosità della clausola di regolazione del premio*, in *Nuova giur. civ.*, 2006, I, 249; FARSACI, *In tema di clausola di «regolazione del premio» e sospensione della garanzia assicurativa ex art. 1901 c.c.*, in *Giust. civ.*, 2006, I, 1587; LANDINI, *Obbligazioni a carico dell'assicurato in ipotesi di clausole di regolamentazione del premio*, in *Assicurazioni*, 2006, II, 2, 210; ARDITO, *Contratto di assicurazione e clausola di regolazione del premio*, in *Contratti*, 2006, 45; PONGIBÒ, *Clausola di regolazione del premio, trasparenza dei contratti assicurativi e consumatore medio*, in *Giur. it.*, 2006, 258; SOLLAI, *La nuova impostazione della Corte di cassazione in ordine alla vessatorietà delle c.d. clausole di regolazione del premio nell'assicurazione della r.c.*, in *Resp. civ.*, 2006, 680; URSO, *Vessatorietà e autotutela nella regolazione del premio*, in *Obbligazioni e contratti*, 2006, 400.

Nell'attesa di conoscere come i giudici del rinvio intenderanno conformarsi alle linee di principio indicate dalla Suprema corte, si coglie lo spunto per un'analisi del ruolo della buona fede nell'ambito di un contratto di assicurazione con regolazione del premio.

Facendo applicazione dei principi generali che presiedono alla valutazione della condotta del debitore in *executivis*, l'assicuratore in tanto potrà rifiutare l'indennizzo, solo in quanto l'inadempimento dell'assicurato risulti di non scarsa importanza come espressamente previsto dall'art. 1455 c.c.

Il presupposto per la risoluzione giudiziale del contratto per inadempimento è la gravità di quest'ultimo: per stabilire se l'inadempimento è grave il giudice deve valutare il comportamento di entrambe le parti nel quadro generale dell'esecuzione del contratto e l'interesse che ha la parte all'esatto adempimento dell'obbligo contrattuale. In taluni casi, è il legislatore che stabilisce espressamente quando l'inadempimento è grave per cui il giudice dovrà limitarsi ad accertare che si sia verificata la situazione prevista dalla legge⁽³⁷⁾, in altri casi si regolerà alla stregua del principio di buona fede.

La decisione in commento, rimarcando il ruolo imprescindibile rivestito dalla buona fede, buona fede intesa come dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra parte a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge⁽³⁸⁾, ha riportato alle origini il contratto di assicurazione, solo la buona fede, intesa come leale ed onesto comportamento che le parti debbono tenere nell'esecuzione del contratto, consente una valutazione equilibrata della "funzionalità ed efficienza" del sinallagma, frutto del temperamento dell'interesse di entrambe le parti all'esatto adempimento⁽³⁹⁾.

La giurisprudenza ha più volte fatto ricorso al principio generale della buona fede per bilanciare situazioni originate da una normativa spesso squilibrata in favore dell'assicuratore, quasi questi dovesse essere considerato parte debole del rapporto⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁷⁾ Ad esempio, l'art. 1525 c.c. nella vendita con riserva di proprietà, stabilisce che il mancato pagamento di una sola rata che non superi l'ottava parte del prezzo non dia luogo alla risoluzione del contratto; l'art. 1564 stabilisce che nel contratto di somministrazione, una parte può agire per la risoluzione, solo se l'inadempimento ha notevole importanza ed è tale da menomare la fiducia nell'esattezza dei successivi adempimenti; art. 1668, prevede che il contratto d'appalto si può risolvere per inadempimento, laddove i vizi e difformità dell'opera realizzata sino tali da renderla del tutto inadatta alla sua destinazione; art. 1819 contempla l'ipotesi di risoluzione del contratto di mutuo, nel caso di mancato pagamento di una sola rata e il successivo art. 1820 c.c. nel caso di mancato pagamento degli interessi.

⁽³⁸⁾ In questo senso si veda Cass., sez. I, 5 novembre 1999, n. 12310, in *Società* n. 3/2000, 303.

⁽³⁹⁾ Sulla contrarietà a buona fede della sospensione della garanzia assicurativa in ipotesi di contratto con clausola di regolazione di premio, v. Cass. 14 febbraio 2013, n. 3654, in *Foro it.*, 2013, I, 1943.

⁽⁴⁰⁾ Sul punto si vedano Cass. civ., 1 aprile 2003, n. 4917, in *Resp. civ. prev.*, 2003, 1082, con nota adesiva di BUGIOLACCHI, *Buona fede e obblighi di informazione*

La spinta nel senso del riequilibrio tra le parti giunge anche dalle norme riformate del diritto delle assicurazioni, con l'introduzione di penetranti obblighi informativi a carico dell'impresa assicuratrice⁽⁴¹⁾; con l'introduzione di regole di governo sui giudizi risarcitori ispirate ad un inequivocabile *favor* nei confronti dell'assicurato, che recupera, in fase di eventuale tutela risarcitoria, lo svantaggio iniziale che anche la previsione di obblighi informativi non è sempre idonea a colmare⁽⁴²⁾.

Nell'ambito dei contratti di diritto privato, fin dai primi anni ottanta si cominciò ad affermare con chiarezza l'orientamento per cui la condotta, costituisca uno dei cardini della disciplina legale delle obbligazioni e formasse oggetto di un vero e proprio dovere giuridico, violato non solo nel caso in cui una delle parti avesse agito con il proposito doloso di recare pregiudizio all'altra, ma anche se il comportamento da essa tenuto non fosse stato, comunque, improntato alla diligente correttezza ed al senso di solidarietà sociale, integranti il contenuto della buona fede.

Come si legge nella Relazione al codice civile, il principio di correttezza e buona fede richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore, il giusto riguardo all'interesse del creditore⁽⁴³⁾. Essa opera, quindi, come un criterio di reciprocità che, nel nuovo quadro di valori introdotto dalla Carta Costituzionale, costituisce specificazione degli inderogabili doveri di solidarietà sociale tutelati dall'art. 2 della Carta stessa.

Buona fede, intesa, quindi, in senso etico come requisito della condotta, ovvero come salvaguardia dell'utilità che l'altra parte del contratto persegue

del contraente e tutela contrattuale dell'assicurato per conto, *ivi*, 1083 ss.; Cass., 4 marzo 2003, n. 3165, in *Arch. civ.*, 2003, 719; Cass. civ., 25 marzo 1999, n. 2815 in *Giust. civ.*, 2000, I, 875, nonché in *Assicurazioni*, 1999, II, 145 ss., con nota di ROSSETTI, *Dichiarazioni false o reticenti dell'assicurato, procacciatore d'affari e tutela dell'apparenza*, *ivi*, 147 s.s.; in dottrina anche BALZANO, *Il contratto di assicurazione*, in *Lipari (a cura di), Trattato di diritto privato europeo*, Padova, IV, 2003, 193.

⁽⁴¹⁾ Cfr. decreti legislativi nn. 174 e 175 del 1995, decreti di recepimento delle cosiddette "terze direttive", ora contenuti nel Codice delle Assicurazioni private artt. 120 e 111, integrati dal Regolamento Isvap dell'ottobre 2006 per gli intermediari, art. 185, integrato dall'emanando Regolamento Isvap, per le imprese. Si pensi anche gli obblighi previsti degli art. 3, 4, 5, 6, 7 d.lgs. n. 190/2005, in materia di commercializzazione a distanza di servizi finanziari, comprendenti anche quelli assicurativi.

⁽⁴²⁾ Cfr., l'art. 178 del d.lgs. n. 209/2005.

⁽⁴³⁾ Relazione al codice civile n. 558. Si ritiene che *correttezza e buona fede in senso oggettivo* (intesa cioè quale dovere di comportarsi lealmente ed onestamente) siano concetti sostanzialmente omogenei. Si tratta di *clausole generali*, il cui contenuto non è preventivamente definito dalla legge, ma destinate ad essere definite dal giudice in relazione alla particolarità dei casi concreti. Più in particolare, il debitore deve eseguire tutte quelle prestazioni strumentali o accessorie necessarie per realizzare compiutamente l'interesse del creditore, mentre il creditore è tenuto a quella cooperazione che è d'uso tra persone corrette, per facilitare al debitore l'adempimento, o almeno per evitargli inutili aggravii.

senza un apprezzabile sacrificio della propria utilità nel rispetto del principio di solidarietà che pervade ogni clausola del contratto sia di origine pattizia sia derivante da norma imperativa^{(44) (45)}.

Passando, pertanto, all'analisi dei comportamenti dell'assicurato, in concreto, potrebbero ritenersi contrari a buona fede, al di là delle ipotesi già tipizzate dal legislatore negli artt. 1892, 1893, 1898, 1914 e 1915 c.c., la violazione del dovere di leale e onesta cooperazione tutte le volte in cui si riscontri una condotta attiva od omissiva dell'assicurato che generi un'alterazione del sinallagma, compromettendo la corrispettività tra premio e rischio.

Per quanto attiene, poi e più specificatamente, all'obbligo informativo connesso alla clausola di regolazione del premio, pare potersi ritenere contraria a buona fede l'omessa comunicazione di una variazione degli elementi mutevoli da cui derivi la necessità di corrispondere una non trascurabile quota variabile del premio.

In tale ipotesi, infatti, si potrebbe sostenere che l'assicuratore possa legittimamente, ovvero secondo buona fede, rifiutare di dare esecuzione al contratto, in quanto il comportamento dell'assicurato, per la sua non scarsa importanza, ha alterato il sinallagma contrattuale.

Di converso, invece, qualora l'eccezione di inadempimento dovesse presentare carattere di mero pretesto perché, pur a fronte dell'omessa comunicazione, risulta tuttavia accertato che la variazione v'è stata, ma non in termini significativi, l'assicuratore, pur non potendo opporre l'*exceptio* in quanto la stessa sarebbe contraria alla buona fede, potrebbe però vedere accertata la variazione degli elementi variabili, e così pretendere una diminuzione proporzionale della somma da corrispondere a titolo di indennità ai sensi dell'art. 1907 c.c.

In entrambe le ipotesi, ad ogni modo, ciò che rileva è la valutazione del dato non comunicato rispetto al rischio.

Le Sezioni Unite hanno, in merito alla disciplina della clausola di regolazione del premio, sancito sì l'espulsione dell'art. 1901 c.c. impedendo così all'assicuratore di rifugiarsi nell'automatismo della norma per omessa

⁽⁴⁴⁾ In questi termini, Cass. 18 febbraio 1986, n. 960, in *Mass. Foro it.*, 1986, e Cass. 10 aprile 1986, n. 2500, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, c. 507, ed in *Vita not.*, 1986, 787.

⁽⁴⁵⁾ In merito si veda anche Cass. civ., 20 aprile 1994, n. 3775, in *Foro it.*, 1995, I, 1296, ove si legge che «il dovere di correttezza (1175 c.c.) si porge nel sistema come limite interno di ogni situazione giuridica soggettiva, attiva o passiva, contrattualmente attribuita e va inteso come dovere inderogabile di solidarietà che, applicato ai contratti, ne determina integrativamente il contenuto agli effetti (art. 1374 c.c.) e ne orienta l'interpretazione (art. 1366) e l'esecuzione (art. 1375 c.c.) nel rispetto del noto principio secondo cui ciascuno dei contraenti è tenuto a salvaguardare l'interesse dell'altro se ciò non comporti un apprezzabile sacrificio dell'interesse proprio», l'espansione applicativa del principio si dice che è legato alla notorietà del caso Fiuigi trattato in questa sentenza.

comunicazione ma ciò non significa che l'assicurato è libero di decidere, se e quando, comunicare quei dati che possano incidere sulla valutazione del rischio, che pervade ogni aspetto dell'operazione e pregna le prestazioni di entrambe le parti, solo attraverso una costante informazione, riconducendo il contratto stesso di assicurazione nell'alveo dei contratti *uberrimae bonae fidei* ⁽⁴⁶⁾.

Nel codice del commercio del 1882, infatti, la reticenza dell'assicurato nel fornire informazioni o la falsità di queste ultime, allorché fosse stato dimostrato che l'assicuratore se avesse conosciuto la reale situazione del rischio, non avrebbe concluso il contratto o lo avrebbe stipulato a condizioni diverse, comportava la nullità del contratto ⁽⁴⁷⁾.

In questa ottica, l'inadempimento da parte dell'assicurato ad uno degli obblighi previsti dall'accordo di regolazione e l'inadempimento-risposta dell'assicuratore, concretizzantesi nel rifiuto di prestare la garanzia contrattualmente dovuta, rappresentano una tipica situazione di reciprocità di inadempimenti, ricadente nell'ambito dell'art. 1460 c.c. comma 2, il quale impone che il rifiuto di eseguire la prestazione non sia contrario a buona fede. In questo modo, è stato osservato da autorevole dottrina, è il principio di buona fede a dominare la materia, illuminando la valutazione dell'inadempimento giustificato ⁽⁴⁸⁾.

Più specificamente, si è ritenuto che la sospensione della garanzia assicurativa rappresenti una particolare espressione dell'istituto dell'eccezione di inadempimento, in quanto è ugualmente conseguenza della mancata attuazione della funzione del rapporto ed ha lo scopo di evitare, legittimando la mancata prestazione dovuta dal contraente non inadempiente, l'alterazione della corrispettività in pregiudizio di quest'ultimo; ne deriva l'applicabilità del disposto del secondo comma dell'art 1460 c.c., il quale esclude l'opponibilità dell'eccezione di inadempimento quando il suo esercizio sia contrario a buona fede ⁽⁴⁹⁾.

D'altronde, la stessa decisione in commento fa, seppur implicitamente, riferimento alla buona fede di cui all'art. 1460 c.c., che consente di individuare l'inadempimento giustificabile, quello dell'assicuratore, laddove ha menzionato il tempo in cui la prestazione è effettuata, e l'interesse creditorio, vale a dire l'importanza dell'inadempimento giustificante, quello dell'assicurato; ciò significa, infatti, richiamare quelle circostanze che, in base al

⁽⁴⁶⁾ Vigente in materia contrattuale, la distinzione tra contratti in senso stretto e contratti di buona fede, il contratto di assicurazione era ricondotto in questa seconda categoria e precisamente nei contratti *uberrimae bonae fidei*. Cfr. CRISCUOLO, MERCOLINO, FORTUNATO, PERRINO, SCARPA, *L'assicurazione*, Torino, 2001, 65 ss.; SCALFI, *I contratti di assicurazioni*, Torino, 1991, 124; GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria del diritto privato*, Milano, 1964, 379 ss.

⁽⁴⁷⁾ Anche se la dottrina chiara che si trattava di annullabilità.

⁽⁴⁸⁾ Così ROPPO, *Il contratto*, cit., 988.

⁽⁴⁹⁾ In questo senso Cass., 8 novembre 1984, n. 5639, cit.

comma 2 dell'art. 1460 c.c. devono essere tenute presenti per valutare la rispondenza a buona fede dell'esercizio dell'eccezione.

Le conseguenze della condotta inadempiente dell'assicurato, il quale abbia omesso di fornire le comunicazioni pattuite e, eventualmente, non abbia corrisposto la dovuta integrazione di premio, e di quella dell'assicuratore, il quale pretenda di opporre alla controparte la legittima sospensione della garanzia quale autotutela, potranno dunque essere valutate sulla base dei criteri, per la verità non sempre univoci, elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza in materia di buona fede nell'esercizio dell'eccezione di inadempimento.

Si può allora ritenere, in conclusione, che, a fronte di una omessa comunicazione di elementi che comunque non comportino regolazione del premio, l'assicuratore sarà comunque tenuto a prestare la garanzia; che in presenza dell'inadempimento dell'obbligo di comunicare dati variabili da cui risulti una variazione in aumento del premio, laddove questa sia di lieve entità, l'assicuratore possa soltanto pretendere l'adempimento della prestazione pecuniaria dovuta, e che invece, ove questa sia di maggiore rilevanza, possa aversi una riduzione proporzionale della somma da corrispondere a titolo di indennità⁽⁵⁰⁾; in caso di mancato pagamento di una rilevante quota variabile del premio, conseguente ad una elevata fluttuazione annuale dei dati variabili, si ritiene possa pervenirsi anche alla sospensione della garanzia assicurativa, vista la chiara compromissione dell'interesse creditorio, consistente nella totale alterazione della funzione della riscossione del premio nell'ambito dell'operazione assicurativa⁽⁵¹⁾. Una rilevante differenza tra quanto provvisoriamente anticipato dall'assicurato e l'ammontare del premio definitivo equivarrebbe, anche secondo un criterio di proporzionalità tra i comportamenti dei due contraenti, ad un mancato pagamento del premio.

La particolare configurazione del meccanismo tecnico che è alla base dell'operazione economica dell'assicurazione e che si concretizza nello speciale rapporto rischio/premio rende comprensibili le differenze tra la sospensione legale della garanzia, prevista dall'art. 1901 c.c., e quella dell'istituto di cui all'art. 1460 c.c.⁽⁵²⁾.

La prima, e più rilevante, è rappresentata dal fatto che nel contratto di assicurazione la sospensione non opera soltanto quale strumento di pressione nei confronti della controparte inadempiente, ma ha lo scopo di salvaguardare quella speciale corrispettività tipica del contratto assicura-

⁽⁵⁰⁾ Così QUARTICELLI, *La clausola di regolazione del premio assicurativo*, cit., 1100.

⁽⁵¹⁾ In questo senso in dottrina QUARTICELLI, *La clausola di regolazione del premio assicurativo*, cit., 1099.

⁽⁵²⁾ A questo proposito, per una indagine sui rapporti tra disciplina generale e disciplina speciale dei contratti, si veda GORGONI, *Regole generali e regole speciali nella disciplina del contratto*, Torino, 2005.

tivo, derivante dalla interdipendenza tra ogni singolo contratto e la massa dei contratti⁽⁵³⁾; mentre secondo l'art. 1460 c.c. il soggetto eccipiente è legittimato soltanto a ritardare la prestazione fino a quando la controparte non adempia, tanto è vero che, ad adempimento avvenuto, dovrà anch'egli eseguire la sua prestazione, nel regime dell'art. 1901 così non accade, in quanto una volta verificatosi l'effetto sospensivo automatico della garanzia, collegato al mancato pagamento del premio, il pagamento tardivo non fa ottenere all'assicurato la prestazione assicurativa per il periodo nel quale la garanzia è stata sospesa: l'adempimento tardivo ha quindi effetto soltanto *ex nunc* ⁽⁵⁴⁾.

La seconda riguarda la «automaticità» della sospensione, legalmente prevista per il solo fatto del mancato pagamento, mentre l'esercizio della eccezione di inadempimento postula un'iniziativa *ad hoc* del soggetto interessato ad avvalersene⁽⁵⁵⁾.

Con la decisione in commento, è stato compiuto un ulteriore passo in avanti nella tutela del contraente debole rispetto a quanto avvenuto con la pronuncia del 2005, e che pertanto l'assicuratore possa «eccepire» la sospensione per mancato pagamento del premio solo alla condizione che l'esercizio da parte sua di detta eccezione non sia contrario alla buona fede (oggettiva).

Invero, non sembra sia stato attentamente considerato dalla prassi - as-

⁽⁵³⁾ cfr. sul punto DONATI e VOLPE PUTZOLU, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, cit., 133, che sostengo che ponendosi nella corretta prospettiva della interdipendenza tra tutti i contratti di assicurazione stipulati dall'assicuratore, il premio non costituisce il corrispettivo del rischio inerente al singolo contratto, ma del rischio medio, calcolato in base ad una massa di rischi omogenei: è per questo che non viene tollerata una alterazione del rapporto tra rischio e premio, in quanto essa potrebbe non esaurire i suoi effetti tra i soli contraenti, ma potrebbe piuttosto sovvertire le basi di calcolo del premio o incidere sulla possibilità dell'impresa di far fronte ai rischi assunti.

⁽⁵⁴⁾ FARENGA, *Diritto delle assicurazioni private*, cit., 158; ROSSETTI, *Il contenuto oggettivo del contratto di assicurazione*, cit., 1086; SALANDRA, *Dell'assicurazione*, cit., 253; CASTELLANO e SCARLATELLA, *Le assicurazioni private*, Torino, 1981, 281; SCALFI, *Assicurazione (contratto di)*, cit., 358; Id., *Eccezione di inadempimento e sospensione della prestazione dell'assicuratore*, in *Temi*, 1961, 442. Nel senso che il rimedio sospensivo generale di cui all'art. 1460 c.c. si limita a sospendere temporaneamente l'obbligazione dell'eccepiente, tra gli altri, ROPPO, *Il contratto*, cit., 986; SACCO, in SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato dir. civ.*, diretto da Sacco, cit., 678. Nel momento in cui lo strumento di pressione rappresentato dall'eccezione sortisce il suo effetto, e la parte inadempiente effettua la sua prestazione, l'eccepiente deve a sua volta eseguire la propria controprestazione.

⁽⁵⁵⁾ La dottrina ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, 989 e la giurisprudenza Cass. civ., 8 novembre 1984, n. 5639, in *Foro it.*, 1985, I, c. 205, con nota di PAGANELLI, *Pagamento del premio assicurativo e principio di buona fede*, evidenziano come la sospensione della garanzia prevista dall'art. 1901 c.c. operi «automaticamente», a differenza di quella derivante dall'istituto generale di cui all'art. 1460 c.c., che richiede l'iniziativa dell'interessato.

sicurativa, che la sospensione della garanzia è, nell'equilibrio dell'art. 1901 c.c., la conseguenza dell'inadempimento del premio per il rischio in corso, non per quello pregresso⁽⁵⁶⁾. È perciò del tutto da condividersi la soluzione della Corte suprema, di non considerare l'inadempimento dell'obbligo di fornire le informazioni necessarie per la determinazione del conguaglio, causa di sospensione della garanzia. La garanzia, infatti, va sospesa solo se l'inadempimento dell'obbligo di cooperazione impedisce la fissazione del premio del successivo periodo assicurativo, perché in questo caso l'assicurato si sottrae o ritarda abusivamente il pagamento del premio relativo al rischio in corso. Ma non anche se il contratto è strutturato di modo che l'assicurato possa pagare il premio c.d. provvisorio, relativo al rischio in corso, pur restando inadempiente con riguardo al conguaglio⁽⁵⁷⁾.

Condivisibile è anche, in linea di principio, che l'inadempimento degli obblighi informativi e, quindi, di quello di versare il conguaglio, vadano sanzionati alla luce dei principi generali dell'inadempimento. Tenendo, tuttavia, in considerazione le specificità del caso. Potrebbe, infatti, accadere che non è pagato il conguaglio, né il premio del periodo successivo; o, al contrario, che il premio del periodo successivo è versato. E può accadere, infine, che si sia verificato il sinistro.

Nei primo caso, si applica senz'altro l'art. 1901 c.c., in relazione al premio del periodo successivo. La garanzia è perciò sospesa e l'assicuratore può agire per il recupero delle somme o lasciare che il contratto si risolva di diritto.

Nel secondo caso, l'assicuratore potrà parimenti agire esecutivamente per il recupero delle somme dovute per il conguaglio, o, se ritiene compromessa l'utilità della prosecuzione del rapporto, potrà attivarsi per la risoluzione. Si può sostenere che lo stesso debba agire con una domanda giudiziale volta all'accertamento dell'inadempimento grave⁽⁵⁸⁾.

In conclusione, pur condividendo l'orientamento della Cassazione in merito alla sospensione della garanzia *ex art.* 1901 c.c., non si può pienamente condividere l'opinione che conferisce natura indipendente ai conguagli; i conguagli benché successivi al periodo di copertura assicurativa, non possono derivare da altra obbligazione che non sia quella principale del versamento del premio. Preferibile è perciò l'opposta opinione che considera i conguagli prestazioni "accessorie"⁽⁵⁹⁾. Ferme restando, però, le considerazioni svolte.

MASSIMO BILLI

⁽⁵⁶⁾ Si tratta di un punto pacifico, per il quale può essere sufficiente il rinvio a DONATI e VOLPE PUTZOLU, *Manuale*, cit., 33 ss.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. DONATI e VOLPE PUTZOLU, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, cit., 133, secondo cui il mancato pagamento del premio non incide sull'efficacia del contratto, ma solo sulla garanzia. E perciò, nulla impedisce, se il premio per il rischio in corso non risulta inadempito, che la garanzia possa operare, nonostante un inadempimento che, potrebbe, condurre alla risoluzione del contratto.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. Cass., 10 novembre 2003, n. 16830, in *Giust. civ.*, 2004, I, 2292.

⁽⁵⁹⁾ Cfr. MAROZZO DELLA ROCCA, *Elementi fluttuanti del rischio*, cit., 76, in senso critico all'impostazione di Cass., 24 novembre 1970, n. 2495.

CORTE DI CASSAZIONE – Sez. VI – Ord. 30 gennaio 2014, n. 2089
– Pres. DI PALMA – Rel. BISOGNI – P.g. SGROI (conf.) – S. c. B.
Conferma App. Perugia, 6 dicembre 2011.

Famiglia – Matrimonio – Sentenza di divorzio – Cassazione (ricorso per) – Motivi del ricorso – Giurisdizione del Tribunale ecclesiastico – Pregiudizialità – Inammissibilità del motivo – Sussistenza.

È inammissibile il motivo di ricorso per cassazione con il quale si denunzi la violazione del diritto del coniuge, quale cattolico praticante, a sottoporre esclusivamente al tribunale rotale la questione dello scioglimento del suo matrimonio, atteso che nell'ordinamento giuridico italiano non sussiste alcun diritto di tal fatta, né un rapporto di pregiudizialità tra il giudizio di nullità del matrimonio concordatario e quello avente ad oggetto la cessazione degli effetti civili dello stesso, trattandosi di procedimenti autonomi, sfocianti in decisioni di natura diversa ed aventi finalità e presupposti distinti (1).

(Omissis). 1. Il Tribunale di Perugia, con sentenza non definitiva del 7 febbraio 2011, ha dichiarato la cessazione degli effetti civili del matrimonio di S.G. e B.A.

2. Ha impugnato la pronuncia S.G. rilevando che il Tribunale non aveva verificato compiutamente se vi fosse stata rottura definitiva della comunanza di vita e la possibilità di ricostituirla. Ha ritenuto lesivo della sua posizione di cattolico praticante che la pronuncia di cessazione degli effetti civili del matrimonio anticipi l'esito del giudizio rotale di annullamento attualmente in corso.

3. Il reclamo è stato respinto dalla Corte di appello che ha condannato S.G. al pagamento della somma di 6.000 Euro ex art. 96 c.p.c. assumendo il reclamo, consapevolmente infondato, un carattere meramente strumentale, al fine di prolungare i tempi del passaggio in giudicato della sentenza dichiarativa della cessazione degli effetti civili del matrimonio e di vanificare le statuizioni della sentenza definitiva emananda nel giudizio di cessazione degli effetti civili del matrimonio.

4. S.G. propone ricorso per cassazione contro la pronuncia della Corte perugina affidandosi a tre motivi di impugnazione con i quali deduce: a) omessa e insufficiente motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio (art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5); b) violazione e falsa applicazione di norme di diritto (art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3), violazione dell'art. 101 c.p.c.: mancata realizzazione del pieno contraddittorio, nullità; c) omessa e insufficiente motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio (in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 5 e all'art. 96 c.p.c., comma 1).

5. Si difende con controricorso B.A.

Ritenuto che:

6. Con il primo motivo di ricorso lo S. ribadisce che la pronuncia con sentenza non definitiva della cessazione degli effetti civili lede la sua posizione di cattolico e credente e la relativa prerogativa a che lo scioglimento del matrimonio venga pronunciato esclusivamente dal tribunale ecclesiastico. Ritieni inoltre il ricorrente che la Corte di appello avrebbe dovuto esaminare l'opportunità di una sentenza parziale a fronte delle giustificazioni contrarie, già addotte dall'odierno ricorrente, considerato che l'opposizione da questi spiegata prevedeva anche, nella non voluta ipotesi di accoglimento, che il divorzio venisse semmai dichiarato solo con sentenza, definitiva, all'esito dell'ampia trattazione della causa.

7. Il motivo è palesemente inammissibile quanto alla prima censura perché la stessa non ha alcun fondamento giuridico nella stessa deduzione del ricorrente che la prospetta infatti come vizio di motivazione peraltro insussistente perché dalla motivazione della Corte di appello si evince chiaramente come nell'ordinamento giuridico italiano non esiste una condizione privilegiata dei cittadini cattolici a ottenere che i giudizi ecclesiastici di annullamento del matrimonio siano decisi preventivamente rispetto ai giudizi civili di scioglimento del matrimonio *ex lege* n. 898 del 1970.

Né si può ipotizzare la sussistenza di una lesione di legittime aspettative del cittadino cattolico alla definizione della controversia in sede ecclesiastica anziché davanti alla giurisdizione italiana perché la pronuncia del giudice italiano non pregiudica la prosecuzione del giudizio ecclesiastico il cui oggetto non coincide se non indirettamente con quello di divorzio.

8. Quanto alla seconda censura se ne deve riscontrare la palese infondatezza atteso che la decisione del giudice di merito circa la possibilità di una definizione con sentenza parziale di una parte delle domande proposte non dipende da una valutazione di opportunità ma dall'accertamento dell'esaurimento delle attività istruttorie necessarie ai fini della decisione e nella specie la Corte di appello ha ampiamente motivato sul punto rilevando che i coniugi hanno vissuto separatamente dopo l'omologazione della separazione consensuale e che gli stessi hanno manifestato l'intento di porre fine al rapporto coniugale come dimostra la posizione processuale assunta nel giudizio ecclesiastico e in quello civile.

9. Con il secondo motivo il ricorrente lamenta una lesione del suo diritto di difesa in ordine alla domanda riconvenzionale e a quella autonoma di condanna *ex art.* 96 c.p.c., basata sulla consapevolezza della proposizione dell'appello, e proposta dalla B. tre giorni prima della udienza, in sede di costituzione nel giudizio camerale di impugnazione,

e afferma che la Corte non avrebbe potuto pronunciarsi, pena la nullità del giudicato, senza aver dato alla parte, che all'udienza aveva richiesto termine per note, la possibilità di svolgere le proprie difese sull'appello incidentale e sulla domanda endoprocessuale autonoma di condanna al risarcimento dei danni per lite temeraria.

10. Il motivo va respinto in quanto la censura difetta di interesse quanto alla pronuncia sulla domanda riconvenzionale ed è infondata quanto alla pronuncia di condanna *ex art. 96 c.p.c.*, comma 1. Come ha correttamente rilevato la difesa della controricorrente la domanda di risarcimento del danno derivato dall'aver proposto un gravame nella consapevolezza della sua infondatezza pur costituendo domanda endoprocessuale autonoma non costituisce domanda riconvenzionale e poteva essere proposta dalla odierna controricorrente anche in sede di costituzione all'udienza fissata per la discussione. La mancata concessione di un termine per note non pone dunque in essere alcuna lesione né formale né sostanziale del diritto di difesa pienamente esercitato dall'odierno ricorrente con l'esplicazione delle ragioni poste a base della proposizione dell'appello che escludono per implicito la sua temerarietà.

11. Il terzo motivo del ricorso lamenta il difetto di motivazione in ordine ai presupposti per il riconoscimento del carattere temerario della proposizione del gravame e in merito alla sussistenza e entità del danno liquidato dal giudice di appello. Entrambi i profili sembrano palesemente infondati atteso che è lo stesso ricorrente a indicare la ragione della sua impugnazione e cioè impedire la formazione del giudicato sulla dichiarazione di scioglimento del matrimonio in sede civile prima della pronuncia definitiva sull'annullamento del giudice ecclesiastico. Correttamente il giudice di appello ha rilevato il carattere strumentale di tale impugnazione e l'assoluta mancanza di motivazioni giuridiche che potessero darle fondamento. Per quanto riguarda la sussistenza e entità del danno si richiama la giurisprudenza di legittimità secondo cui all'accoglimento della domanda di risarcimento dei danni da lite temeraria non osta l'omessa deduzione e dimostrazione dello specifico danno subito dalla parte vittoriosa, che non è costituito dalla lesione della propria posizione materiale (Cass. civ. sezione 3, n. 17485 del 23 agosto 2011) e deve essere liquidato con riguardo alla lesione dell'equilibrio psico-fisico che, secondo nozioni di comune esperienza (e anche in forza del principio della ragionevole durata del processo, di cui all'art. 111 Cost. ed alla l. 24 marzo 2001, n. 89), si verifichi a causa di ingiustificate condotte processuali.

Nella specie il riferimento all'elevata posta morale in gioco giustifica, sinteticamente ma significativamente, la misura del risarcimento pronunciato dalla Corte di appello in considerazione del carattere ostruzionistico delle iniziative processuali del ricorrente intese a conclamare

senza alcuna giustificazione giuridica il diritto della B. a una pronuncia che attiene alla sua condizione personale e la cui dilazione viene a pesare negativamente sulla sua serenità e libertà di organizzazione della vita privata.

12. Sussistono pertanto i presupposti per la trattazione della controversia in camera di consiglio e se l'impostazione della presente relazione verrà condivisa dal Collegio per il rigetto del ricorso e l'accoglimento delle istanze di condanna *ex art. 96 c.p.c. e/o art. 91 c.p.c. avanzate nel controricorso.*

La Corte, letta la memoria difensiva del ricorrente.

Ritenuto di poter condividere pienamente la relazione e rilevato quanto al primo motivo di ricorso che la giurisprudenza di legittimità ha da tempo affermato che tra il giudizio di nullità del matrimonio concordatario e quello avente ad oggetto la cessazione degli effetti civili dello stesso non sussiste alcun rapporto di pregiudizialità, tale che il secondo debba essere necessariamente sospeso a causa della pendenza del primo ed in attesa della sua definizione (Cass. civ., sezione 1, n. 11020 del 25 maggio 2005 e n. 24990 del 10 dicembre 2010), posto che trattasi di procedimenti autonomi, non solo sfocianti in decisioni di diversa natura e con peculiare e specifico rilievo in ordinamenti diversi, tanto che la decisione ecclesiastica solo a seguito di giudizio eventuale di delibazione, e non automaticamente, può produrre effetti nell'ordinamento italiano, ma anche aventi finalità e presupposti diversi. Nè rileva, ha chiarito la giurisprudenza di questa Corte che le norme sul giudizio di delibazione, di cui agli artt. 796 e 797 cod. proc. civ., siano state abrogate dalla l. 31 maggio 1995, n. 218, art. 73, di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, giacché tale abrogazione, in ragione della fonte di legge formale ordinaria da cui è disposta, non è idonea a spiegare efficacia sulle disposizioni dell'Accordo, con protocollo addizionale, di modificazione del Concordato lateranense (firmato a Roma il 18 ottobre 1984 e reso esecutivo con la l. 25 marzo 1985, n. 121), disposizioni le quali - con riferimento alla dichiarazione di efficacia, nella Repubblica italiana, delle sentenze di nullità di matrimonio pronunciate dai tribunali ecclesiastici - contengono un espresso richiamo agli artt. 796 e 797 cod. proc. civ., che pertanto risultano connotati, relativamente a tale specifica materia ed in forza del principio concordatario accolto dall'art. 7 Cost., di una vera e propria ultrattività.

Ritenuto quanto alla domanda di condanna *ex art. 96 c.p.c.*, comma 1 relativa alla proposizione del ricorso per cassazione che essa va accolta per le stesse ragioni indicate dalla Corte di appello e ribadite e chiarite nella relazione sopra riportata che sussistono anche per questo giudizio. La Corte ritiene equa la liquidazione della somma dovuta dal ricorrente in 5.000 Euro. (*Omissis*).

(1) Nullità matrimoniale canonica e divorzio civile: procedimenti autonomi ed indipendenti.

1. La decisione che si annota trae origine da una vicenda matrimoniale in cui, come talvolta accade, si ha la contemporanea pendenza del giudizio ecclesiastico per la dichiarazione di nullità del vincolo e del procedimento volto alla pronuncia di cessazione degli effetti civili del matrimonio⁽¹⁾.

In presenza di statuizioni di natura economica, quali assegno di mantenimento o di divorzio, la situazione rappresentata si prospetta foriera di possibili conseguenze, diverse a seconda che si concluda prima il giudizio di divorzio oppure si pervenga preventivamente alla declaratoria di invalidità originaria del vincolo e relativa attribuzione di efficacia civile alla pronuncia canonica attraverso il procedimento previsto dall'art. 8.2 dell'Accordo di Villa Madama del 18 febbraio 1984 tra Italia e Santa Sede, reso esecutivo con l. 25 marzo 1985, n. 121.

La nullità canonica riconosciuta in sede statale, in quanto comporta sotto il profilo giuridico l'invalidità originaria del matrimonio, fa venir meno con efficacia retroattiva lo *status* coniugale e dunque il presupposto della pronuncia di divorzio, impedendo la relativa pronuncia e travolgendo i provvedimenti provvisori precedentemente emessi dal giudice civile nel relativo procedimento ed in quello di separazione personale dei coniugi⁽²⁾. Il che significa, in termini concreti, la perdita dell'assegno di mantenimento o di divorzio eventualmente stabilito a favore del coniuge debole sotto il profilo economico.

⁽¹⁾ Sul presupposto della diversità di *petitum* e di *causa petendi* fra i due procedimenti, la giurisprudenza ritiene che fra il giudizio di nullità in sede canonica e quello di divorzio (o di separazione personale dei coniugi) non sussista identità e dunque non vi sia rapporto di pregiudizialità né ricorra l'ipotesi di sospensione necessaria del procedimento civile in attesa della definizione di quello ecclesiastico (Cass., 10 dicembre 2010, n. 24990, Cass., 28 febbraio 2008, n. 5328, Cass., 25 maggio 2005, n. 11020, Cass., 19 settembre 2001, n. 11751, Cass., 9 giugno 2000, n. 7865, Cass., 3 novembre 1988, n. 5923).

⁽²⁾ Nella prospettiva considerata, l'attribuzione di efficacia civile alla dichiarazione di nullità pronunciata dai tribunali ecclesiastici comporta di regola la cessazione della materia del contendere nei procedimenti di separazione personale dei coniugi e di cessazione degli effetti civili del matrimonio eventualmente pendenti dinanzi al giudice statale. In tal senso, Cass., 24 febbraio 2014, n. 3998, Cass., 10 luglio 2013, n. 17094, Cass., 25 giugno 2003, n. 10055. Va peraltro precisato che secondo Cass., 14 luglio 2011, n. 15558: «la dichiarazione di esecutività della sentenza canonica di nullità del matrimonio concordatario non determina la cessazione della materia del contendere nel giudizio di divorzio, per quanto concerne i provvedimenti che il giudice è chiamato ad adottare in ordine all'affidamento, alle modalità e misura del contributo al mantenimento dei figli minori». In senso analogo Cass., 11 settembre 2008, n. 23402, Cass., 11 ottobre, 1983, n. 5887, Cass., 5 agosto, 1981, n. 4889. Nella medesima situazione sembrano invece destinate a non ricevere ulteriore trattazione le domande di addebito della separazione e di mantenimento a favore del preteso coniuge (Cass., 24 febbraio 2014, n. 3998, Cass., 10 luglio 2013, n. 17094).

Qualora, al contrario, si giunga alla pronuncia definitiva di cessazione degli effetti civili prima che sia stata riconosciuta dallo Stato, con sentenza passata in giudicato, l'eventuale nullità matrimoniale canonica, per la giurisprudenza le statuizioni di natura economica contenute nel provvedimento definitivo di divorzio restano salve e non vengono travolte per effetto della delibazione della nullità canonica.

Da tale rilevante diversità di conseguenze, a seconda che si concluda prima l'*iter* dichiarazione di nullità-delibazione o il procedimento di divorzio, deriva l'interesse opposto delle parti a cercare di accelerare o procrastinare le relative procedure, anche attraverso la proposizione di impugnazioni che hanno il solo scopo di evitare, per il tempo necessario alla trattazione del gravame, il passaggio in giudicato del provvedimento pregiudizievole, nella speranza che nel frattempo giunga al termine l'altra procedura.

Simile stato di cose, con parti che rispettivamente rincorrono una decisione cercando di allontanarne un'altra e viceversa, incrementando oltre il necessario anche l'attività degli organi giudiziari, è frutto dell'interpretazione più recente adottata dalla giurisprudenza statale in materia.

In un primo periodo, nel vigore del Concordato lateranense e sino alla sentenza 9 dicembre 1993, n. 12144, la Corte di Cassazione ha ritenuto in maniera costante che l'esistenza della pronuncia di divorzio non impedisse il successivo riconoscimento in sede civile della sentenza canonica di nullità del vincolo⁽³⁾, la quale una volta delibata travolgeva il provvedimento di cessazione degli effetti civili del matrimonio, eventualmente presente, con tutte le relative pronunce, comprese quelle di natura economica⁽⁴⁾. A sostegno di tale assunto si osservava che la statuizione di divorzio non fa stato in ordine alla validità originaria del vincolo. Si rilevava infatti che, nonostante valga il principio secondo cui il giudicato copre il dedotto ed il deducibile, in realtà dinanzi al giudice del divorzio in difetto di specifica eccezione sul punto non si ha statuizione riguardo alla validità del matrimonio, con la conseguenza che il provvedimento che ne dichiara la cessazione degli effetti civili lascia impregiudicata la questione concernente la validità del vincolo coniugale. Il menzionato rilievo acquistava ulteriore efficacia in presenza della riserva di giurisdizione a favore dei tribunali ecclesiastici in materia matrimoniale, ora venuta meno secondo la Corte di Cassazione⁽⁵⁾, in quanto

⁽³⁾ Cass., 9 dicembre 1993, n. 12144, Cass., 3 novembre 1988, n. 5923, Cass., 21 marzo 1980, n. 1905, Cass., 28 ottobre 1978, n. 4927, Cass., 29 novembre 1977, n. 5188, Cass., 9 agosto 1977, n. 3638, Cass., 26 luglio 1977, n. 3347, Cass., 29 novembre 1975, n. 3988, Cass., 13 ottobre 1975, n. 3257, Cass., 9 ottobre 1974 n. 2724.

⁽⁴⁾ Per maggiori approfondimenti sul tema e per gli opportuni riferimenti dottrinali e giurisprudenziali si rinvia a CANONICO, *La prevalenza della pronuncia ecclesiastica di nullità del matrimonio canonico trascritto rispetto al giudicato di cessazione degli effetti civili* (nota a Cass., 9 dicembre 1993, n. 12144), in *Dir. fam.*, 1995, 935-965; ID., *Nullità matrimoniale e pretesa sopravvivenza dell'assegno divorzile* (nota a Cass., 18 settembre 2013, n. 21331, *ivi*, 2014, 124-136.

⁽⁵⁾ Cass., sez. un., 13 febbraio 1993, n. 1824 afferma che «è vero che lo Stato

riconosce alla Chiesa l'esercizio della giurisdizione in materia ecclesiastica (art. 2, n. 1) e attribuisce effetti civili ai matrimoni contratti secondo le norme del diritto canonico (art. 8, n. 2). Ma nell'accordo del 1984 non si rinviene una disposizione che sancisca il carattere esclusivo della giurisdizione ecclesiastica in materia matrimoniale, quale era contenuto nell'art. 34 del concordato del 1929 (...). È anche vero che l'art. 4, lett. *b*, del protocollo addizionale stabilisce – peraltro solo con riferimento al n. 2 dell'art. 8, concernente la delibazione, ed ai fini dell'applicazione degli artt. 796 e 797 c.p.c. – che 'si dovrà tener conto della specificità dell'ordinamento canonico', e, in particolare, che 'i richiami della legge italiana alla legge del luogo in cui si è svolto il giudizio s'intendono fatti al diritto canonico'; che 'si considera sentenza passata in giudicato quella che sia divenuta esecutiva secondo il diritto canonico'; e che 'in ogni caso non si procederà al riesame del merito'. Tuttavia, ciò rappresenta il massimo di quanto lo Stato ha ritenuto di poter sacrificare della sua sovranità, che per ogni altro verso viene, invece, riaffermata (...). In questa nuova logica risulta chiaro il significato da attribuire all'art. 13 dell'accordo, nella parte in cui stabilisce che le disposizioni del concordato (del 1929), non riprodotte nel nuovo testo, sono abrogate, facendosi salvo soltanto quanto previsto dall'art. 7, n. 6, non riguardante la materia matrimoniale. La norma vuol dire che il massimo del sacrificio delle proprie prerogative, consentito da ciascuna parte, è quello che risulta espressamente dall'accordo, oltre al quale non è possibile ammetterne altri (...). Pertanto, poiché l'art. 8, n. 2, dell'accordo di revisione riproduce, sia pure con rilevanti modificazioni, le disposizioni dell'art. 34 relative alla delibazione, ma non anche quella contenente la riserva di giurisdizione ai tribunali ecclesiastici delle cause concernenti la nullità del matrimonio, quest'ultima disposizione è rimasta abrogata ai sensi dell'art. 13 (...) tanto che non è stato più necessario che la Santa Sede consentisse ai tribunali civili il giudizio sulle cause di separazione personale (...). Il problema sorge dal fatto che, mentre l'art. 34 del Concordato lateranense prevedeva espressamente che le cause concernenti la validità dei matrimoni canonici trascritti fossero riservate alla cognizione dei tribunali ecclesiastici («Le cause concernenti la nullità del matrimonio e la dispensa dal matrimonio rato e non consumato sono riservate alla competenza dei tribunali e dei dicasteri ecclesiastici»), con esclusione dunque di ogni potere sul punto da parte del giudice statale, l'art. 8 dell'Accordo di Villa Madama non contiene più alcuna previsione al riguardo. Tale silenzio ha dato origine ad opposte interpretazioni, sia nel senso di una intervenuta soppressione dell'esclusività della giurisdizione ecclesiastica in materia e conseguente attuale possibilità di sindacato sui matrimoni cd. concordatari anche da parte del giudice italiano, sia nel senso che, pur in difetto di espressa riserva, solo la giurisdizione ecclesiastica rimane competente a valutare un vincolo che nasce ed è regolato esclusivamente dall'ordinamento canonico, come dispone il punto 4, lett. *b*, del Protocollo addizionale all'Accordo di Villa Madama. Nella stessa giurisprudenza la soluzione adottata dalla Corte di Cassazione a favore del concorso di giurisdizioni non è pacifica, in quanto la Corte Costituzionale, nella sentenza del 1° dicembre 1993, n. 421, sebbene in maniera non vincolante trattandosi di pronuncia di inammissibilità, si è espressa in maniera opposta, considerando tuttora vigente ed operante la riserva a favore dei tribunali ecclesiastici sul presupposto che il matrimonio canonico, il quale consegue efficacia civile mediante la trascrizione, rimane regolato quanto al momento genetico dal diritto canonico, con la conseguenza che «su quell'atto, posto in essere nell'ordinamento canonico e costituente presupposto degli effetti civili, è riconosciuta la competenza del giudice ecclesiastico. Coerentemente con il principio di laicità dello Stato (sentenza n. 203 del 1989), in presenza di un matrimonio che ha avuto origine nell'ordinamento canonico e che resta disciplinato da quel diritto il giudice civile non esprime la propria giurisdizione sull'atto di matrimonio, caratterizzato

il difetto di giurisdizione precludeva al giudice statale la facoltà di sindacare la validità originaria del vincolo, con la conseguenza che a maggior ragione la pronuncia di divorzio non potesse far stato, neppure implicitamente, su tale aspetto.

L'orientamento muta allorché la Corte di Cassazione, a partire dalla sentenza 23 marzo 2001, n. 4202, pur ribadendo che giudizio di divorzio e giudizio di nullità presentano differenti *petitum* e *causa petendi* e che dunque la pronuncia di cessazione degli effetti civili del matrimonio non ostacola la delibazione della sentenza canonica di invalidità del vincolo, ritiene comunque che, relativamente ai capi del provvedimento di divorzio contenenti statuizioni di natura economica, debba essere applicata la regola secondo cui, una volta accertata con sentenza passata in cosa giudicata la spettanza di un diritto, stanti gli effetti sostanziali del giudicato *ex art.* 2909 del Codice civile questa non è suscettibile di formare oggetto di un nuovo giudizio «al di fuori degli eccezionali e tassativi casi di revocazione previsti dall'art. 395 c.p.c.». Da simili presupposti deriverebbe l'intangibilità della pronuncia che attribuisce l'assegno di divorzio, una volta che sulla stessa si sia formato il giudicato, nonostante il sopravvenire della dichiarazione di invalidità originaria del vincolo. Nel nuovo orientamento giurisprudenziale viene dunque stabilita la permanenza dei provvedimenti economici accessori al divorzio anche in presenza della riconosciuta nullità del matrimonio, e questo nonostante le sentenze che operano la cessazione degli effetti civili di detto vincolo siano soggette al principio *rebus sic stantibus*, in quanto suscettibili di modifica ai sensi dell'art. 9 della legge 1° dicembre 1970, n. 898, in presenza di mutamenti delle condizioni originarie. Si ritiene infatti che la modificabilità dei provvedimenti emanati in sede di divorzio presupponga la presenza di giustificati motivi sopravvenuti, da intendere «come circostanze che abbiano alterato l'assetto economico fra le parti, o di relazione con i figli, e non come circostanze che sarebbero state impeditive della emanazione della sentenza di divorzio e dell'attribuzione dell'assegno, le quali non sono idonee ad incidere sul giudicato se non nei limiti in cui sono utilizzabili attraverso il rimedio della revocazione»⁽⁶⁾.

da una disciplina conformata nella sua sostanza all'elemento religioso, in ordine al quale opera la competenza del giudice ecclesiastico. Il giudice dello Stato esprime la propria giurisdizione sull'efficacia civile delle sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio, attraverso lo speciale procedimento di delibazione regolato dalle stesse norme dell'Accordo in modo ben più penetrante che nella disciplina del Concordato. Permane inoltre pienamente, secondo i principi già fissati dalla Corte, la giurisdizione dello Stato sugli effetti civili».

⁽⁶⁾ Nel senso della sopravvivenza delle statuizioni economiche contenute nel giudicato di divorzio nonostante la sopravvenienza del riconoscimento civile della nullità ecclesiastica, Cass., 18 settembre 2013, n. 21331, Cass., 24 luglio 2012, n. 12989, Cass., 11 febbraio 2008, n. 3186, Cass., 4 marzo 2005, n. 4795, Cass., 23 marzo 2001, n. 4202.

2. La pronuncia oggetto d'esame riguarda una fattispecie che costituisce l'ennesimo esempio di come l'orientamento giurisprudenziale appena descritto determini nelle parti interessi contrastanti sull'andamento, anche sotto il profilo temporale, delle vicende giudiziarie che le impegnano simultaneamente sul fronte ecclesiastico e sul versante civile. La vicenda processuale vede infatti due coniugi che contemporaneamente attendono la definizione del processo canonico per la dichiarazione di nullità del vincolo e l'esito del giudizio per la cessazione degli effetti civili del matrimonio. Risulta evidente che, sulla base di quanto sopra esposto, il coniuge onerato del mantenimento avesse tutto l'interesse ad ottenere la declaratoria di invalidità originaria con la prospettiva che questa, una volta conseguita efficacia civile, potesse travolgere le statuizioni emanate in sede di separazione personale dei coniugi o, in via provvisoria, in seno al giudizio di divorzio. Al contrario, il coniuge beneficiario di provvidenze economiche cercava di pervenire quanto prima alla statuizione definitiva di cessazione degli effetti civili del matrimonio, al fine di rendere in tal modo intangibili le previsioni patrimoniali a suo favore anche al sopraggiungere della nullità canonica e relativo riconoscimento civile. Così, a fronte di una pronuncia non definitiva di divorzio emanata dal Tribunale, il soggetto interessato a procrastinare la definitività della decisione, e dunque presumibilmente il coniuge obbligato a corrispondere l'assegno, propone impugnazione avverso la sentenza adducendo come motivi il rilievo della mancata verifica dei presupposti sostanziali per la pronuncia di divorzio e della mancata considerazione dell'interesse del ricorrente, in quanto cattolico praticante, ad ottenere previamente la statuizione da parte del tribunale ecclesiastico.

La Corte d'Appello rigetta il gravame condannando inoltre il reclamante al risarcimento per lite temeraria, assumendo il carattere strumentale dell'impugnazione in quanto proposta al solo fine strumentale di impedire il passaggio in giudicato della sentenza di divorzio.

La parte soccombente propone quindi ricorso per Cassazione, censurando tra l'altro la lesione della propria posizione di cattolico e conseguente interesse ad ottenere una pronuncia sul proprio matrimonio esclusivamente da parte della Chiesa, nonché la mancata considerazione, da parte della Corte di merito, della opportunità o meno della pronuncia di una sentenza non definitiva di divorzio a fronte dell'opposizione spiegata al riguardo dall'interessato, che aveva chiesto di addivenire ad unica sentenza definitiva che pronunciasse su tutte le questioni⁽⁷⁾.

La Corte di Cassazione, rigettando i motivi di gravame, argomenta nel senso della diversità e rispettiva autonomia dei procedimenti di nullità

⁽⁷⁾ Gli altri motivi di ricorso, che esulano dalla problematica del rapporto tra giudizio di nullità e giudizio di divorzio, concernono la prospettata violazione del diritto di difesa della parte in ordine alla domanda riconvenzionale ed alla condanna *ex art. 96 c.p.c.*, nonché il difetto di motivazione in ordine alla condanna per lite temeraria ed all'entità del relativo risarcimento.

ecclesiastica e di divorzio civile, fra i quali dunque non esiste rapporto di pregiudizialità che imporrebbe la sospensione del secondo procedimento in attesa della definizione del primo. Aggiunge inoltre che «dalla motivazione della Corte di appello si evince chiaramente come nell'ordinamento giuridico italiano non esiste una condizione privilegiata dei cittadini cattolici a ottenere che i giudizi ecclesiastici di annullamento del matrimonio siano decisi preventivamente rispetto ai giudizi civili di scioglimento del matrimonio *ex l. n. 898 del 1970*». In effetti, se lo Stato e la Chiesa cattolica sono ordinamenti distinti ed autonomi (art. 7 Cost.) e se i procedimenti di nullità e di divorzio hanno oggetto e finalità diverse, tanto da poter procedere simultaneamente senza che si creino questioni di litispendenza, risulta evidente che non si può pretendere che un procedimento abbia prevalenza rispetto all'altro. Del resto la considerazione ed il rispetto della fede cattolica dell'interessato, se può legittimare la facoltà del soggetto di rivolgersi alla giurisdizione ecclesiastica ed il dovere dello Stato di non ostacolare simile prerogativa, non può tuttavia condurre ad imporre un sacrificio a carico della giurisdizione statale, il quale peraltro significherebbe costituire una situazione di privilegio a favore dei soggetti di fede cattolica con conseguente discriminazione degli appartenenti ad altri culti, ai quali non potrebbe riconoscersi analoga facoltà in mancanza di una sovranità e conseguente potere giurisdizionale in senso proprio in capo alle religioni diverse da quella cattolica.

Ulteriore rilievo della Corte di Cassazione fa leva sull'argomento che «non si può ipotizzare la sussistenza di una lesione di legittime aspettative del cittadino cattolico alla definizione della controversia in sede ecclesiastica anziché davanti alla giurisdizione italiana perché la pronuncia del giudice italiano non pregiudica la prosecuzione del giudizio ecclesiastico il cui oggetto non coincide se non indirettamente con quello di divorzio». Anche tale considerazione non merita censure, in quanto effettivamente il rispetto della libertà religiosa del coniuge può comportare il dovere per lo Stato di rispettare la facoltà di tale soggetto di adire la giustizia canonica ma non può legittimare una limitazione della giurisdizione statale nel senso di escludere il medesimo soggetto dalla soggezione alla stessa ovvero limitare la cognizione del giudice italiano per quanto attiene agli aspetti civili del matrimonio.

In merito alla ulteriore doglianza avanzata dal ricorrente, avente ad oggetto la mancata valutazione da parte del giudice di merito dell'opportunità di emanazione di sentenza non definitiva di divorzio anziché di una statuizione definitiva riguardante tutte le questioni sollevate dalle parti in sede civile, la Corte di legittimità risponde che la scelta al riguardo «non dipende da una valutazione di opportunità ma dall'accertamento dell'esaurimento delle attività istruttorie necessarie ai fini delle decisione e nella specie la Corte di appello ha ampiamente motivato sul punto rilevando che i coniugi hanno vissuto separatamente dopo l'omologazione della separazione consensuale e che gli stessi hanno manifestato l'intento di porre fine al rapporto coniugale come dimostra la posizione processuale assunta nel

giudizio ecclesiastico e in quello civile». In effetti, in difetto di contestazioni sulla sussistenza dei presupposti per la pronuncia di divorzio, nella maggior parte dei casi consistenti nel protrarsi ininterrotto dello stato di separazione per il periodo previsto dalla legge, non si richiedono ulteriori accertamenti per pronunciare sulla domanda principale ed è la stessa legge n. 898 del 1970 che impone al giudice di addivenire a pronuncia non definitiva di scioglimento del matrimonio o cessazione degli effetti civili dello stesso «nel caso in cui il processo debba continuare per la determinazione dell'assegno» (art. 4.12). Non sembra dunque che sotto il profilo processuale si potesse criticare l'operato dei giudici di merito per l'avvenuta emanazione di sentenza non definitiva sulla questione principale oggetto di giudizio, in attesa di completare l'istruttoria sulle ulteriori questioni accessorie.

3. Il provvedimento che si annota ripropone, come sopra accennato, una questione sulla quale la giurisprudenza si è già da tempo pronunciata e sulla quale si è fatta ormai chiarezza. Il rapporto tra giudizio ecclesiastico di nullità del vincolo coniugale e procedimento per la cessazione degli effetti civili del medesimo matrimonio, a prescindere dalla soluzione che si voglia attribuire alla questione della riserva di giurisdizione in materia matrimoniale, riguarda processi che hanno oggetto e finalità diverse, in quanto nel primo caso si discute della validità originaria del vincolo coniugale, nel secondo si tratta di stabilire se sussistano i presupposti di legge per addivenire alla dichiarazione giudiziale che, fermo restando il legame di natura sacramentale, fa venire meno per il futuro gli effetti che l'ordinamento aveva a suo tempo attribuito al vincolo contratto in forma religiosa⁽⁸⁾. Nella prima

⁽⁸⁾ MARIANI, *Contemporanea pendenza dei giudizi di «divorzio» e di esecutorietà della sentenza canonica di nullità*, in *Dir. eccl.*, 1978, I, 660, rileva che «l'art. 2 della legge 898 del 1970 prevede che possa essere pronunciata la cessazione degli effetti civili del matrimonio celebrato con il rito religioso, conseguenti all'avvenuta regolare trascrizione, ove il giudice accerti l'impossibilità di mantenere o ricostruire la comunione spirituale e materiale tra i coniugi. *Petitum* di tale giudizio è la pronuncia di cessazione degli effetti civili del matrimonio canonico trascritto, in virtù della quale i coniugi modificano il proprio *status*», mentre il procedimento tendente al riconoscimento della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale ha per scopo «la pronuncia di efficacia, agli effetti civili, del provvedimento giudiziario già emesso, che ha sancito l'inesistenza del vincolo matrimoniale (...). Appare evidente, allora, che non possa parlarsi di identico *petitum* tra le due procedure: nel primo caso, si chiede al giudice di voler accertare la possibilità di mantenere o ricostruire quella comunione spirituale dei coniugi che la protratta separazione di fatto od altro fatto previsto dalla legge non consente di ritenere ulteriormente possibile, risolvendo quindi il contrasto matrimoniale e facendone cessare gli effetti civili sorti all'atto della trascrizione. Nel secondo caso, nessuna indagine di merito viene richiesta al giudice, ma soltanto un provvedimento che ordini all'ufficiale di stato civile di annotare a margine dell'atto di matrimonio trascritto che quel vincolo non è mai esistito e che pertanto non è idoneo a conseguire efficacia nel nostro ordinamento, salvi beninteso gli effetti del matrimonio putativo». In relazione alla *causa petendi*

ipotesi avremo una pronuncia di natura dichiarativa, avente efficacia retroattiva, nella seconda una statuizione autoritativa di tipo costitutivo con efficacia *ex nunc*. Oltre alla differenza di *petitum*, *causa petendi* e natura dei relativi provvedimenti, i procedimenti in questione si svolgono in ordinamenti diversi, ciascuno indipendente ed autonomo rispetto all'altro. È dunque evidente, come insegna il costante orientamento giurisprudenziale, che si sia in presenza di procedimenti che non entrano in relazione sino al momento in cui non venga eventualmente deliberata la pronuncia canonica di invalidità del vincolo. Sino a quel momento, i rispettivi processi possono e debbono procedere senza reciproche interferenze, con la conseguenza che non si può ipotizzare una prevalenza dell'uno rispetto all'altro, né invocare un rapporto di litispendenza, né pretendere la sospensione necessaria del giudizio civile *ex art. 295 c.p.c.* in attesa della definizione del processo canonico. Ne deriva che le parti non possono esigere di far valere in sede di divorzio una pretesa rilevanza della contemporanea pendenza del procedimento canonico di nullità al fine di impedire o ritardare la pronuncia di divorzio.

Non meraviglia dunque che già in precedenza la giurisprudenza abbia affermato che «non osta alla pronuncia di sentenza non definitiva di divorzio, proseguendo il giudizio per le determinazioni accessorie, la circostanza che uno dei coniugi, invocando le proprie convinzioni di cattolico praticante, abbia chiesto che sul vincolo si pronunci preliminarmente il giudice ecclesiastico, già adito, atteso che la pronuncia non definitiva in parola è espressamente prevista dalla legge e che tra il giudizio di nullità del matrimonio concordatario innanzi al giudice ecclesiastico e quello di divorzio non sussiste alcun rapporto di pregiudizialità» (Cass., 23 gennaio 2009, n. 1731).

La decisione in esame non è dunque nuova né originale, in quanto si limita ad applicare principi già consolidati in materia, come dimostra anche l'esistenza del menzionato specifico precedente giurisprudenziale.

Unico appunto che può muoversi alla decisione in commento, relativamente alla trattazione del rapporto nullità-divorzio, riguarda il passo della motivazione che, sempre per giustificare la reciproca indipendenza dei ricordati procedimenti, fa leva sull'inapplicabilità della legge n. 218 del 1995 al riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale e conseguente ultrattività degli artt. 796 e 797 c.p.c.⁽⁹⁾. Con ogni

il medesimo autore osserva inoltre che «la modifica di *status*, in un caso è dovuta alla volontà delle parti di risolvere il rapporto, ricorrendone le condizioni di legge, nell'altro è determinata dalla accertata inesistenza del rapporto, che mai si era perfezionato mancandone gli elementi essenziali» (*ibidem*, 661).

⁽⁹⁾All'epoca della stipulazione dell'Accordo di Villa Madama (18 febbraio 1984) il riconoscimento delle sentenze straniere era disciplinato dagli artt. 796 e 797 c.p.c., espressamente richiamati dalla normativa pattizia (punto 4, lett. *b*, del Protocollo addizionale). Secondo tale normativa per la delibazione delle senten-

probabilità il rilievo dovrebbe servire, nell'ottica dell'affermato esclusivo rilievo della pronuncia ecclesiastica a seguito dell'esito positivo del procedimento di delibazione, a ricordare la necessità di apposito giudizio per il riconoscimento delle sentenze canoniche, nonostante l'introduzione del generale principio del riconoscimento automatico delle pronunce straniere ad opera della normativa sopra menzionata. Ma tra il passo che tratta della rilevanza della nullità canonica conseguente alla delibazione e quello che

ze straniere era richiesto apposito giudizio dinanzi alla Corte d'Appello, volto a verificare la sussistenza dei requisiti previsto dal legislatore per l'attribuzione di efficacia al provvedimento straniero. Simile disciplina, con opportuni adattamenti, era applicabile anche al riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale in virtù del richiamo operato dalle disposizioni concordatarie. La necessità del giudizio di delibazione è successivamente venuta meno nell'ordinamento italiano, almeno in linea di massima, per effetto del principio del riconoscimento automatico introdotto dalla l. 31 maggio 1995, n. 218. La nuova disciplina di diritto internazionale privato non risulta tuttavia applicabile al riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche in quanto, a tacer d'altro, l'art. 2, primo comma, della l. 218/95 sancisce che le disposizioni della medesima legge «non pregiudicano l'applicazione delle convenzioni internazionali in vigore per l'Italia», fra le quali deve certamente annoverarsi l'Accordo di Villa Madama, la cui legge di esecuzione, oltre che per il principio di specialità, dovrebbe comunque prevalere sulla normativa di cui trattasi in quanto fonte di derivazione pattizia e dunque di rango superiore rispetto alla legge ordinaria unilaterale costituita dalla legge di riforma del sistema di diritto internazionale privato. Una conferma dell'inapplicabilità della normativa in questione al riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale si rinviene nelle previsioni del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 («Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della l. 15 maggio 1997, n. 127»), il cui art. 63, secondo comma, alla lett. *h* dispone la trascrizione delle «sentenze della corte di appello previste dall'articolo 17 della legge 27 maggio 1929, n. 847, e dall'articolo 8, comma 2, dell'Accordo del 18 febbraio 1984 tra la Repubblica italiana e la Santa Sede ratificato dalla legge 25 marzo 1985, n. 121»; in maniera analoga il precedente art. 49, primo comma, alla lett. *h* contempla l'annotazione nell'atto di nascita dei medesimi provvedimenti. Né si può trascurare che anche il Regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio dell'Unione europea del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento ed all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, all'art. 62 fa salve le disposizioni contenute nel «Concordato lateranense», dell'11 febbraio 1929, tra l'Italia e la Santa Sede, modificato dall'accordo, con protocollo addizionale, firmato a Roma il 18 febbraio 1984», specificando che è facoltà dell'Italia sottoporre il riconoscimento delle decisioni relative alla validità dei matrimoni alle procedure ed ai controlli previsti da tale normativa concordataria. Previsioni analoghe erano contenute anche nell'art. 40 del precedente Regolamento (CE) n. 1347/2000 del 29 maggio 2000. L'inapplicabilità della nuova normativa di diritto internazionale privato comporta la perdurante necessità del procedimento dinanzi alla Corte d'Appello per l'attribuzione di efficacia civile alle pronunce canoniche di nullità matrimoniale sulla base degli artt. 796 e 797 c.p.c., nonostante l'intervenuta abrogazione degli stessi (cfr., ad esempio, Cass., 10 maggio 2006, n. 10796, Cass., 11 maggio 2005, n. 21865, Cass., 8 giugno 2005, n. 12010, Cass., 25 maggio 2005, n. 11020, Cass., 30 maggio 2003, n. 8764, Cass., 20 novembre 2003, n. 17595).

si occupa della perdurante operatività in materia degli articoli del codice di rito figura altra, pur sintetica, argomentazione, il che non agevola sotto il profilo interpretativo il collegamento fra i passaggi di cui si discute. Si tratta tuttavia di aspetto che non incide sulla sostanza della decisione e sulla scelta di condivisibili soluzioni riguardo alla questione del rapporto fra procedimento ecclesiastico di nullità e processo civile di divorzio.

MARCO CANONICO

CORTE DI CASSAZIONE – Sez. I – 24 marzo 2014, n. 6830 – *Pres.*
LUCCIOLI – *Rel.* MERCOLINO – *P.g.* CAPASSO (diff.) – C.S. Spa et al. c.
Comune di Orvieto.
Conferma App. Perugia, 29 febbraio 2008.

**Arbitrato – Arbitrato irrituale – Impugnabilità (cause di) – Tassatività
– Fattispecie.**

L'arbitrato irrituale, quale strumento di risoluzione delle controversie imperniato sull'affidamento a terzi del compito di ricercare una composizione amichevole riconducibile alla volontà delle parti, ha natura negoziale e, pertanto, il relativo lodo è impugnabile – fino all'entrata in vigore del d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, che ha previsto, con il nuovo art. 808-ter c.p.c., l'annullabilità del lodo in caso di pronuncia su conclusioni esorbitanti dai limiti della convenzione di arbitrato – solo per vizi della volontà negoziale (errore, dolo o violenza) o per incapacità delle parti o degli arbitri. Ne consegue che sia nel caso in cui il ricorrente intenda far valere la violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, sia nel caso, opposto, in cui sostenga che l'oggetto della decisione corrisponda puntualmente a quello della controversia deferita agli arbitri, il vizio denunciato si traduce in una questione d'interpretazione della volontà dei mandanti e si risolve, analogamente a quanto accade in ogni altra ipotesi di interpretazione della volontà negoziale, in un apprezzamento di fatto, riservato al giudice di merito e insindacabile in sede di legittimità, se condotto nel rispetto dei criteri di ermeneutica contrattuale e correttamente motivato (1).

(*Omissis*). 1. Con atto del 27 luglio 1990, il Comune di Orvieto affidò all'Artesia S.p.a. (successivamente incorporata dalla Daniele Jacorossi S.p.a.) la gestione del costituendo Museo Emilio Greco e del Pozzo di San Patrizio, per la durata di quindici anni, riconoscendo alla predetta società il diritto di far proprie le somme incassate attraverso la vendita dei biglietti d'ingresso, contro il versamento dell'importo annuo indicizzato di L. 400.000.000, da corrispondersi in due rate semestrali posticipate, e del 10% degli incassi.

La convenzione fu poi modificata con atto del 30 aprile 1991, il quale prevedeva, tra l'altro, che le relative controversie sarebbero state definite mediante un procedimento libero ed irrituale affidato ad un collegio di arbitri, i quali avrebbero deciso secondo equità e come amichevoli compositori.

2. Insorta tra i contraenti una controversia in ordine al pagamento del canone pattuito, il collegio arbitrale costituito per la risoluzione della stessa, con lodo del 15 novembre 1999, rigettò la domanda di risoluzione per inadempimento proposta dal Comune e dichiarò risolte entrambe le convenzioni per la comune volontà delle parti di non darvi esecuzione nel loro contenuto originario, a causa del fallimento del tentativo di concordarne la modifica; accertò l'obbligo della Jacorossi di riconsegnare i beni e quello del Comune di rimborsare le spese effettuate per miglioramenti ed addizioni; liquidò in L. 3.500.000.000 il danno riconosciuto alla Jacorossi da un precedente lodo del 7 marzo 1995 per il mancato svolgimento di attività di promozione da parte del Comune, dichiarando l'obbligo della società di versare a quest'ultimo la quota parte del canone che era stata autorizzata a trattenere dal citato lodo, nonchè l'intero canone dovuto dal mese di giugno 1997; riconobbe infine al Comune di Orvieto il diritto al pagamento del residuo dovuto all'esito della compensazione tra i rispettivi crediti, oltre agl'interessi.

3. Il Comune propose impugnazione dinanzi al Tribunale di Orvieto, che con sentenza del 3 luglio 2003 rigettò la domanda di accertamento della nullità del lodo, nella parte in cui aveva riconosciuto alla Jacorossi il diritto al rimborso delle spese per miglioramenti ed addizioni, e condannò la Cofathec S.p.a. (suceduta alla società convenuta a seguito di fusione per incorporazione) all'immediato rilascio del complesso museale, ordinando al custode di consegnare il ricavato della gestione; accolse infine la domanda riconvenzionale proposta dalla convenuta, condannando il Comune al rimborso delle spese dalla stessa sostenute per miglioramenti ed addizioni, liquidate in Euro 576.687,58.

4. L'impugnazione proposta dal Comune è stata parzialmente accolta dalla Corte d'Appello di Perugia, che con sentenza del 29 febbraio 2008 ha rigettato l'appello incidentale proposto dalla Cofathec, dichiarando la nullità del lodo arbitrale, nella parte concernente il rimborso delle

spese per miglioramenti ed addizioni, e confermando nel resto la sentenza impugnata.

Ha premesso al riguardo che con il lodo del 7 marzo 1995 era stato accertato l'inadempimento da parte del Comune dell'obbligo di svolgere attività promozionale ed il conseguente diritto della Jacorossi al risarcimento del danno, nonchè il diritto della società di sospendere l'esecuzione della controprestazione, ai sensi dell'art. 1460 c.c., trattenendo la metà dell'importo posto a suo carico dalla convenzione e versando al Comune l'altra metà, la quale rappresentava il corrispettivo della gestione dei monumenti. A seguito di tale decisione era insorta tra le parti la controversia risolta dal lodo impugnato, nella quale la Jacorossi aveva chiesto l'accertamento del perdurante inadempimento del Comune e del proprio diritto di trattenere la metà delle somme dovute per il periodo successivo, nonchè la liquidazione del danno per l'inadempimento, mentre il Comune aveva chiesto la risoluzione delle convenzioni per inadempimento, la restituzione dei beni ed il risarcimento del danno, nonchè la dichiarazione dell'obbligo della società di corrispondere per intero le somme dovute e, in subordine, la dichiarazione della compensazione tra il risarcimento del danno dovuto alla Jacorossi e l'importo dalla stessa trattenuto.

Ciò posto, la Corte, per quanto ancora rileva in questa sede, ha rilevato che la società convenuta non aveva proposto una domanda di risoluzione per inadempimento del Comune, ma si era limitata ad opporsi alla domanda di risoluzione da quest'ultimo avanzata, senza formulare alcuna richiesta in via subordinata; ha pertanto ritenuto che nessun quesito fosse stato proposto in ordine alle spese per miglioramenti ed addizioni, escludendo in particolare, sulla base di un esame complessivo dei quesiti, che, come affermato dalla sentenza impugnata, la relativa domanda fosse desumibile per implicito dalla volontà delle parti di investire gli arbitri delle sorti dell'intero rapporto, dalla complessità della situazione o dall'attribuzione agli arbitri del potere di giudicare secondo equità, in quanto l'equità rileva soltanto come criterio di soluzione delle questioni sottoposte agli arbitri, non anche ai fini dell'individuazione di tali questioni, che è rimessa esclusivamente alla volontà delle parti.

5. Avverso la predetta sentenza ha proposto ricorso per cassazione la Cofathec, per quattro motivi, congiuntamente alla Maxcom Petroli S.p.a., cessionaria del credito della ricorrente, ed alla Fintermica di Gian Piero Palmieri & Co. S.a.s., ulteriore cessionaria del medesimo credito. Il Comune di Orvieto ha resistito con controricorso, proponendo ricorso incidentale, affidato ad un solo motivo. (*Omissis*).

1. Con il primo motivo d'impugnazione, le ricorrenti deducono la nullità della sentenza impugnata e del relativo procedimento, per contrasto con il giudicato esterno successivamente formatosi tra le parti in ordine alla piena validità ed efficacia del lodo impugnato.

Sostengono infatti che quest'ultimo ha costituito oggetto di un altro giudizio, promosso dalla Fintermica per la sua esecuzione, e conclusosi con sentenza del 7 dicembre 2002, n. 268/02, con cui il Tribunale di Orvieto ha rigettato la domanda riconvenzionale del Comune volta ad ottenere la dichiarazione di nullità del lodo; tale decisione è stata confermata dalla Corte d'Appello di Perugia con sentenza del 13 maggio 2005, n. 153/05, divenuta definitiva a seguito del rigetto del ricorso per cassazione, disposto da questa Corte con sentenza del 27 ottobre 2008, n. 25770. Per effetto di tale pronuncia, deve ritenersi travolta la dichiarazione di nullità parziale del lodo risultante dalla sentenza impugnata, non assumendo alcun rilievo la parziale diversità dei motivi d'invalidità fatti valere nel predetto giudizio, in quanto, avendo lo stesso ad oggetto l'adempimento di un atto avente natura contrattuale, la cui validità rappresentava un elemento costitutivo della domanda, il giudice avrebbe potuto rilevarne la nullità indipendentemente da una richiesta di parte, con la conseguenza che il giudicato formatosi al riguardo copre tutti i possibili vizi del lodo.

1.1. Non merita consenso, in proposito, l'obiezione sollevata dalla difesa del Comune, secondo cui l'operatività del giudicato sarebbe preclusa dalla tardività della relativa eccezione, alla cui improponibilità nel giudizio di cassazione si sarebbe potuto ovviare soltanto mediante la riunione dei due giudizi, mai sollecitata dalle ricorrenti nelle precedenti fasi processuali. L'avvenuta formazione del giudicato in epoca successiva alla pronuncia della sentenza impugnata, che abbia impedito alla parte di farlo valere nel giudizio di merito, non è di per sé sufficiente a rendere improponibile la relativa eccezione in sede di legittimità, indipendentemente dalla precedente formulazione di un'istanza di riunione dei giudizi. Questa Corte ha da tempo affermato che nel giudizio di cassazione il giudicato esterno è rilevabile anche d'ufficio, al pari del giudicato interno, e può quindi essere fatto valere non solo quando emerga da atti comunque prodotti nel giudizio di merito, ma anche quando si sia formato successivamente alla pronuncia della sentenza impugnata. Si tratta infatti di un elemento che non può essere incluso nel fatto, in quanto, pur non identificandosi con gli elementi normativi astratti, è ad essi assimilabile, essendo destinato a fissare la regola del caso concreto, e partecipando quindi della natura dei comandi giuridici, la cui interpretazione non si esaurisce in un giudizio di mero fatto; il suo accertamento non costituisce pertanto patrimonio esclusivo delle parti, ma, mirando ad evitare la formazione di giudicati contrastanti, conformemente al principio del *ne bis in idem*, corrisponde ad un preciso interesse pubblico, sotteso alla funzione primaria del processo, e consistente nell'eliminazione dell'incertezza delle situazioni giuridiche, attraverso la stabilità della decisione. Tale garanzia di stabilità, collegata

all'attuazione dei principi costituzionali del giusto processo e della ragionevole durata, non trova ostacolo nel divieto posto dall'art. 372 c.p.c., il quale, riferendosi esclusivamente ai documenti che potevano essere prodotti nel giudizio di merito, non si estende a quelli attestanti la successiva formazione del giudicato, i quali, comprovando la sopravvenuta formazione di una regola iuris cui il giudice ha il dovere di conformarsi, attengono ad una circostanza che incide sullo stesso interesse delle parti alla decisione, e sono quindi riconducibili alla categoria dei documenti riguardanti l'ammissibilità del ricorso (cfr. Cass., Sez. Un., 16 giugno 2006, n. 13916; Cass., Sez. 1, 23 dicembre 2010, n. 26041; Cass., Sez. lav., 4 ottobre 2007, n. 20779).

1.2. L'ammissibilità dell'eccezione di giudicato, accompagnata dalla rituale produzione delle sentenze indicate nel ricorso, non consente tuttavia di attribuire alle predette pronunce l'efficacia invocata dalla ricorrente, non essendo ravvisabili, nella specie, i presupposti necessari per l'operatività della preclusione, e segnatamente l'identità tra la domanda proposta nel precedente giudizio e quella in esame. La causa decisa dalla sentenza n. 25770/08 riguardava infatti il pagamento delle somme dovute in esecuzione del lodo irrituale, nella parte recante la condanna del Comune al risarcimento dei danni derivanti dall'inadempimento dell'obbligo di svolgere attività promozionale, ed alla medesima parte si riferiva in via esclusiva la domanda riconvenzionale di annullamento proposta dal Comune, essendo stata dichiarata inammissibile, in quanto sollevata soltanto in sede di legittimità, la questione relativa alla nullità della clausola compromissoria (e quindi dell'intero lodo), in ragione della sua attinenza ad una controversia devoluta alla giurisdizione amministrativa. Il giudizio in atto ha invece ad oggetto la validità del lodo irrituale nella parte concernente il rimborso delle spese sostenute dalla Jacorossi per miglioramenti ed addizioni, che costituisce l'unico oggetto delle censure proposte in questa sede, e nel suo ambito non è mai stata prospettata, neppure in primo grado, l'invalidità della pronuncia emessa dagli arbitri in ordine all'inadempimento dell'obbligo di svolgere attività promozionale. Nonostante la comunanza dei soggetti (peraltro soltanto parziale, in quanto la Maxcom Petroli non ha preso parte al precedente giudizio), deve pertanto escludersi l'identità tra le due controversie, caratterizzate da oggetti diversi e fondate su titoli che, pur riferendosi formalmente ad un unico atto, restano distinti sotto il profilo sostanziale, avendo riguardo a capi diversi della decisione arbitrale, la cui autonomia consente di escludere l'applicabilità del principio, invocato dalla difesa delle ricorrenti, secondo cui il giudicato formatosi in ordine al rigetto della domanda di annullamento, coprendo il dedotto ed il deducibile, impedisce di far valere in altra sede l'invalidità del lodo sotto profili diversi da quelli dedotti nel precedente giudizio.

L'autorità del giudicato sostanziale opera infatti soltanto entro i rigorosi limiti rappresentati dagli elementi costitutivi dell'azione, e presuppone quindi che la causa precedente e quella in atto abbiano in comune, oltre ai soggetti, anche il *pelitum* e la causa *petendi*, restando irrilevante, a tal fine, l'eventuale identità delle questioni giuridiche o di fatto da esaminare per pervenire alla decisione (cfr. *ex plurimis*, Cass., Sez. 1, 27 gennaio 2006, n. 1760; Cass., Sez. 3, 19 luglio 2005, n. 15222; Cass., Sez. 2, 27 agosto 2002, n. 12564).

2. Con il secondo motivo, le ricorrenti denunciano la violazione e/o la falsa applicazione degli artt. 1453 e 1458 c.c., censurando la sentenza impugnata nella parte in cui ha escluso che la domanda di risoluzione delle convenzioni e restituzione dei beni proposta dal Comune autorizzasse gli arbitri a pronunciarsi anche in ordine al rimborso delle spese sostenute dalla Cofatek per addizioni e miglioramenti. Affermano infatti che l'avvenuta pronuncia della risoluzione non già per inadempimento di una delle parti, ma per la comune volontà delle stesse di sciogliere il vincolo obbligatorio, imponeva agli arbitri di regolamentarne tutte le conseguenze, indipendentemente da un'esplicita richiesta, determinandosi altrimenti un ingiustificato arricchimento di una delle parti.

2.1. Il motivo è infondato.

La retroattività degli effetti della risoluzione, prevista dall'art. 1458 c.c., pur comportando a carico delle parti l'obbligo di restituire le prestazioni ricevute in adempimento del contratto risolto, non autorizza di per sé il giudice ad emettere i relativi provvedimenti in assenza di un'apposita istanza, non solo nel caso in cui la risoluzione trovi fondamento nell'accertato inadempimento di una delle parti (cfr. *ex plurimis*, Cass., Sez. 3, 29 gennaio 2013, n. 2075; Cass., Sez. 1, 3 febbraio 2006, n. 2439; Cass., Sez. 2, 12 marzo 2001, n. 3608), ma nemmeno nel caso in cui, come nella specie, essa tragga origine dalla constatata cessazione dell'interesse di entrambe all'attuazione del programma negoziale, non venendo meno, neppure in tale ipotesi, la disponibilità dei predetti effetti, che rappresenta la ragione per cui deve ritenersi rimessa all'autonomia delle parti la richiesta di restituzione delle prestazioni rimaste prive di causa a seguito dello scioglimento del rapporto.

3. Con il terzo motivo, le ricorrenti lamentano, in via subordinata, la violazione e la falsa applicazione dell'art. 112 c.p.c., osservando che, nell'escludere l'avvenuta proposizione della domanda di rimborso delle spese per addizioni e miglioramenti, la Corte di merito non ha tenuto conto che dagli atti processuali emergeva la volontà delle parti di rimettere agli arbitri la definizione di tutte le questioni derivanti dalla risoluzione delle convenzioni.

4. Con il quarto motivo, le ricorrenti deducono, sempre in via subordinata, la violazione e/o la falsa applicazione degli artt. 113 e 114 c.p.c.,

sostenendo che erroneamente la Corte di merito ha escluso che l'attribuzione del potere di decidere secondo equità legittimasse gli arbitri a regolamentare tutte le conseguenze della risoluzione contrattuale, anche in assenza di un'apposita domanda: il giudice che decide secondo equità ha infatti il potere di derogare alle norme di diritto non solo ai fini della qualificazione giuridica dei fatti, ma anche ai fini della deduzione delle conseguenze derivanti dall'applicazione di tali norme.

5. Le predette censure, da trattarsi congiuntamente in quanto aventi ad oggetto la comune problematica inerente al superamento dei limiti della domanda, sono inammissibili.

Le ricorrenti insistono infatti nella riconducibilità della domanda di rimborso delle spese per addizioni e miglioramenti all'ambito delle questioni rimesse alla decisione degli arbitri, evidenziandone la deducibilità dagli atti del procedimento arbitrale e configurando, in alternativa, la relativa pronuncia come una manifestazione del potere di decidere la controversia secondo equità, conferito agli arbitri dalla clausola compromissoria. In tal modo, indipendentemente dalle norme riportate in rubrica, la cui indicazione non è vincolante per questa Corte, esse censurano sostanzialmente l'individuazione dell'oggetto dell'incarico conferito agli arbitri, così come risultante dalla sentenza impugnata, limitandosi però a ribadire la propria interpretazione della domanda e della clausola compromissoria, in contrasto con quella fornita dalla Corte di merito, ed omettendo di specificare i criteri interpretativi da quest'ultima eventualmente violati o le lacune o le contraddizioni dell'iter logico-giuridico da essa seguito per giungere alla decisione.

Si osserva al riguardo che il presente giudizio ha ad oggetto l'impugnazione di un lodo irrituale pronunciato all'esito di un procedimento arbitrale avente il proprio fondamento nella clausola compromissoria contenuta in un contratto stipulato anteriormente all'entrata in vigore del d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, ed al quale, ai sensi dell'art. 27 di tale decreto, non si applica l'art. 808-ter c.p.c., introdotto dal medesimo provvedimento legislativo, che prevede, tra le cause di annullabilità del lodo, la pronuncia su conclusioni esorbitanti dai limiti della convenzione di arbitrato e l'inosservanza del principio del contraddittorio da parte degli arbitri. Trovano pertanto applicazione, nella specie, i principi elaborati dalla giurisprudenza di legittimità in epoca anteriore all'entrata in vigore del d.lgs. n. 40, secondo cui la natura negoziale dell'arbitrato irrituale, quale strumento di risoluzione delle controversie imperniato sull'affidamento a terzi del compito di ricercare una composizione amichevole riconducibile alla volontà delle parti, si traduce nell'impugnabilità del lodo soltanto per i vizi che possono inficiare ogni manifestazione di volontà negoziale, e quindi per errore, dolo, violenza o incapacità delle parti che hanno conferito l'incarico o degli arbitri stessi. In particolare,

l'errore rilevante è esclusivamente quello che attiene alla formazione della volontà degli arbitri, ravvisabile ogni qualvolta essi abbiano avuto una falsa rappresentazione della realtà, per non aver preso visione degli elementi della controversia o per averne supposti altri inesistenti, ovvero per aver dato come contestati fatti pacifici o viceversa, mentre è preclusa ogni impugnativa per errori di diritto, sia in ordine alla valutazione delle prove che in riferimento all'idoneità della decisione adottata a comporre la controversia (cfr. Cass., Sez. 1, 19 ottobre 2006, n. 22374; 15 settembre 2004, n. 18577; 18 settembre 2001, n. 11678). E' in quest'ottica che può assumere rilievo anche il rispetto del principio del contraddittorio, la cui inosservanza da parte degli arbitri, al pari degli altri vizi, può essere dedotta come motivo d'impugnazione del lodo esclusivamente in riferimento all'art. 1429 c.c., venendo in considerazione non già come vizio del procedimento, ma come violazione del contratto di mandato (cfr. Cass., Sez. 1, 10 agosto 2007, n. 17636; 7 marzo 2003, n. 3399; Cass., Sez. lav., 9 agosto 2004, 15353); negli stessi termini può essere denunciata la violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, il cui inquadramento in una prospettiva di carattere squisitamente negoziale si traduce nell'esperibilità dei rimedi previsti dalla legge contro l'eccesso dai limiti del mandato, ravvisabile ogni qualvolta gli arbitri non si siano attenuti all'incarico ricevuto, avendo pronunciato al di fuori di quanto espressamente o implicitamente loro devoluto (cfr. Cass., Sez. 1, 21 maggio 1996, n. 4688). La verifica di tale violazione, implicando l'accertamento dell'estensione e dei limiti del mandato conferito, attraverso la ricostruzione dell'effettiva volontà dei mandanti, si risolve peraltro, analogamente a quanto accade in ogni altra ipotesi d'interpretazione della volontà negoziale, in un apprezzamento di fatto, riservato al giudice di merito e censurabile in sede di legittimità esclusivamente per violazione delle regole legali di ermeneutica contrattuale o per incongruenza o illogicità della motivazione (cfr. Cass., Sez. 1, 19 aprile 2002, n. 5721; 27 aprile 1985, n. 2740; Cass., Sez. 3, 13 aprile 1999, n. 3609). Agli stessi limiti soggiace quindi il sindacato di questa Corte nell'ipotesi opposta, in cui, come nella specie, il ricorrente non faccia valere l'esorbitanza del lodo dai limiti dell'incarico conferito, ma sostenga, in contrasto con la sentenza di merito, che l'oggetto della decisione corrisponde puntualmente a quello della controversia deferita agli arbitri, ponendosi anche in tal caso una questione d'interpretazione della volontà dei mandanti, non diversamente dall'ipotesi in cui si affermi che gli arbitri hanno pronunciato *ultra petita*.

6. Con l'unico motivo del ricorso incidentale, il controricorrente deduce la violazione e/o la falsa applicazione degli artt. 91 e 92 c.p.c., censurando la sentenza impugnata nella parte in cui ha disposto l'integrale compensazione delle spese del doppio grado di giudizio, nonostante il

rigetto delle domande riconvenzionali e dell'appello incidentale proposti dalla Cofathec, il cui rifiuto di restituire i beni aveva reso necessaria un'onerosa procedura di sequestro giudiziario.

6.1. La censura è inammissibile.

In tema di spese processuali, il sindacato di questa Corte è infatti limitato all'accertamento che non risulti violato il principio secondo il quale le spese non possono essere poste a carico della parte totalmente vittoriosa, mentre rientra nel potere discrezionale del giudice di merito, tanto nel caso di soccombenza reciproca, quanto nel caso in cui concorrano altri giustificati motivi, la valutazione dell'opportunità di compensare in tutto o in parte le spese di lite (cfr. Cass., Sez. 5, 19 giugno 2013, n. 15317; 6 ottobre 2011, n. 20457; Cass., Sez. 1, 16 marzo 2006, n. 5828).

7. Il ricorso principale va pertanto rigettato, mentre il ricorso incidentale va dichiarato inammissibile. (*Omissis*).

(1) Corrispondenza tra chiesto e pronunciato nel lodo libero.

1. Con la sentenza n. 6830 del 24 marzo 2014 la prima Sezione della Corte di Cassazione Civile è tornata a statuire in materia di impugnazione del lodo irrituale per superamento dei poteri conferiti dalle parti al Tribunale Arbitrale⁽¹⁾.

La vicenda che ha dato origine alla decisione in commento si articola nei seguenti termini. La Cofathec Servizi S.p.a. ricorreva in Cassazione avverso la sentenza resa, tra la stessa ricorrente ed il Comune di Orvieto, dalla Corte d'Appello di Perugia con cui, in parziale riforma della sentenza del Tribunale di Orvieto, veniva dichiarata la nullità parziale del lodo irrituale per aver il Collegio Arbitrale deciso su di una questione esorbitante i limiti posti dalla domanda. Il lodo oggetto di impugnazione, reso all'esito di un procedimento arbitrale libero e pronunciato secondo equità, era fondato sulla clausola compromissoria contenuta nel contratto, stipulato per la gestione del Museo Emilio Greco e del Pozzo di San Patrizio, tra il Comune Orvieto e l'Artesia S.p.a. (prima confluita nella Jacorossi S.p.a. e successivamente incorporata dalla Cofathec S.p.a.).

Più in particolare, il Tribunale Arbitrale, investito della risoluzione della controversia relativa al pagamento del canone contrattualmente pattuito, dichiarava risolto, alla luce della comune volontà delle parti di non voler dare esecuzione alle convenzioni nel loro contenuto originario, il rapporto

⁽¹⁾Cass., 24 marzo 2014, n. 6830. Conformi: Cass., Sez. un., 27 ottobre 2008, n. 25770 in *Mass. Foro it.*, 2008; Cass., 10 agosto 2007, n. 17636; Cass., 15 settembre 2004, n. 18577, in *Urb. e app.*, 2004, 1287; Cass., 7 marzo 2003, n. 3399; Cass., 21 maggio 1996, n. 4688 in *Corr. giur.*, 1996, 1391, con nota di CECHELLA.

contrattuale. Accertava, inoltre, l'obbligo del Comune di rimborsare alla società appaltatrice le spese sostenute per miglioramenti ed addizioni e l'obbligo di quest'ultima alla riconsegna dei beni.

La statuizione contenuta nel lodo e confermata dal Tribunale di Orvieto veniva, quindi, impugnata dal Comune di fronte alla Corte di Appello di Perugia nella parte in cui riconosceva alla società il diritto al rimborso delle spese per miglioramenti ed addizioni. La Corte d'Appello, in accoglimento di alcune censure del Comune, ribaltava parzialmente la decisione di primo grado, dichiarando la nullità parziale del lodo, sul presupposto che nessuna domanda sulle spese per miglioramenti ed addizioni fosse stata formulata nel giudizio arbitrale.

La Corte di Cassazione, confermando la decisione dei giudici di secondo grado, riaffermava anche nella decisione in commento il principio secondo cui in tema di arbitrato irrituale, l'indagine diretta a stabilire se l'arbitro si sia mantenuto o meno nei limiti dell'incarico ricevuto si risolve nell'individuazione dell'estensione e dei limiti del mandato conferito, tramite la determinazione dell'effettiva volontà dei mandanti e, quindi, in un accertamento riservato al giudice del merito, insindacabile in sede di legittimità se condotto nel rispetto dei criteri di ermeneutica contrattuale e correttamente motivato⁽²⁾.

2. La sentenza pone le basi per alcune riflessioni in ordine alla possibilità di applicare all'arbitrato libero il principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, secondo cui l'oggetto della pronuncia arbitrale deve essere contenuto entro i limiti dei quesiti concretamente formulati dalle parti agli arbitri⁽³⁾.

L'arbitrato libero, al pari di quello rituale, è un mezzo alternativo di risoluzione delle controversie con cui le parti decidono liberamente, derogando la giurisdizione ordinaria, di demandare la risoluzione della lite ad un soggetto privato⁽⁴⁾.

Sebbene arbitrato libero e rituale sostanzino fenomeni ontologicamente differenti - senza entrare nel merito dell'accesso dibattito circa la loro natura⁽⁵⁾ - in entrambi, accanto alla deroga alla giurisdizione statale, si assiste

⁽²⁾ Cass., 19 ottobre 2006, n. 22374, in *Giust. civ.*, 2007, 2176; Cass., 15 settembre 2004, n. 18577, cit.; Cass., 19 aprile 2002, n. 5721, in *Mass. Giur. it.*, 2002; Cass., 18 settembre 2001, n. 11678, in *Mass. Giur. it.*, 2001, I, 623; Cass., 13 aprile 1999, n. 3609, in *Giust. civ.*, 2000, I, 475, con nota di GIACOBBE; Cass., 27 aprile 1985, n. 2740, in *Mass. Giur. it.*, 1985.

⁽³⁾ VERDE, *Diritto dell'arbitrato*, Torino, 2005, 387.

⁽⁴⁾ CECHELLA, *L'arbitrato*, Torino, 2005, 4; VERDE, *Sul monopolio dello Stato in tema di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2003, 371 ss.; ID., *Pubblico e privato nel processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2002, 633 ss.; PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, Padova, 2000, 26 ss.

⁽⁵⁾ La c.d. teoria unitaria avvicina l'arbitrato libero a quello rituale poiché entrambi si presentano come strumenti di risoluzione di una lite per mezzo di un giudizio

all'attribuzione, dalle parti a soggetti privati, del potere di risolvere la controversia tra di loro insorta. È, infatti, opinione unanimemente accolta, in dottrina e in giurisprudenza, che alla base del fenomeno arbitrale, quale strumento di risoluzione delle controversie disponibili fondato sul consenso, si pongono due autonome e distinte fattispecie contrattuali: il patto compromissorio, stipulato tra le parti, e il contratto che le parti stipulano con gli arbitri. Accordo compromissorio e contratto di arbitrato, pur rappresentando due momenti strettamente legati tra loro, hanno funzioni diverse e si riferiscono a contratti distinti sia sotto il profilo soggettivo, che sotto il profilo oggettivo. Mentre il primo è l'atto con cui le parti esprimono la volontà di ricorrere all'attività di giudici privati per la risoluzione di una controversia giuridica⁽⁶⁾, il secondo, stipulato tra parti ed arbitri, è un contratto di diritto

posto al termine di un processo. L'unica differenza riscontrabile tra i due fenomeni starebbe negli effetti cui sono destinati gli atti finali: effetti di sentenza, quelli del lodo rituale; effetti di negozio quelli del lodo irrituale v. FAZZALARI, *I processi arbitrali nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 459 ss.; CECHELLA, *Arbitrato libero e processo (contributo ad una nozione unitaria dell'arbitrato italiano)*, in *Riv. dir. proc.*, 1987, 881 ss.; PERA, *L'arbitrato irrituale previsto dall'art. 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 335 ss.; PUNZI, *L'arbitrato nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 1973, 327 ss.; MARANI, *In tema di arbitrato, arbitraggio, perizia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1983, 610 ss.; RICCI, *Sull'impugnazione per errore del lodo arbitrale irrituale*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, 436 ss.; TOMMASEO, *Arbitrato libero e forme processuali*, in *Riv. arb.*, 1991, 743 ss.; LAUDISA, *Arbitrato rituale e libero ragioni del distinguere*, in *Riv. arb.*, 1998, 21 ss. Viceversa, la c.d. teoria duale che tiene nettamente distinti i due fenomeni arbitrali, inquadra il fenomeno dell'arbitrato irrituale all'interno della figura dell'arbitraggio. L'arbitrato irrituale non consisterebbe nella risoluzione di una controversia giuridica, ma in un atto di volontà di un terzo, il quale si limiterebbe a fissare il contenuto di un contratto di transazione o di accertamento stipulato tra le parti v. BONFANTE, *Dei compromessi e dei lodi stabiliti fra industriali come vincolativi dei loro rapporti ma non esecutivi nel senso e nelle forme dei giudizi*, in *Riv. dir. comm.*, 1905, II, 45 ss.; D'ONOFRIO, *I lodi liberi e la loro impugnabilità davanti l'autorità giudiziaria*, in *Riv. dir. proc.*, 1925, II, 344 ss.; CARNELUTTI, *Arbitrato improprio*, in *Riv. dir. proc.*, 1962, 197 ss.; RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, Padova, 2002, 78; ID., *Arbitrato irrituale. Mandato a transigere e non ad accertare*, in *Foro pad.*, 1988, I, 406; BIAMONTI, voce *Arbitrato*, in *Enc. dir.*, Varese, 1958, 946. In giurisprudenza v. Cass., Sez. un., 9 luglio 1987, n. 5037, in *Mass. Giur. it.*, 1987, 94.

⁽⁶⁾ V. CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo italiano*, Roma, 1951, 70. Il patto compromissorio è, secondo l'opinione dominante, un atto negoziale di contenuto contrattuale, avente ad oggetto il diritto dei singoli di rimettere ai privati le loro controversie, che può rivestire ora la forma del compromesso ora della clausola compromissoria a seconda che abbia ad oggetto la risoluzione di una o più controversie attuali ed esistenti oppure future ed eventuali relative ad un determinato rapporto giuridico contrattuale. In proposito v. VERDE, *La convenzione di arbitrato*, in VERDE (a cura di), *Diritto dell'arbitrato rituale*, Torino, 2000, 42. Al patto compromissorio si applicano le norme ed i principi disposti in tema di formazione e di validità dei contratti oltre le specifiche disposizioni normative per la formazione e validità del patto compromissorio disposte dal legislatore v. BARBARESCHI, *Gli arbitrati*, Milano 1937, 30; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, Napoli, 1964, sub

privato⁽⁷⁾. È, dunque, grazie a quest'ultimo contratto, denominato contratto di arbitrato, che le parti assegnano agli arbitri, dietro pagamento di un corrispettivo, il compito di risolvere la controversia tra di loro insorta e gli attribuiscono il relativo potere⁽⁸⁾.

Riguardo l'essenza del rapporto contrattuale che lega parti e arbitri occorre fare alcune precisazioni. Il contratto di arbitrato, studiato fondamentalmente in riferimento all'arbitrato rituale, è stato, infatti, oggetto di diverse interpretazioni.

In particolare, accanto a quanti, in relazione all'arbitrato rituale, hanno configurato il legame parti-arbitri quale contratto d'opera intellettuale⁽⁹⁾ con obbligazione di risultato a carico dei giudicanti⁽¹⁰⁾, si è posta l'idea di chi

art. 808 c.p.c., 765; BOVE, *Il patto compromissorio rituale*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 422.

⁽⁷⁾ Nel rapporto tra accordo compromissorio e contratto di arbitrato non deve parlarsi di connessione necessaria, ma si tratta di schemi di fatto autonomi, che presentano un'evidente peculiarità: il secondo negozio presuppone, quale elemento della propria fattispecie, la venuta ad esistenza e la validità del primo MARULLO DI CONDOJANNI, *Il contratto di arbitrato*, Milano, 2008, 20. Ai due contratti è, dunque, riconosciuta una perfetta autonomia. Questi sarebbero, infatti, tra di loro in rapporto di collegamento funzionale e necessario essendo entrambi volti al medesimo risultato finale dato dalla conclusione del procedimento arbitrale. Il mancato perfezionamento del rapporto parti-arbitri o la sua successiva crisi non comporta anche il venir meno dell'altro e diverso rapporto contrattuale ossia del patto compromissorio, salvo che le parti non abbiano convenuto il ricorso all'arbitrato solo per la fiducia riposta in una determinata persona fisica, il venir meno della quale produce anche la crisi del patto compromissorio v. BOVE, *L'estinzione del patto compromissorio*, in *Riv. arb.*, 1998, 696 ss. In sostanza, il rapporto tra i due negozi si esaurisce nel fatto che il contratto di arbitrato reca tra i suoi presupposti un valido ed efficace accordo compromissorio; quest'ultimo si pone quindi come un elemento fattuale della più ampia fattispecie «contratto di arbitrato».

⁽⁸⁾ CECHELLA, *L'arbitrato*, cit., 97; REDENTI, voce *Compromesso (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1959, 790 ss.; PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2012, 177 ss.; BOVE, *La giustizia privata*, Padova, 2009, 85; VERDE, *Diritto dell'arbitrato*, cit., 116.

⁽⁹⁾ LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano, 2011, 70; CECHELLA, *L'arbitrato*, cit., 118; BERNARDINI, *Il diritto dell'arbitrato*, Roma, 1998, 61; FAZZALARI, voce *Arbitrato (teoria generale e diritto processuale civile)*, *Dig. it.*, Torino, 1987, 398; VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano, 1971, 401; VERDE, *Collegialità degli arbitri e responsabilità per inadempimento*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, 240 ss.; Id., *Diritto dell'arbitrato*, cit., p. 143; SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano, 1932, 17. In giurisprudenza v. Cass., 4 luglio 1968, n. 2244, in *Giur. it.*, 1968, I, 1, 1041; Cass., 26 novembre 1999, n. 13174, in *Rep. Giur. it.*, voce *Arbitrato-arbitri*, 1999, n. 118.

⁽¹⁰⁾ In proposito si è sostenuto che la confezione del lodo ed il suo deposito nei termini, che pur rappresenterebbero adempimento della *res deducta in obligatione*, non esaurirebbero il contenuto della prestazione, posto che l'incarico deferito agli arbitri presupporrebbe sempre la particolare perizia cui fa riferimento l'art. 2236 c.c. Tra i contrari alla ricostruzione del contratto di arbitrato come una prestazione d'opera intellettuale BARBARESCHI, *Gli arbitrati*, cit., 102. L'autore afferma l'incom-

ha ritenuto che la complessa attività compiuta dagli arbitri suggerirebbe, invece, di associare il contratto di mandato a quello di prestazione d'opera intellettuale, con la conseguenza che il rapporto *de quo* avrebbe natura mista⁽¹¹⁾. La teoria⁽¹²⁾ che, però, ha sicuramente trovato maggior seguito configura il rapporto parti-arbitri in termini di mandato collettivo⁽¹³⁾ dal

patibilità degli elementi costitutivi dell'attività del prestatore d'opera intellettuale con l'arbitrato. Infatti, sia l'elemento di carattere soggettivo, ovvero il fatto che l'obbligazione debba essere compiuta da un professionista (art. 2229 c.c.) che quello di carattere oggettivo, ovvero che la prestazione sia qualificata come discrezionale ed infungibile (art. 2231 c.c.) lo rendono incompatibile con la disciplina dell'arbitrato. Con riferimento al primo profilo il codice di procedura civile non stabilendo, infatti, requisiti soggettivi per gli arbitri, non richiederebbe l'elemento della professionalità per individuare coloro che possono ricoprire l'ufficio arbitrale. Vi sarebbe difformità, inoltre, anche per quanto concerne l'oggetto della prestazione: decidere una controversia è ben diverso dal rendere una prestazione intellettuale. In particolare, a detta del citato autore, non si riscontrerebbe nell'attività dell'arbitro il carattere dell'infungibilità, quale elemento decisivo del contratto di prestazione d'opera intellettuale, che rende insostituibile la persona del professionista. Nella disciplina dell'arbitrato si evincerebbe, poi, che la terzietà e l'indipendenza rispetto ai litiganti sono requisiti indispensabili per gli arbitri, i quali non possono in alcun modo tutelare interessi particolari di una delle parti compromittenti; ciò rappresenterebbe una notevole differenza con il prestatore d'opera, che per certi versi ha sempre un legame di dipendenza dal committente, il quale può impartirgli ordini e direttive, laddove, invece, agli arbitri non possono imporsi istruzioni sulle modalità decisionali della controversia.

⁽¹¹⁾ REDENTI, voce *Compromesso*, cit., p. 790; VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, cit., 253; PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., 180; MARULLO DI CONDOJANNI, *Il contratto di arbitrato*, cit., 38.

⁽¹²⁾ MORTARA, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1920, III, 56 ss.; CECHELLA, *L'arbitrato*, cit., 97; PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., 177 ss.; BOVE, *La giustizia privata*, cit., 85; VERDE, *La posizione dell'arbitro dopo la Riforma*, in *Riv. arb.*, 1997, 469; MIRABELLI, *Scelta dell'arbitro e rapporti parti-arbitri*, in *Giust. civ.*, 1998, II, 325; PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., 177; MIRABELLI, *Contratti nell'arbitrato (con l'arbitro; con l'Istituzione arbitrale)*, in *Rass. arb.*, 1990, 25. In giurisprudenza v. Cass., 27 febbraio 2009, n. 4823, in *Foro. pad.*, 2010, I, 235.

⁽¹³⁾ I sostenitori di questa tesi partono dal presupposto che il mandato, oltre che atto di una parte nel proprio interesse, possa anche considerarsi come un atto collettivo di tutte le parti compromittenti nell'interesse comune della risoluzione della controversia. La fattispecie, dunque, rientrerebbe nella figura del mandato collettivo, in quanto, da un lato, è conferito anche nell'interesse del mandatario, dall'altro lato, ha ad oggetto un affare di interesse comune: derogare alla giurisdizione ordinaria ed ottenere una definizione della controversia. Seguendo questa interpretazione si risolverebbe anche il problema della individuazione della disciplina giuridica applicabile al rapporto tra parti ed arbitri. Infatti, in presenza di lacune lasciate dal codice di procedura civile, supplirebbe la disciplina tipica dettata dal codice civile per il contratto di mandato. Si opponevano alla tesi del contratto di arbitrato nel caso di arbitrato rituale come mandato SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, 1988, 211, 326, 328 e 390; REDENTI, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 1954, 458; CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, cit., 6; VERDE, *Diritto dell'arbitrato*, cit., 117; BARBARESCHI, *Gli arbitrati*, Milano, 1937, 102. I citati autori evidenziano, in primo

momento che, vero è che gli arbitri, con l'assunzione dell'incarico, promettono una prestazione di lavoro intellettuale ma, è anche vero, che tale prestazione si traduce nell'adempimento di un mandato, come d'altronde avviene anche nell'esercizio della professione forense⁽¹⁴⁾.

Per quanto il dibattito sulla natura contrattuale del rapporto parti-arbitri abbia per lungo tempo occupato la dottrina, va detto che, tanto seguendo la disciplina che il Codice Civile detta per il mandato che quella dettata per il contratto di prestazione d'opera, non sembrano sussistere questioni concrete che troverebbero soluzioni radicalmente diverse se si riportasse il contratto in parola all'una o all'altra fattispecie.

L'analogia tra le due tipologie contrattuali è evidente. E, infatti, da un lato, il mandato rientra nella nozione giuridica di prestazione di attività 'lavorativa' nella sua più ampia accezione⁽¹⁵⁾; dall'altro, mandato e prestazione d'opera intellettuale sono figure combinate tra loro, ancorché indirettamente, dal codice civile, in virtù del richiamo operato dall'art. 2230 c.c. (prestazione d'opera intellettuale) alle "*disposizioni generali del capo precedente*" e, conseguentemente, dall'art. 2222 c.c. (*locatio operis*) alle "*disposizioni del libro IV*".

Sebbene, poi, l'indicata disputa classificatoria sia stata certamente rilevante prima del 2006, questa, con l'introduzione dell'art. 813-ter c.p.c., ha gradualmente perso d'importanza. Il legislatore, avendo operato una netta modifica in termini di responsabilità degli arbitri, ha fatto sì che la soprad-

luogo, la diversità della natura dell'incarico: il mandatario, nell'esercizio della propria volontà, compie negozi giuridici; gli arbitri sono investiti del compito di svolgere un'attività complessa, funzionale alla definizione di una controversia. Si precisava, in particolare, che gli arbitri sono obbligati non già a comporre una lite, ma a decidere una controversia; essi realizzano una prestazione composita, che si conclude con l'emanazione in piena autonomia di un atto giuridico non negoziale, il lodo, preceduta da una serie di atti procedurali e di immancabili operazioni logico-intellettive. In secondo luogo, emerge che nella ricostruzione del rapporto tra parti ed arbitri non si individuano i caratteri tipici del rapporto di gestione; infatti, i membri di un collegio arbitrale non esercitano un'attività collaborativa funzionale al raggiungimento di interessi propri dei litiganti; essi non pongono in essere una cooperazione sostitutiva, dell'attività dei conferenti l'incarico, per la conclusione di negozi giuridici con i terzi, ma sono destinatari di una funzione e di un ruolo che assume rilevanza soltanto nei rapporti interni con le parti medesime. L'arbitro non collabora con il committente, ma semplicemente si impegna a fornirgli il substrato logico di una decisione, ovvero il contenuto materiale di un comando. Potrebbe parlarsi, utilizzando un'espressione diffusa in dottrina, di cooperazione materiale e non giuridica; anche se nelle funzioni arbitrali si combinano profili diversi che rendono assolutamente peculiare l'attività che gli arbitri sono chiamati a svolgere.

⁽¹⁴⁾ REDENTI, *Diritto processuale civile*, cit., 790.

⁽¹⁵⁾ Nella relazione illustrativa al Codice Civile si afferma che il mandato rientra nell'ampio concetto del lavoro autonomo. Così anche G. GIACOBBE, D. GIACOBBE, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera Artt. 2222-2228*, in *Cod. Civ. Comm. Schlesinger*, Milano, 2009, 77.

detta questione interpretativa si risolvesse nella direzione di un “contratto di arbitrato” tipico ed autonomo, espressamente previsto agli artt. 806 e ss. c.p.c., che attinge il suo regime positivo da una pluralità di fonti normative (dagli artt. 2230 e ss. c.c. sul contratto d’opera intellettuale, dagli artt. 1703 e ss. c.c. sul mandato e dalle stesse norme del codice di rito)⁽¹⁶⁾.

Se tante questioni interpretative sono state sollevate nel caso di arbitrato rituale, nell’esperienza dell’arbitrato libero l’indagine circa la natura del contratto parti-arbitri si è, invece, sempre risolta secondo l’idea per cui le parti conferirebbero agli arbitri un mandato alla risoluzione di una o più controversie. E, infatti, in questo caso, la natura contrattuale dell’istituto ben si coglie considerando che l’arbitrato irrituale, alla stregua della fattispecie di cui all’art. 1703 c.c., presuppone un mandato congiuntamente conferito dalle parti agli arbitri, finalizzato alla stipula di un accordo contrattuale attraverso una manifestazione di volontà negoziale sostitutiva di quella delle parti, il cui oggetto viene in dottrina alternativamente avvicinato ora ad una composizione amichevole conciliativo-transattiva ora ad un negozio di accertamento⁽¹⁷⁾.

3. Il superamento dei limiti posti dalle parti al potere degli arbitri è avvenuto, dopo l’introduzione nel 2006 dell’art. 808-ter c.p.c., specifico motivo di annullabilità del lodo irrituale⁽¹⁸⁾. Se, da un lato, la norma in parola, al n. 1 del secondo comma, dispone che il lodo libero è annullabile se “*gli arbitri hanno pronunciato su conclusioni che esorbitano dai loro limiti e la relativa*

⁽¹⁶⁾ VERDE, *Gli arbitri*, cit., 117; ID., *Lineamenti di diritto dell’arbitrato*, cit., 70 ss.; ID., *Collegialità degli arbitri e responsabilità per inadempimento*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, 248; PUNZI, *Disegno sistematico dell’arbitrato*, cit., 183 ss.; MIRABELLI, GIACOBBE, *Diritto dell’arbitrato*, Napoli, 1997, 46; FAZZALARI, *L’arbitrato*, cit., 49; BRIGUGLIO, *Commento all’articolo 813 c.p.c.*, in BRIGUGLIO, FAZZALARI, MARENGO, *La nuova disciplina dell’arbitrato*, Milano, 1994, 68; DITTRICH, *Commento all’art. 6 della l. n. 25/1994*, in TARZIA, LUZZATTO, RICCI, *Legge 5 gennaio 1994, n. 25*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1995, 54 ss.; MIRABELLI, *Contratti nell’arbitrato (con l’arbitro; con l’istituzione arbitrale)*, in *Rass. arb.*, 1990, 3 ss. In giurisprudenza v. Cass., 26 novembre 1999, n. 13174, in *Foro it.*, 2000, I, 326.

⁽¹⁷⁾ BOVE, *La giustizia privata*, cit., 227 ss.; ID., *Sub art. 808-ter c.p.c.*, in MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell’arbitrato*, Padova, 2010, 65 ss.; ID., *Note in tema di arbitrato libero*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, 716 ss.; ASCARELLI, *Arbitri ed arbitratori. Gli arbitrati liberi*, in *Riv. dir. proc.*, I, 1929, 336; MORELLINI, *Rilevanza della volontà delle parti per distinguere l’arbitrato rituale da quello irrituale*, in *Soc.*, n. 2, 2006, 235 ss.; VERDE, *Diritto dell’arbitrato*, cit., 25 ss.; ID., *La riforma della disciplina dell’arbitrato (L. n. 80/2005 e D.Lgs. n. 40/2006)*, a cura di Fazzalari, Milano, 2006, 7 ss.; D’ALESSANDRO, *Può esservi supplenza giudiziale nella nomina dell’arbitro irrituale o libero?*, in *Judicium.it*. In giurisprudenza v. Cass., 1° aprile 2011, n. 7574, in *Mass. Foro it.*, 2011, 286.

⁽¹⁸⁾ BOVE, *Sub art. 808-ter c.p.c.*, in MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell’arbitrato*, Padova, 2010, 90 ss.; BIAVATI, *Sub art. 808-ter*, in *Arbitrato*, diretto da Carpi, Bologna, 2007, 171 ss.; BERTOLDI, *Codice di procedura civile commentato* diretto da Consolo, III, *sub art. 808-ter*, 1662 ss.

eccezione è stata sollevata nel procedimento arbitrale”, dall’altro lato, al n. 4, sempre del suo secondo comma, la stessa individua la possibilità di impugnare il lodo qualora gli arbitri non si siano attenuti alle “regole imposte dalle parti come condizione di validità del lodo”⁽¹⁹⁾.

Sebbene il lodo irrituale pronunciato in violazione dei limiti del contratto di arbitrato è, ad oggi, censurabile per espressa previsione legislativa, lo stesso principio era costantemente sostenuto anche dalla giurisprudenza anteriore alla novella del 2006⁽²⁰⁾. In altri e più precisi termini, nonostante il superamento di tali limiti sia considerato espressamente motivo di nullità del lodo rituale ex art. 829, n. 4, c.p.c. e di annullabilità di quello irrituale dall’art. 808-ter, n. 4, c.p.c. è doveroso precisare che lo stesso vizio sarebbe in ogni caso censurabile, anche in assenza di un’espressa previsione normativa. E ciò poiché, in presenza di lacune lasciate dal codice di rito, tornerebbero ad applicarsi, in via suppletiva, le norme che il codice civile detta in materia di contratto di mandato, o meglio, di superamento dei suoi limiti⁽²¹⁾.

Pertanto, posto che i limiti che presiedono la decisione arbitrale sono quelli indicati dalle parti nel contratto di arbitrato, a cui può essere analogicamente applicata la regola di cui all’art. 1711 c.c., l’arbitro che eccedesse i limiti del suo incarico produrrebbe un lodo – sia esso libero o rituale – inopponibile alle parti⁽²²⁾.

Ciò posto, è chiaro che possa parlarsi di superamento dei limiti del contratto di arbitrato anche quando l’arbitro non rapporti il contenuto del *dictum* alle richieste delle parti⁽²³⁾. E, infatti, se l’attività degli arbitri si fonda sul consenso delle parti, che nasce con il patto compromissorio e domina tutto il procedimento arbitrale, devono allora essere le parti ad indicare ai giudicanti le questioni da decidere nell’ambito della materia del contendere. Sono le parti, attraverso la domanda a sottoporre agli arbitri la questione giuridica da risolvere e, in forza della stessa, a determinare i confini della materia del contendere, onde evitare di incorrere in vizi di ultra o infra-petizione al momento della pronuncia del lodo.

Pertanto, anche quando l’arbitrato è libero, le parti compromettenti, formulando i c.d. quesiti, enunciano le loro pretese al fine di individuare la

⁽¹⁹⁾ PUNZI, *Disegno sistematico dell’arbitrato*, cit., II, 544 ss.

⁽²⁰⁾ Cass., 24 febbraio 2004, n. 3614 in *Giur. it.*, 2004, 2277, con nota di NELA; Cass., 18 maggio 2004, n. 9392, in *Mass. Giur. it.*, 2004; Cass., 17 agosto 2004, n. 16049, in *Rep. Foro it.*, 2004, 229; Cass., 12 maggio 1981, n. 3125, in *Rep. Foro it.*, 1981, voce *Arbitrato*, 139.

⁽²¹⁾ Cass., 14 luglio 2004, n. 13114, in *Giur. it.*, 2005, 782; Cass., 7 luglio 1981, n. 4425, in *Foro it.*, 1981, I, 2715, con nota di BARONE.

⁽²²⁾ MARINELLI, *La natura dell’arbitrato irrituale*, Torino, 2002, 211.

⁽²³⁾ TARZIA, *Nullità ed annullamento del lodo arbitrale irrituale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 454; LAUDISA, *Arbitrato libero e corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato*, in *Riv. arb.*, 1997, 64 ss.; MARINELLI, *La natura dell’arbitrato irrituale*, cit., 209 ss. In giurisprudenza v. Cass., 15 luglio 2004, n. 13114, in *Giur. it.*, 2005, 783; Cass., 21 maggio 1996, n. 4688, in *Riv. arb.*, 1997, 61, con nota di LAUDISA.

specifica portata oggettiva della domanda⁽²⁴⁾. La domanda così individuata assolve, tra le altre funzioni, a quella di fissare i limiti del 'chiesto' e, conseguentemente, del 'pronunciato'⁽²⁵⁾. Di conseguenza, il mandato conferito agli arbitri di provvedere alla risoluzione del conflitto non giustifica l'adozione di una decisione che esuberi i limiti posti dalle parti attraverso la proposizione dei quesiti⁽²⁶⁾.

Ne deriva che la determinazione dell'oggetto del contratto di arbitrato è fondamentale ai fini della determinazione dei limiti di pronuncia degli arbitri.

4. Proiettando nel caso in esame tutto quanto finora sostenuto, va detto che il lodo impugnato è stato pronunciato all'esito di una procedura arbitrale fondata su una clausola compromissoria accedente ad un contratto stipulato nel 1991 ed è, quindi, evidente che l'art. 808-ter c.p.c., per espressa previsione dell'art. 27 del D. Lgs. 40/2006, non possa trovare applicazione. Tuttavia, sebbene il lodo non può essere censurato per gli specifici motivi previsti dal primo comma dell'art. 808-ter c.p.c., il vizio di *ultra petitum*, in una prospettiva di carattere squisitamente negoziale, si traduce nell'esperibilità dei rimedi previsti dalla legge contro il superamento dei limiti del mandato *ex art.* 1711 c.c., ravvisabile ogni qualvolta gli arbitri non si siano attenuti all'incarico ricevuto, avendo pronunciato al di fuori dei limiti oggettivi posti dalla volontà negoziale delle parti⁽²⁷⁾.

Ne consegue che, sia nel caso in cui il ricorrente intende far valere la violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, sia nel caso opposto, in cui sostenga che l'oggetto della decisione corrisponda a quello della controversia deferita agli arbitri, il giudice di merito dovrà valutare l'effettivo superamento dei limiti del mandato conferito agli arbitri⁽²⁸⁾.

In sintesi, la Corte d'Appello di Perugia, ponendo in essere un'indagine fattuale sull'ampiezza della portata del contratto parti-arbitri a decidere

⁽²⁴⁾ PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., I, 388; CICONI, voce *Provvedimenti cautelari*, in AA.VV., *Dizionario dell'arbitrato*, Torino, 1997, 490; LUISO, *Diritto processuale civile*, V, Milano, 2011, 131; ID., *Il regolamento del processo arbitrale per i lavori pubblici*, in *Riv. arb.*, 2001, 2 ss.

⁽²⁵⁾ MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, III, Torino, 2004, 387-388; TRISORIO LIUZZI, *La fase introduttiva del procedimento arbitrale*, in *Riv. arb.*, 718 ss. In giurisprudenza v. Cass., 22 maggio 2003, n. 8038, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Arbitrato*, n. 148; Cass., 21 maggio 1996, n. 4688 cit.

⁽²⁶⁾ MARENGO, BRIGUGLIO, FAZZALARI, *La nuova disciplina dell'arbitrato. Commentario*, cit., 133-134; LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, Milano, 2011, 363-364; VERDE, *Diritto dell'arbitrato*, cit., 387; In giurisprudenza v. Cass., 27 gennaio 1967, n. 221, in *Rep. Foro it.*, 1967, voce *Arbitrato*, n. 58; Cass., 23 ottobre 1968, n. 3418, in *Giur. it.*, 1969, I, 1, 684;

⁽²⁷⁾ Cass., sez. un., 27 ottobre 2008, n. 25770, cit.; Cass., 15 settembre 2004, n. 18577, cit.

⁽²⁸⁾ Cass., 24 marzo 2014, n. 6830, cit.

sulla singola questione, ha escluso, sulla base di un esame complessivo dei quesiti posti, che la domanda di rimborso spese per miglioramenti ed addizioni potesse essere implicitamente dedotta dalla volontà delle parti di investire gli arbitri delle sorti dell'intero rapporto e, quindi, riscontrando nell'attività degli arbitri un superamento dei limiti oggettivi posti dalle parti con il conferimento del mandato, ha dichiarato la nullità parziale del lodo per violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

La C.S., investita della questione, ha affermato che l'indagine circa tali limiti si risolve in un accertamento riservato al giudice del merito, il quale deve interpretare l'atto di conferimento del mandato alla luce del comportamento delle parti. E, infatti, l'interpretazione della volontà delle parti, al fine di accertare quale sia la portata oggettiva della domanda devoluta agli arbitri, rientra esclusivamente nei compiti del giudice di merito, dovendosi all'uopo esaminare circostanze di fatto, valutare comportamenti, accertare il significato grammaticale delle espressioni usate ed indagare circa la comune espressione delle parti⁽²⁹⁾. La Corte di legittimità ha, quindi, correttamente dichiarato l'inammissibilità del ricorso proposto avverso la sentenza di annullamento del lodo-negoziale, sostenendo che l'indagine in ordine al convincimento di fatto dei giudici di merito non può essere rimessa in discussione da quelli di legittimità, i quali non potranno analizzare il significato attribuito alle dichiarazioni di volontà dei privati che si risolve in un mero apprezzamento di fatto, insindacabile in sede di legittimità se condotto nel rispetto dei criteri di ermeneutica contrattuale e correttamente motivato.

GIULIA CIURNELLI

⁽²⁹⁾ Cass., 12 novembre 1994, n. 9549, in *Mass. Giur. it.*, 1994, 901.

I

TRIBUNALE PER I MINORENNI DI PERUGIA – 24 aprile 2010 – Pres.
est. MAZZINI – P.m. BELLOCCHI.

**Filiazione – Dichiarazione giudiziale di paternità e maternità naturali
(azione di) – Prova della filiazione – Fattispecie.**

L'accertamento della genitura naturale può ritenersi raggiunto con convergenza di esiti ed in termini di appagante sicurezza attraverso le prove testimoniali indicanti elementi gravi, precisi ed univoci a norma dell'art. 2729 c.c., dell'esistenza di una relazione affettiva del presunto genitore con la madre all'epoca del concepimento, della convivenza more uxorio tra i due e della conoscenza di tale rapporto da parte anche dei prossimi congiunti (1).

II

TRIBUNALE DI PERUGIA – Sez. I – 26 marzo 2014 (ord.) – Pres. CRISCUOLO – Est. Micciché.

Separazione e divorzio – Provvedimenti riguardo al minore – Affidamento e collocazione – Ascolto del minore – Rilevanza – Conseguenze.

Posto che il mancato ascolto del minore che ha superato i dodici anni o il mancato accertamento della capacità di discernimento da parte del minore di età inferiore costituisce violazione del principio del contraddittorio e del giusto processo, il Giudice deve tener conto in sede di decisione delle dichiarazioni da questi rilasciate, salvo valutazioni difformi adeguatamente motivate in rapporto al grado di discernimento attribuito al minore (2).

I

(Omissis). (...) genitore esercente la patria potestà sulla minore (...) nata a (...) il (...) esponeva a questo Tribunale con ricorso depositato l'1 ottobre 2009 che a seguito della convivenza iniziata nel 2006 con (...) in, via (...) e mai interrotta, nasceva il (...) la piccola (...) concepita proprio pochi giorni prima del decesso dell'(...) verificatosi a causa di incidente stradale il 29 dicembre 2008; della gravidanza, riferiva la ricorrente, si avvedeva dopo il tragico evento ed il bambino era stato fortemente desiderato anche dall'(...), cittadino macedone, in Italia per motivi di lavoro e non coniugato.

Aggiungeva nel corso dell'interrogatorio la (...) di aver avuto rapporti amichevoli anche con i prossimi congiunti del compagno, avendoli incontrati in Macedonia e frequentati poi anche in Italia: all'uopo produceva alcune foto che li ritraevano insieme e che tale frequentazione continuava tuttora frequentando i suddetti sia la bambina che lei stessa.

Concludeva pertanto per la declaratoria di paternità di (...) nei confronti della piccola (...) con ogni consequenziale provvedimento. Gli eredi convenuti non si costituivano in giudizio e devono pertanto dichiararsi contumaci. Disposti ed espletati i mezzi istruttori (prove testimoniali) richiesti dalla ricorrente ed acquisito il parere espresso dal P.M. in data 22 marzo 2010, la causa veniva posta in decisione sulle conclusioni trascritte in epigrafe nella Camera di Consiglio del 25 marzo 2010.

Ritiene questo Collegio pienamente fondata l'azione volta ad affermare giudizialmente – con ogni consequenziale pronuncia *ex art. 277 c.c.* – la filiazione biologica della piccola (...), azione promossa dalla madre nei confronti degli eredi (...).

L'accertamento della genitura naturale di quest'ultimo infatti può ritenersi raggiunto con convergenza di esiti ed in termini di appagante sicurezza attraverso le prove testimoniali indicanti elementi gravi, precisi ed univoci a norma dell'art. 2729 c.c. dell'esistenza di una relazione affettiva del presunto genitore con la madre all'epoca del concepimento, della convivenza *more uxorio* tra i due e della conoscenza di tale rapporto da parte anche dei prossimi congiunti, madre, sorelle e fratelli dell'(...).

Riferivano in proposito i testi (...) (fratello della ricorrente) (...), la veridicità della relazione dal 2006 tra la ricorrente e l(...), dagli stessi frequentati e della loro coabitazione anche, all'epoca del concepimento e sino alla morte dell'(...) nonché della conoscenza di tale rapporto da parte dei rispettivi parenti che frequentavano con una certa regolarità la coppia, intenzionata anche a sposarsi quanto prima.

Confermavano altresì entrambi i testi escussi che la coppia non aveva avuto altre relazioni trattandosi di coppia stabile, felice e fedele (v. verb. ud. 23 febbraio 2010).

Tutti gli assunti della ricorrente hanno pertanto trovato piena conferma, sì che la pretesa della stessa deve trovare accoglimento ed emettersi la chiesta pronuncia dichiarativa del rapporto di filiazione della piccola (...) nei confronti del padre naturale (...), palesandosi superflua qualsiasi altra prova (quale Dna stante anche la contumacia di parte convenuta che fa ritenere ulteriormente confermati i fatti di cui sopra, oltreché dalla documentazione allegata. (*Omissis*).

II

(*Omissis*). Letti gli atti e sciogliendo la riserva assunta dal giudice relatore all'udienza del 19 marzo 2013 nel procedimento *ex art.* 710 c.p.c. (*Omissis*).

Premesso che nel ricorso, depositato il 18 settembre 2013, (...) ha esposto: che con la sentenza n. 1397/12 l'intestato Tribunale aveva pronunciato la separazione personale dei coniugi, disponendo l'affidamento congiunto ad entrambi i genitori dei figli minori (...) e (...), collocati presso la madre, e ponendo a carico del padre l'obbligo di versare alla moglie, a titolo di contributo al mantenimento dei figli, la somma di € 500,00 mensili oltre al 50% delle spese straordinarie; che il figlio (...), di anni 13, dal mese di giugno 2013, dopo aver trascorso le vacanze estive con il padre, aveva manifestato la sua ferma intenzione di restare a vivere con lui, resistendo alle pressanti richieste provenienti dalla madre e perfino comunicando la detta volontà al legale del padre, cui aveva di propria iniziativa telefonato; che il ricorrente ha concluso, quindi, chiedendo, che venisse disposto il collocamento presso la propria abitazione del figlio (...), statuendo di conseguenza che ciascuno dei genitori avrebbe provveduto autonomamente al mantenimento del figlio con esso convivente; che (...), costituitasi, ha chiesto il rigetto del ricorso e la conferma delle condizioni poste con la sentenza di separazione, evidenziando al fine che il (...) non si era mai occupato degli impegni ed interessi dei figli, non li aveva mai seguiti nel percorso scolastico e che il collocamento presso il padre si sarebbe trasformato in una delega totale nella gestione e nella cura del minore ai nonni paterni; l'unica vera ragione sottesa al ricorso sarebbe, secondo quanto sostenuto dalla resistente, quella del (...) di ottenere una riduzione dell'assegno di mantenimento; che all'udienza collegiale del 7 febbraio 2014, ove le parti insistevano nelle rispettive difese, il Collegio disponeva procedersi all'ascolto del minore, delegando all'incombente istruttorio il giudice relatore; che all'udienza del 19 marzo 2014, tenuta dinanzi al giudice relatore, veniva sentito il minore, i difensori insistevano nelle rispettive difese e la causa veniva rimessa al Collegio per la decisione. (*Omissis*).

A parere del Collegio la domanda avanzata in ricorso è meritevole di accoglimento, nei limiti di seguito esposti.

Nell'ambito delle vicende relative alla separazione ed al divorzio, è ormai da tempo normativamente tipizzato il principio che impone di ascoltare il minore; si è anzi, sul punto, efficacemente affermato che il mancato ascolto del minore che ha superato i dodici anni o il mancato accertamento della capacità di discernimento da parte del minore di età inferiore costituisce violazione del principio del contraddittorio e del giusto processo (cfr. Cass. n. 22238 del 21 ottobre 2009).

È, per altro, pacifico in giurisprudenza l'orientamento secondo cui il Giudice deve tener conto in sede di decisione delle dichiarazioni da questi rilasciate, salvo valutazioni difformi adeguatamente motivate in rapporto al grado di discernimento attribuito al minore.

Nel nostro caso non può, il Collegio, che prendere atto della chiara volontà espressa in sede di ascolto, svoltosi dinanzi al giudice istruttore: (...) ha dichiarato di star bene con il padre e di voler continuare a stare con lui ed ha ragionevolmente motivato tale volontà dicendo che con il padre si sente più protetto, che il padre è più spesso a casa e che quando non è casa, lui non deve restare da solo, come avviene invece quando è dalla madre, ma può stare con i nonni.

Va evidenziato come non vi siano ragioni, per un verso, per sospettare che la volontà del minore non sia genuina, apparendo piuttosto liberamente e consapevolmente formata, oltre che proveniente da un ragazzino che è apparso in possesso di capacità di discernimento del tutto adeguate alla sua età; per altro verso, per disattendere la volontà del minore che, per altro, a (...), ove vive il padre, frequenta la scuola, la scuola-calcio ed ha i compagni di classe e gli amici.

Né osta alla all'accoglimento del ricorso la circostanza che il (...) nella gestione del figlio sia coadiuvato dai genitori, ed in particolare dalla nonna, che spesso cucina e che si occupa di lavare e stirare i panni. Deve, sul punto, evidenziarsi come la costante frequentazione di (...) con i nonni paterni, lungi dall'essere un elemento potenzialmente di ostacolo alla collocazione preferita dal minore – come sostiene la resistente – sia invece, per (...), un importante fattore di arricchimento e di conforto; in una situazione in cui i genitori non sono più in condizione di poter offrire insieme sostegno e vicinanza al figlio, il fatto che questi possa giovare anche dell'accudimento dei nonni è certamente un vantaggio, in termini di crescita affettiva e di sostegno, rispetto al quale non vi è ragione di nutrire perplessità di sorta.

Alla luce di quanto evidenziato – e tenuto conto, dunque, soprattutto della chiara e motivata volontà dal piccolo (...) di vivere in via prevalente con il padre – ritiene il Collegio che debba disporsi la collocazione presso l'abitazione paterna, fermo restando l'affidamento congiunto ad entrambi i genitori.

All'accoglimento del ricorso segue la regolamentazione, in termini conseguenti, delle modalità di incontro con la madre (nei termini di cui in dispositivo) e dei rapporti economici tra le parti: quanto a quest'ultimo aspetto, il padre dovrà continuare a versare alla madre, a titolo di contributo al mantenimento della figlia (...) che con lei abita, la somma di €250,00 mensili; non è, infatti, accoglibile la richiesta di integrale eliminazione dell'assegno di mantenimento avanzata in ricorso, dovendo comunque continuare a gravare sul (...) l'obbligo di contribuire al man-

tenimento dell'altra figlia, anche tenuto conto del fatto che il ricorrente, quali che ne siano le ragioni, gode del vantaggio di essere rimasto a vivere nella casa coniugale, per la quale non risulta che paghi canoni di locazione. (*Omissis*).

(1-2) Accertamento di stato e diritti fondamentali nella riforma della filiazione.

1. I provvedimenti in esame, che fanno corretta applicazione dei principi normativi fondamentali in materia di filiazione e minori, recentemente ribaditi e rafforzati dalla riforma operata con l. 10 dicembre 2012, n. 219 e con il successivo d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, in vigore dal 7 febbraio 2014, consentono un'indagine a tutto tondo sui principali problemi che la predetta riforma non ha risolto o, addirittura, pone all'interprete.

Il primo provvedimento riguarda l'azione di dichiarazione giudiziale della genitorialità ai sensi degli artt. 269 ss. c.c. e, in particolare, la prova della filiazione, che nella fattispecie concreta si è ritenuta raggiunta sulla base di presunzioni semplici (art. 2729 c.c.), essendosi ritenuto superfluo il ricorso alla prova diretta del Dna. Ciò in applicazione dell'art. 269, 2° comma, c.c., che, in ossequio al principio di verità biologica, dispone che la prova della genitorialità possa essere data con ogni mezzo⁽¹⁾.

Il secondo, concerne il procedimento di separazione personale e, in quest'ambito, la rilevanza della volontà del minore capace di discernimento in relazione ai provvedimenti del giudice che lo riguardano, ai sensi del nuovo art. 336 *bis* c.c.: secondo l'orientamento della Cassazione, anche a Sezioni unite, il minore è portatore di un proprio interesse anche nell'ambito del procedimento giurisdizionale, con la conseguenza che la sua audizione non è atto istruttorio, come può essere l'escussione di un teste e il mancato ascolto costituisce una violazione del principio del contraddittorio e dei principi che regolano il giusto processo⁽²⁾.

⁽¹⁾ Cfr., di recente, Cass., 22 agosto 2006, n. 18224, in *Fam. e dir.*, 2007, 240, con nota di FIORAVANTI, *Dichiarazione giudiziale di paternità: accertamento dei presupposti di fatto e di diritto*, secondo cui il giudice può legittimamente fondare il proprio convincimento anche su risultanze istruttorie dotate di valore puramente indiziario, quali: a) la sussistenza di una relazione intensa ed esclusiva tra i soggetti all'epoca del concepimento; b) l'offerta di danaro alla madre da parte dei familiari del presunto padre, durante la gravidanza; c) il rifiuto immotivato del presunto padre di sottoporsi agli esami ematogenetici; conf., Cass., 9 giugno 2005, n. 12166, in *leggiditaliaprofessionale.it*.

⁽²⁾ Cass., sez. un., 21 ottobre 2009, n. 22238, in *Foro it.*, 2010, I, 903; in *Riv. dir. proc.*, 2010, 1415, con nota di DANOVÌ, *L'audizione del minore nei processi di separazione e divorzio tra obbligatorietà e prudente apprezzamento giudiziale*; in *Fam. e dir.*, 2010, 364, con nota di GRAZIOSI, *Ebbene sì, il minore ha diritto di essere ascoltato nel processo*; di recente, Cass., 5 marzo 2014, n. 5237, in *leggiditaliaprofessionale.it*; Cass., 5 marzo 2014, n. 5098, in *Fam. e dir.*, 2014, 389; Cass., 15 maggio 2013,

Per comprendere appieno la portata dei provvedimenti in esame è necessario avere ben chiaro il quadro di riferimento del sistema della filiazione, quadro profondamente mutato a seguito della recente riforma operata con i richiamati l. 10 dicembre 2012, n. 219 e d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154.

2. L'accertamento dello *status* è nel nostro ordinamento requisito essenziale per la titolarità e l'esercizio di situazioni giuridiche soggettive derivanti dal rapporto filiale. Infatti, sebbene i diritti fondamentali del figlio quale individuo e soggetto debole, riconducibili all'art. 30 Cost. (ivi compresi quelli al mantenimento, all'istruzione e all'educazione di cui all'art. 279 c.c.) e all'art. 24 C.d.f.U.E., sorgano per effetto della nascita, quello che difetta, per attribuire loro rilevanza giuridica nel sistema della filiazione, è il rapporto e, quindi, il soggetto verso cui farli valere: il nato è potenzialmente titolare di situazioni giuridiche verso il genitore biologico, o verso quello sociale che abbia prestato consenso esplicito o implicito ex art. 9, l. 19 febbraio 2004, n. 40, ma, sino a che non interviene l'accertamento, non esiste il rapporto giuridico che lega i due soggetti e, di conseguenza, la titolarità concreta ed attuale delle predette situazioni.

In altri termini, se è vero che i diritti fondamentali dell'individuo si acquisiscono con la nascita e possono essere fatti valere nei confronti di chiunque, taluni di essi, che assumono rilevanza nel diritto civile, possono trovare attuazione soltanto attraverso rapporti giuridici da questo disciplinati. Infatti, essi, sebbene solennemente proclamati dalle fonti primarie, per esplicarsi hanno bisogno dell'individuazione dei soggetti obbligati e della conseguente costituzione del rapporto giuridico, senza le quali essi rimangono mere enunciazioni di principio. Così, è certo che il figlio, ai sensi dell'art. 30 Cost., ha diritto di essere mantenuto, istruito ed educato dal genitore, ma, senza la sua individuazione e la costituzione del rapporto giuridico tramite l'accertamento di *status*, non vi può essere titolarità in senso tecnico e il diritto fondamentale non può trovare attuazione.

Pertanto, nel nostro sistema non v'è mai attribuzione automatica della genitorialità, ma è sempre necessario un atto di accertamento a prescindere dal documento che lo contiene e dalla sua provenienza⁽³⁾, in mancanza

n. 11687, in *Foro it.*, 2013, I, 1839; in *Giur. it.*, 2014, 294, con nota di AIROLA TAVAN, *L'ascolto del minore nei procedimenti di separazione dei coniugi da dovere del giudice a diritto del figlio*; App. Catania, 12 dicembre 2013, in *leggiditaliaprofessionale.it*; nel senso che degli esiti dell'ascolto del minore si deve necessariamente tenere conto, salvo diversa valutazione del giudice doverosamente orientata a realizzare l'interesse del minore, imponendosi, tuttavia, un onere di motivazione la cui entità deve ritenersi direttamente proporzionale al grado di discernimento attribuito al figlio, Cass., 17 maggio 2012, n. 7773, in *leggiditaliaprofessionale.it*. Un ampio quadro delle tutele del minore è offerto da SCAGLIONE, *Ascolto, capacità e legittimazione del minore*, in CIPPITANI, STEFANELLI (a cura di), *op. cit.*, 271 ss.; sul suo ruolo processuale v. SAVI, *Il ruolo processuale del minore*, *ivi*, 295 ss.

⁽³⁾ Sono i risultati cui è pervenuta la dottrina più autorevole che da decenni

del quale non opera nemmeno il sistema di finzioni e presunzioni relativo alla matrimonialità del figlio, confermato e addirittura esteso dall'ultima riforma della filiazione.

L'accertamento della filiazione è conseguente a quello concernente la nascita, ma da esso distinto.

Il secondo, infatti, ha ad oggetto un mero fatto giuridico, dal quale deriva in capo al soggetto l'esistenza di quelle situazioni giuridiche soggettive fondamentali che l'ordinamento riconnette al verificarsi dell'evento nascita; e, a tal fine, basta la dichiarazione di nascita resa da uno qualunque dei legittimati ex art. 30, d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 (*Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento di stato civile*), affinché l'ufficiale di stato civile possa stilare l'atto di nascita ai sensi del precedente art. 29.

Viceversa, l'accertamento della filiazione è molto più complesso. Esso non avviene necessariamente con l'accertamento della nascita. Lo *status* non si costituisce e sussistono i presupposti per la dichiarazione di adottabilità secondo l'art. 11, 2° comma, l. adozione: a) nella filiazione matrimoniale qualora la madre eserciti il diritto all'anonimato in base all'art. 30, 1° comma, d.P.R. n. 396/2000; b) riguardo al figlio nato fuori del matrimonio, quando nessuno dei genitori proceda al riconoscimento. Inoltre, il predetto accertamento può essere effettuato anche successivamente alla nascita, ovvero, attraverso il ricorso al giudice (accertamento di grado maggiore), si può incidere su uno *status* già costituito e risultante dai registri di stato civile, con conseguente annotazione ex art. 49, d.P.R. citato.

Quindi, per la riferibilità della generazione non è sufficiente l'accertamento della nascita compiuto ai sensi dell'art. 29, 6° comma, del richiamato d.P.R. sull'ordinamento di stato civile, occorrendo inevitabilmente o un atto di autoresponsabilità del genitore, o un provvedimento del giudice, o comunque – con riferimento alla filiazione matrimoniale – l'operare del

si occupa di questi problemi: v., in particolare, PALAZZO, *La filiazione fuori del matrimonio*, Milano, 1965, spec. 171 ss.; sino ai recenti ID., *Atto di nascita e riconoscimento nel sistema di accertamento della filiazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 145 ss.; ID., *La filiazione*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, 2ª ed., Milano, 2013, spec. 251 ss.; e, dopo la riforma del 2012, ID., *La riforma dello status di filiazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, 245 ss.; ID., *I vuoti normativi tra codice, leggi speciali e legge 219/2012*, in CIPPITANI, STEFANELLI (a cura di), *La parificazione degli status di filiazione*, Roma-Perugia-México, 2013, spec. 12 ss.; E. RUSSO, *Il problema della filiazione*, in *Dir. fam.*, 2001, 3 ss., ora in ID., *Studi sul diritto di famiglia*, Roma, 2009, 513 ss., spec. 517 ss.; ma v. già CICU, *La filiazione*, in *Tratt. Vassalli*, 2ª ed., Torino, rist. 1954, 2 ss., che parla di «Titolo dello stato di filiazione», affermando in particolare: «I diritti e doveri connessi con lo stato di filiazione non possono essere fatti valere se non in quanto lo stato consti legalmente cioè sia documentato»; e Mich. GIORGIANNI, *Madre*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, 135, secondo cui «l'accertamento della generazione fisiologica (...) avviene nel nostro ordinamento attraverso le indicazioni contenute nell'atto di nascita, redatto in base alla 'dichiarazione di nascita'». Al contrario, in altri ordinamenti, come quello francese o tedesco, l'attribuzione della maternità è automatica, a meno che la madre decida di ricorrere all'anonimato.

sistema di finzioni e presunzioni di cui agli artt. 231 ss. c.c.⁽⁴⁾.

In sostanza, sebbene siano il fatto procreativo e la successiva nascita del figlio i presupposti per il sorgere della responsabilità del genitore, questa viene in essere e produce effetti giuridici, compresi quelli di carattere patrimoniale, soltanto a seguito di accertamento dello *status*.

Detto accertamento può essere di diversa natura e avere conseguenze differenti: *a*) accertamento *diretto* (di regola proveniente dal genitore o da un giudice), da cui deriva la costituzione con efficacia *erga omnes* dello *status* e l'acquisto della relativa titolarità secondo gli atti di stato civile; *b*) accertamento *indiretto* (normalmente da parte del giudice, ma che potrebbe essere compiuto anche in via transattiva), che ha come conseguenza il sorgere di una responsabilità patrimoniale (comunque fondata sul fatto procreativo) senza che avvenga la costituzione dello *status* verso il genitore nei cui confronti l'accertamento è stato esperito o comunque ottenuto. Come si vede, in entrambi i casi, la titolarità è conseguenza dell'atto di accertamento.

Questo è a nostro avviso un punto fondamentale ai fini di una corretta comprensione del sistema attuale, anche alla luce dei diversi gradi di accertamento della filiazione riconducibili sia ad atti di autoreponsabilità che a provvedimenti giurisdizionali, gradi che la dottrina⁽⁵⁾ ha da quarant'anni evidenziato e che il legislatore ha fatto propri specialmente con l'ultima riforma (l. n. 219/2012 e d.lg. n. 154/2013), con cui si è inteso – almeno tendenzialmente – equiparare lo *status* dei figli.

In definitiva, è soltanto l'accertamento della filiazione che se avviene in via diretta: *a*) produce la titolarità del rapporto tra genitore e figlio e, quindi, delle singole situazioni giuridiche soggettive da esso derivanti (titolarità sostanziale); *b*) consente di operare le registrazioni previste dal citato d.P.R. n. 396/2000 (titolarità formale)⁽⁶⁾. Viceversa, se si verifica indirettamente,

⁽⁴⁾ Producono la costituzione dello *status* di figlio matrimoniale della coppia in virtù del predetto sistema: *a*) la dichiarazione resa da uno solo dei coniugi, che ha effetto anche nei confronti dell'altro; *b*) in mancanza di questa, la dichiarazione effettuata dal personale sanitario, qualora la partoriente nominata nel certificato di assistenza al parto risulti coniugata, prescindendo quindi dall'atto di autoreponsabilità dei genitori (art. 29, 2° comma, d.P.R. n. 396/2000).

⁽⁵⁾ PALAZZO, *La filiazione fuori del matrimonio*, cit., 171 ss.; Id., *Atto di nascita e riconoscimento nel sistema di accertamento della filiazione*, cit., 145 ss.; Id., *La filiazione*, cit., spec. 251 ss.; e, con specifico riferimento alla riforma di cui alla l. n. 219/2012, Id., *La riforma dello status di filiazione*, cit. 245 ss.; Id., *I vuoti normativi tra codice, leggi speciali e legge 219/2012*, cit., 9 ss.

⁽⁶⁾ Diversamente, secondo parte della dottrina (da ultimo, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, 5^a ed., Milano, 2014, spec. 359 ss.) la titolarità sostanziale deriverebbe automaticamente dal fatto naturale della procreazione, salvo poi dover ammettere (332, nt. 21) che i diritti connessi alla filiazione non sono esercitabili in via giudiziaria finché il rapporto di filiazione non sia formalmente accertato, in contrasto con l'art. 24 Cost. Per una corretta individuazione degli effetti e della natura giuridica degli atti di accertamento dello *status*, di recente, PALAZZO, *La filiazione*, cit., 251 ss.

essendo prodromico al sorgere di un rapporto giuridico patrimoniale tra il figlio e il proprio genitore biologico (o i suoi successori), esso è meramente incidentale – rappresentando la *causa petendi* su cui si fonda la richiesta economica – e non ha effetti costitutivi dello *status* di filiazione, con la conseguenza che non è idoneo ad attribuirne la titolarità secondo i registri di stato civile⁽⁷⁾.

In detto quadro, l'atto di nascita costituisce una prova documentale (cfr. art. 236 c.c.) da cui risulta l'evento nascita e la riferibilità della generazione a prescindere dal legame che unisce i genitori. Esso in sé non costituisce né può costituire accertamento della filiazione, poiché con esso ci si limita a prendere atto dell'intervenuta dichiarazione di nascita. In altri termini, secondo il disposto dell'art. 29, 6° comma, d.P.R. n. 396/2000, l'ufficiale di stato civile accerta unicamente un fatto giuridico, cioè l'avvenuta nascita, attraverso il certificato di assistenza al parto o, in difetto, la dichiarazione sostitutiva, ma in nessun caso accerta la discendenza e, quindi, la riferibilità della procreazione ad un dato soggetto.

I rilievi ora compiuti mostrano come la tesi minoritaria, sebbene da ultimo autorevolmente ripresa⁽⁸⁾, che distingue tra filiazione matrimoniale e non matrimoniale, qualificando l'atto di nascita come accertamento amministrativo della prima, non trovi riscontro nel dato normativo, né, soprattutto, nel funzionamento del sistema. Essa, peraltro, si pone in contrasto con il principio di unicità dello *status* di figlio, enunciato dal novellato art. 315 c.c., e con la disciplina delle registrazioni relative all'atto di nascita di cui all'art. 28, d.P.R. n. 396/2000, che individua un unico sistema per l'iscrizione e la trascrizione degli atti di accertamento a prescindere dalle tipologie di filiazione, nonché con quella concernente annotazioni, rettificazioni e correzioni prevista dai successivi artt. 49, 95 e 98, in cui, del pari, non si rinviene alcuna distinzione tra le predette tipologie.

Riepilogando, la titolarità della filiazione deriva: *a)* quella sostanziale: *a1)* da un atto di autoresponsabilità dei genitori o di uno di essi, contenuto nella dichiarazione di nascita ovvero, in mancanza di questo, dalla stessa dichiarazione resa dai terzi legittimati ai sensi dell'art. 30, 1° comma, d.P.R. ordinamento stato civile se la filiazione è matrimoniale e la madre non ha esercitato il diritto all'anonimato; *a2)* da un provvedimento del giudice che accerta la discendenza biologica o sociale nel caso previsto dall'art. 9, l. n. 40/2004, ovvero dichiara l'adozione ai sensi della l. n. 184/1983; *b)* quella formale: *b1)* dalle registrazioni di cui all'art. 28, d.P.R. ordinamento di stato civile, conseguenti alla redazione dell'atto di nascita: se la dichiarazione è compiuta dinanzi l'ufficiale di stato civile il momento in cui sorgono tito-

⁽⁷⁾ In questo senso, si è correttamente rilevato che l'art. 279 c.c. si connota per la sua neutralità con riguardo all'esclusività del contenuto patrimoniale che lo caratterizza, corrispondente alle conseguenze della responsabilità da atto lecito per fatto biologico della procreazione: PALAZZO, *La filiazione*, cit., spec. 460.

⁽⁸⁾ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, cit., 360 s.

larità sostanziale e formale coincide (il richiamato art. 28 parla difatti di «iscrizioni»), mentre negli altri casi quella sostanziale viene in essere con l'atto di accertamento, mentre la formale con la sua registrazione negli atti di stato civile (la citata norma parla di «trascrizioni»); b2) dal compimento delle annotazioni previste dall'art. 49, d.P.R. citato, se l'accertamento avviene successivamente alla nascita.

3. Evidenziata l'essenzialità dell'accertamento di *status* nel sistema attuale, è ora necessario fornire un quadro più preciso degli strumenti idonei a costituire il rapporto filiale e ad attribuire la relativa titolarità delle situazioni giuridiche soggettive da esso derivanti.

Come accennato, il rapporto giuridico fondato sulla discendenza – sia esso qualificabile come filiale in senso proprio ovvero avente natura meramente patrimoniale, sebbene sempre fondato sul fatto procreativo – sorge nei seguenti casi: a) in presenza di dichiarazione di nascita o riconoscimento del figlio operati dal genitore; b) in virtù dell'estensione degli effetti della dichiarazione riguardo al figlio matrimoniale, per l'operare del sistema di finzioni e presunzioni di cui agli artt. 231 ss. c.c.; c) sulla base di un provvedimento del giudice che: c1) dichiara l'adozione, ovvero c2) accerta la filiazione; in quest'ultima ipotesi, a seconda del *petitum*, l'accertamento può avvenire: c2¹) in via principale, attraverso le azioni di matrimonialità del figlio di cui agli artt. 234, 239 e 240 c.c.⁽⁹⁾ o di dichiarazione giudiziale della genitorialità secondo il successivo art. 269; c2²) in via incidentale, con la dichiarazione di responsabilità per il mantenimento e/o la condanna alla corresponsione dell'assegno a carico del genitore ai sensi dell'art. 279 c.c., o dei suoi eredi, legatari e donatari ex artt. 580 e 594 c.c.⁽¹⁰⁾; analogo risultato, proprio perché manca l'attribuzione formale dello *status* e per la natura meramente patrimoniale del diritto azionato, può raggiungersi anche attraverso atti di autonomia privata: così, potrebbe accadere che, per evitare un contenzioso a seguito del quale magari il fatto procreativo diviene di dominio pubblico, il genitore o i suoi eredi, legatari e/o donatari, che siano certi della discendenza biologica, potrebbero volontariamente

⁽⁹⁾ Con l'ultima riforma il legislatore ha previsto azioni per l'accertamento positivo della matrimonialità del figlio: reclamo dello stato di figlio (art. 239 c.c.) e contestazione dello stato di figlio (art. 240 c.c.). In questo modo, si è accolta l'impostazione della dottrina più attenta che ne aveva individuato l'esistenza già nel vigore della normativa precedente, pur in un sistema tutto orientato (sebbene con limiti ben precisi) verso le azioni di accertamento negativo volte alla rimozione della stessa: v. PALAZZO, *La filiazione*, cit., 321 ss. (e, nella 1^a ed., Milano, 2007, 303 ss.). Tuttavia, rimangono fuori dalla previsione normativa le fattispecie contemplate nei primi due commi dell'art. 234 c.c., non riconducibili né al reclamo, né alla contestazione, che pertanto, individuano un'autonoma azione, cui sono legittimati entrambi i coniugi e i loro eredi.

⁽¹⁰⁾ Cfr. PARADISO, *Status di filiazione e diritti successori nella riforma*, in CIPPITANI, STEFANELLI (a cura di), *op. cit.*, 242.

riconoscere e soddisfare il diritto patrimoniale all'assegno senza aspettare il provvedimento del giudice⁽¹¹⁾.

In tutte le ipotesi indicate, ad eccezione di quella *sub c*²⁾, l'accertamento avviene in modo diretto e la fattispecie produce la costituzione dello *status* di filiazione (*ex novo*, ovvero uno diverso se già uno *status* preesisteva). La

⁽¹¹⁾ È quanto deciso da Cass., 9 giugno 1990, n. 5633, in *Giust. civ.*, 1991, I, 75 (ivi erroneamente indicata come 19 giugno 1990, n. 5833), che, nonostante qualche iniziale imprecisione terminologica, esprime in modo chiaro concetti del tutto condivisibili. Questo il caso. Con scrittura privata del 1975, redatta e sottoscritta in Svizzera, ma intercorsa tra i cittadini italiani Tizio e Caietta (nel cui nome e per conto, essendo essa minore perché nata qualche mese prima, interviene quale rappresentante legale un addetto al locale Ufficio di assistenza sociale) il predetto Tizio ammette di essere il padre della piccola, nata dalla sua unione naturale con Caia; dichiara che tale ammissione avviene «senza legittimazione di stato» e si impegna a versare mensilmente in suo favore un assegno di mantenimento sino al raggiungimento della maggiore età. Con ricorso del 1980, Caia, in qualità di genitore esercente la potestà sulla minore, premesso che Tizio è inadempiente e che v'è pericolo del venir meno della garanzia patrimoniale, chiede ed ottiene sequestro conservativo sui beni dello stesso. Instaurato il procedimento per la convalida e la condanna al pagamento, nella contumacia del convenuto, il Tribunale adito respinge la domanda, rilevando che l'obbligazione da questi assunta ha «causa invalida stante la carenza del riconoscimento della paternità naturale effettuato nelle forme di legge». A seguito di gravame proposto dalla soccombente, la Corte d'Appello, in totale riforma della sentenza di prime cure, non definitivamente pronunciando, dichiara valida l'obbligazione assunta da Tizio con la citata scrittura e dispone la prosecuzione del giudizio in ordine alla determinazione dell'assegno e alla convalida del sequestro. Tizio propone immediato ricorso per cassazione, sostenendo che le obbligazioni a carico del genitore, ivi compresa quella di mantenimento, sono subordinate al riconoscimento dello *status*, in mancanza del quale non è configurabile alcuna di esse, con la conseguenza che il relativo impegno al mantenimento assunto nei confronti di un soggetto del quale si ammette di essere genitore naturale ma che non si vuol riconoscere pur essendo possibile, ha causa illecita e come tale è colpito da nullità radicale. La S.C. conferma la sentenza impugnata e osserva: a) il rapporto dedotto in giudizio rimane assoggettato alla regolamentazione della legge italiana, pur essendo venuto in essere il suo evento genetico in territorio di uno Stato estero ma pur sempre da cittadini italiani, poiché il negozio in questione ha natura contrattuale, posto che con esso le parti hanno regolato – su un piano convenzionale – i rapporti di natura esclusivamente patrimoniale conseguenti alla procreazione; b) l'art. 279 c.c., ove correttamente interpretato alla luce della normativa costituzionale, attribuisce al figlio non matrimoniale, una volta accertato il rapporto materiale di filiazione, il diritto al mantenimento, all'educazione ed all'istruzione, quand'anche non sia stato riconosciuto formalmente pur essendo ciò possibile e, quindi, indipendentemente dalla qualifica formale dello *status*; c) comunque, anche a voler ammettere – secondo un'interpretazione restrittiva – che la norma citata attribuisce il diritto al mantenimento solo in favore dei figli irricognoscibili e non anche di quelli che, pur sussistendo i presupposti e l'ammissibilità, non abbiano ancora tale *status* formale, non v'è dubbio che rimane pur sempre prevista nel nostro ordinamento positivo la configurabilità di un diritto al mantenimento avulso dalla qualifica formale di figlio. Ovviamente, la natura e gli effetti dell'atto sono diversi da quelli di un provvedimento giudiziale, che per sua natura costituisce un accertamento di grado superiore: v. PALAZZO, *La filiazione*, cit., spec. 418 ss.

dichiarazione di nascita o il provvedimento giudiziale vanno, quindi, inquadrati negli atti di accertamento con effetti costitutivi *erga omnes* e debbono risultare dagli atti dello stato civile⁽¹²⁾. Essi attribuiscono giuridica rilevanza al rapporto tra genitore e figlio e, dando attuazione ai diritti fondamentali facenti capo a ciascun individuo per effetto della nascita, comportano il sorgere della *responsabilità genitoriale* secondo quanto prevedono il reg. CE 27 novembre 2003, n. 2201 e il codice civile italiano nel Titolo IX del Libro I (artt. 315 ss.).

Viceversa, *sub c2²*) il provvedimento o l'atto di autonomia privata assumono i caratteri di meri atti di accertamento indiretto della filiazione. Pur essendo atti concernenti lo stato giuridico del nato, essi sono produttivi di effetti limitati e prodromici al riconoscimento di situazioni giuridiche a carattere patrimoniale a favore di questo (assegno per mantenimento, alimenti, istruzione ed educazione): come tali, sono inadeguati ad attribuire giuridicità al rapporto filiale in sé considerato e, quindi, a determinare la titolarità formale dello *status*. Certamente, anche a seguito di detto accertamento si instaura tra genitore biologico e figlio un rapporto giuridico, ma questo ha natura obbligatoria, sebbene derivi sempre dal fatto procreativo, essendo conseguenza del riconoscimento – da parte del giudice o dei soggetti interessati mediante l'atto di autonomia – di una situazione giuridica di tale natura e della titolarità attiva e passiva della stessa. Da esso deriva in capo al genitore biologico una *responsabilità (patrimoniale) da mantenimento*.

Dalle considerazioni che precedono emerge come nel sistema della filiazione la titolarità non vada riferita unicamente alle situazioni giuridiche facenti capo ai vari soggetti e, quindi, non identifichi soltanto l'appartenenza delle stesse, ma concerna specialmente e preventivamente il rapporto che si instaura tra genitore e figlio⁽¹³⁾, rapporto che si identifica con il concetto stesso di *status* e dal quale derivano le predette situazioni giuridiche di cui il secondo è titolare, e non viceversa. In sostanza, per poter accedere alla titolarità della singola situazione giuridica azionabile, il nato deve preventivamente avere quella del rapporto di filiazione, che, pertanto, dev'essere giuridicamente accertato.

In altri termini, la titolarità della singola situazione giuridica consegue alla titolarità del rapporto filiale e trova giustificazione unicamente in essa. Difatti, i singoli diritti verso un adulto esistono e sono azionabili soltanto in presenza di un rapporto fondato sul fatto procreativo, in mancanza del quale il nato viene tutelato come persona fisica al pari di qualsiasi altro individuo (se minore di età, ovviamente, in misura maggiore), ma non sulla

⁽¹²⁾ V., di recente, Cass., 16 gennaio 2012, n. 430, in *Fam. e dir.*, 2012, 304, che, nel confermare la pronuncia di merito, qualifica la sentenza di disconoscimento di paternità come sentenza costitutiva, inerente allo *status* di una persona, opponibile con forza di giudicato *erga omnes*.

⁽¹³⁾ E, in conseguenza di questo, il rapporto tra il figlio e gli altri soggetti legati col genitore da vincolo di parentela.

base del rapporto filiale che, come tale, manca. Così, ad esempio, il diritto al mantenimento verso il genitore presuppone l'esistenza del rapporto filiale e del suo preventivo accertamento, senza i quali esso non può trovare attuazione nel sistema, come del resto avviene in tutte quelle situazioni giuridiche che presuppongono l'esistenza di un rapporto intersoggettivo su cui la situazione stessa si fonda⁽¹⁴⁾.

Deriva che la posizione giuridica del figlio è complessa e data da una triade di elementi fondamentali tra loro consequenziali, rappresentati da: a) accertamento della filiazione; b) titolarità del rapporto; c) e, quindi, titolarità delle singole situazioni giuridiche soggettive tutelate.

4. Prima di passare all'esame dei singoli casi di accertamento, va subito precisato che l'impianto normativo attuale privilegia il principio di verità biologica, tendenzialmente attribuendo la genitorialità con riguardo alla trasmissione del patrimonio genetico.

Si tratta di scelta condivisibile, peraltro accreditata in alcune pronunce della Corte costituzionale⁽¹⁵⁾, che permette di realizzare pienamente il rapporto tra genitore e figlio, oltre a consentire a quest'ultimo di avere informazioni complete sulle proprie origini a tutela della propria salute fisica e psichica⁽¹⁶⁾. Essa trova riscontro normativo nella previsione in capo al nato

⁽¹⁴⁾ È il caso, tra gli altri, della successione legale a causa di morte, la cui operatività dipende dal particolare rapporto esistente tra il *de cuius* e il suo successore: cfr. PALAZZO, SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 1, *Categorie e specie della successione*, Torino, 2012, 422 ss.

⁽¹⁵⁾ Cfr., ad esempio, Corte cost., 6 luglio 2006, n. 266, in *Guida dir.*, 2006, 30, 30, con nota di FIORINI, *Disconoscimento di paternità: prove genetiche senza più dimostrare l'adulterio della moglie*; in *Corr. giur.*, 2006, 1367, con nota di V. CARBONE, *Basta la prova del Dna e non più l'adulterio per disconoscere la paternità*; in *Fam. e dir.*, 2006, 461, con nota di BOLONDI, *L'azione di disconoscimento della paternità può essere accolta anche sulla base delle sole risultanze delle indagini genetiche o ematologiche*; in *Notariato*, 2006, 537; in *Foro it.*, 2006, I, 3290 ed *ivi*, 2007, I, 705, con nota di FORTINO, *Diritto di famiglia: il favor veritatis vince un'altra battaglia, ma non diventa valore assoluto*; in *Giur. it.*, 2007, 1381; in *Fam. pers. succ.*, 2007, 628, con nota di BEMBO, *Prova dell'adulterio e indagini ematogenetiche: la svolta della Consulta*, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del precedente art. 235 c.c. (ora abrogato), relativo al disconoscimento di paternità, nella parte in cui subordinava la prova diretta del Dna a quella indiretta dell'adulterio: v. PALAZZO, *La filiazione*, cit., 264 ss.; e, per i profili attuali, *Id.*, *La riforma dello status di filiazione*, cit., 250 ss.

⁽¹⁶⁾ Ciò è dimostrato, nel caso di parto anonimo e/o di adozione, dalla necessità di accedere alla conoscenza delle proprie origini biologiche e dal dibattito sul bilanciamento tra il diritto alla riservatezza dei genitori biologici e quello alla salute psico-fisica del nato, su cui sono intervenute di recente la CEDU e la Corte costituzionale italiana: Corte EDU, sent. 25 settembre 2012, ric. n. 33783/09, *Godelli / Italia*, in *Fam. e dir.*, 2013, 194 e *ivi*, 537, con nota di CURRÒ, *Diritto della madre all'anonimato e diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini. Verso nuove forme di contemperamento*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 103, con nota di LONG,

di un diritto fondamentale, e come tale imprescrittibile, all'accertamento dello stato in quanto veridico, nella legittimazione generale all'azione nel caso di supposizione di parto o sostituzione di neonato (artt. 239 e 240 c.c.) e di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità (art. 263 c.c.), nonché nel fatto che la filiazione può essere provata con ogni mezzo (artt. 241 e 269, 2° comma, c.c.). Conseguisce che la verità biologica, almeno in via potenziale, prevale indipendentemente dalla volontà dei genitori biologici o sociali e dalle risultanze dei registri di stato civile.

Questi elementi debbono a nostro avviso guidare l'interprete – almeno in prima istanza – anche nella soluzione di casi particolarmente delicati verificatisi nella pratica, quale quello dello scambio di embrioni nella fecondazione medicalmente assistita, a seguito del quale, per errore, sono stati impiantati nella donna embrioni provenienti da altra coppia, di cui ovviamente possiedono le caratteristiche genetiche, senza il consenso dei fornitori di gameti.

Anche nella fattispecie deve normalmente prevalere il criterio di discendenza biologica (come avviene nel caso di sostituzione di neonato *ex* artt. 239 e 240 c.c.), non essendo applicabile l'art. 9, l. n. 40/2004. La norma impedisce il disconoscimento al soggetto che abbia prestato il consenso esplicito o implicito all'eterologa⁽¹⁷⁾, nonché l'esercizio dell'anonimato per la

La Corte europea dei diritti dell'uomo censura l'Italia per la difesa a oltranza dell'anonimato del parto: una condanna annunciata; in Giornale dir. amm., 2013, 67, con nota di PACINI, *Accesso alle proprie origini biologiche*; Corte cost., 22 novembre 2013, n. 278, in *Corr. giur.*, 2014, 471, con nota di T. AULETTA, *Sul diritto dell'adottato di conoscere la propria storia: un'occasione per ripensare alla disciplina della materia*; in *Fam. e dir.*, 2014, 11, con nota di V. CARBONE, *Un passo avanti del diritto del figlio, abbandonato e adottato, di conoscere le sue origini rispetto all'anonimato materno*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, 279, con note di MARCENÒ, *Quando da un dispositivo di incostituzionalità possono derivare incertezze*, e di LONG, *Adozione e segreti: costituzionalmente illegittima l'irreversibilità dell'anonimato del parto*. Per un inquadramento sistematico della questione v. già STEFANELLI, *Parto anonimo e conoscenza delle proprie origini*, in Alb. DONATI, GARILLI, MAZZARESE, SASSI (a cura di), *Diritto privato. Studi in onore di Antonio Palazzo*, Torino, 2009, 2, 833 ss.; in prospettiva europea, di recente, COLCELLI, *La tutela privata e familiare attraverso il diritto di conoscere le proprie origini*, in CASSETTI (coord.), *L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo*, consultabile in www.diritti-cedu.unipg.it. Del resto, anche gli studi di psicologia mostrano l'importanza delle origini biologiche e della loro conoscenza, laddove non coincidano con quelle del genitore, nella formazione e nel pieno sviluppo di ciascun individuo: v. almeno LOMBARDI, *Implicazioni psicologiche della riproduzione artificiale eterologa (AID)*, in *Dir. fam.*, 1998, 663 ss.; ANDOLFI, CIGOLI (a cura di), *La famiglia d'origine. L'incontro in psicoterapia e nella formazione*, (Franco Angeli) Milano, 2003, spec. 7 ss., 147 ss. e 180 ss.; VADILONGA (a cura di), *Curare l'adozione*, (Raffaello Cortina Editore) Milano, 2011, 133-140.

⁽¹⁷⁾ Per un'applicazione della regola, da ultimo, Trib. Roma, 19 settembre 2013, in *Fam. e dir.*, 2013, 1136, con nota di BATÀ, SPIRITO, *Inseminazione artificiale eterologa e disconoscimento della paternità*.

partoriente, escludendo, al contempo, la possibilità per il nato di instaurare rapporti con il donatore di gameti. Ma è evidente che nell'ipotesi in esame difetta sia il consenso della coppia «ricevente», che non ha mai consentito alla fecondazione eterologa, avendo dovuto ricevere embrioni «propri», né, soprattutto, quello dei «donatori di gameti», le cui cellule sono state impiantate a loro insaputa nell'utero della partoriente.

Deriva l'applicazione delle regole generali. E, come si è ora ricordato, indipendentemente dalle risultanze dell'atto di nascita, la maternità, al pari della paternità, può essere provata con ogni mezzo, e soltanto in prima istanza essa viene dimostrata secondo la regola contenuta nel 3° comma dell'art. 269 c.c. (coincidenza tra l'identità di colui che pretende di essere figlio e l'identità di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume essere madre). Quest'ultima regola, confermata anche dalla riforma del 2012-2013, che non ha eliminato il contrasto con il precedente 2° comma, è evidentemente espressione dell'assunto secondo cui *mater semper certa est, pater numquam*, assunto che poteva assumere valenza in una realtà in cui l'evento procreativo era affidato al corretto funzionamento di elementi naturali e la partoriente era sicuramente madre biologica del nato, ma che non ha più senso alcuno in quella attuale⁽¹⁸⁾. Infatti, oggi è sempre possibile ricorrere ad indagini genetiche (a meno che il materiale da analizzare sia talmente deteriorato, di modo da non potersi ricavare elementi utili: ad esempio, cadavere in elevato stato di decomposizione) e fare impiego di tecniche di fecondazione assistita (omologa o eterologa), che, come vedremo tra breve, tra non molto consentiranno addirittura di combinare elementi del Dna femminile (nucleare e mitocondriale) provenienti da individui diversi, con la conseguenza che le madri fornitrici di gameti saranno addirittura due.

5. Il principio di verità biologica incontra importanti contemperamenti in altri che possiedono pari rilevanza e dignità, quali quelli alla certezza dello *status* e alla tutela dei rapporti sociali e dell'affettività⁽¹⁹⁾, poiché, salvo limitate eccezioni, le azioni volte alla rimozione dello *status* debbono essere esperite entro breve tempo dalla nascita. Infatti, di regola, come accennato nel precedente paragrafo, esse sono imprescrittibili soltanto riguardo al figlio che, in questo modo, diviene arbitro della propria situazione, operando un personale bilanciamento tra più interessi fondamentali egualmente tutelati.

È possibile realizzare detto bilanciamento non soltanto attraverso le

⁽¹⁸⁾ Cfr., di recente, D'ALTON-HARRISON, *Mater semper incertus est: who's your mummy?*, in *Medical Law Review*, 23 gennaio 2014, 1-27 (consultabile anche in www.medlaw.oxfordjournal.org).

⁽¹⁹⁾ Cfr. ancora PALAZZO, *La riforma dello status di filiazione*, cit., 245 ss. La rilevanza dell'affettività nelle relazioni familiari è al centro della importante indagine di MAZZÙ, *La famiglia degli affetti*, in Alb. DONATI, GARILLI, MAZZARESE, SASSI (a cura di), *op. cit.*, 2, 527 ss.

azioni di accertamento diretto della filiazione verso il genitore biologico, che necessariamente comportano la rinuncia al precedente *status* consolidato e incompatibile col nuovo, ma anche mediante quelle volte al suo accertamento indiretto *ex artt.* 279, 580 e 594 c.c., che consentono di mantenerlo a tutela dei rapporti affettivi verso il genitore sociale che se n'è occupato, al contempo attuando la responsabilità da procreazione verso quello biologico. Resta escluso dalla responsabilità soltanto il donatore di gameti che, ai sensi dell'art. 9, 3° comma, l. n. 40/2004, oltre a non acquisire relazioni parentali con il nato (relazioni che cessano anche in caso di adozione *ex art.* 27, 3° comma, l. 4 maggio 1983, n. 184), non può essere titolare di alcun obbligo verso lo stesso.

Deriva che il principio di verità biologica non è assoluto, ma va guardato nell'ottica del concreto interesse del figlio, che è preminente.

Questi concetti non sempre sono chiari e correttamente applicati nella giurisprudenza della S.C., soprattutto in ordine alle conseguenze della condanna per i delitti contro lo stato di famiglia, con particolare riferimento a quello p. e p. dall'art. 567 c.p. (*Alterazione di stato*)⁽²⁰⁾. Infatti, si sostiene che, all'esito della dichiarazione di falsità contenuta nella sentenza penale, consegue necessariamente la cancellazione dagli atti di stato civile della registrazione dell'atto di nascita compiuto in violazione di legge e di ogni altro conseguente, rientrando la fattispecie tra quelle di rettificazione previste dall'art. 95, d.P.R. n. 396/2000, il cui procedimento è volto ad eliminare una difformità tra la situazione di fatto, qual è o dovrebbe essere nella realtà secondo legge, e quale invece risulta dagli atti di stato civile per un vizio comunque e da chiunque originato nel procedimento di formazione dell'atto stesso⁽²¹⁾.

⁽²⁰⁾ Secondo la giurisprudenza, la norma è posta a garanzia dell'identità del neonato, del rapporto effettivo di procreazione per come naturalmente si determina e, quindi, dell'integrità dello stato di filiazione, quale attributo della personalità. Essa prevede due distinte ipotesi di delitto di alterazione di stato, diverse nella nozione e nella pena: la prima si consuma quando nei registri di stato civile si fa figurare uno stato di filiazione diverso da quello reale mediante sostituzione di neonato, mentre la seconda si compie a seguito di false certificazioni, false attestazioni o altre falsità, avvenendo l'alterazione quando, nella formazione dell'atto di nascita, si inserisce un dato non veritiero sull'identità, sulla discendenza, sulla qualità di figlio matrimoniale o meno, sul sesso, ecc.: cfr. Cass., 18 marzo 1975, A., in *Riv. pen.*, 1976, 69; Cass., 9 giugno 1981, V., *ivi*, 1982, 177; Cass., 27 aprile 1983, M., *ivi*, 1984, 241; e, sui caratteri della condotta, Cass., 21 ottobre 1980, D.U., *ivi*, 1981, 179; Cass., 12 febbraio 2003, R. e V., in *Giur. it.*, 2004, 1712, con nota di FERRARI, *Considerazioni sul delitto di alterazione dello status filiationis*; G.i.p. Trib. Torino, 6 febbraio 2013, C. e S., in *leggiditaliaprofessionale.it*.

⁽²¹⁾ Di recente, Cass., 2 ottobre 2009, n. 21094, in *www.leggiditaliaprofessionale.it*. Questo il caso. Con ricorso *ex art.* 95, d.P.R. n. 396/2000, il Procuratore della Repubblica – premesso che era stata dichiarata la falsità del riconoscimento del minore Caietto operato da Caio per atto notarile e che, pertanto, era doveroso disporre la cancellazione delle iscrizioni e/o trascrizioni effettuate nei registri di nascita e di

Ma è evidente l'equivoco in cui cadono i giudici, poiché l'atto in questione non è affatto indebitamente registrato, esistendo all'epoca un atto di autoresponsabilità compiuto nelle forme previste e, quindi, produttivo di effetti, né è falsa la conseguente registrazione negli atti di stato civile. Il vizio, se di vizio si può tecnicamente parlare, non attiene agli atti del procedimento di registrazione in loro considerati, ma alla veridicità della dichiarazione effettuata dal genitore, con la conseguenza che per la rimozione dei predetti atti è sempre necessaria un'azione di stato, che è soggetta a proprie peculiari regole, concernenti soprattutto la legittimazione e i termini per l'esperimento, regole poste a tutela degli interessi fondamentali del figlio alla certezza e alla conservazione dello *status*, anche se non veridico, e all'affettività⁽²²⁾. E il relativo provvedimento del giudice non dà luogo alla rettificazione di cui all'art. 95, d.P.R. ordinamento di stato civile, ma costituisce autonomo titolo per l'annotazione prevista nel precedente art. 49 [v., in particolare, 1° comma, lett. *l*), *m*) e *o*]. Pertanto, il richiamato art. 95 non può mai riguardare l'accertamento della discendenza (art. 567 c.p. – *Alterazione di stato*), che può essere rimosso o costituito soltanto con un'azione di stato (accertamento di grado superiore), ma concerne altri aspetti della dichiarazione: così, ad esempio, se il figlio non è mai venuto ad esistenza e la falsità concerne l'evento nascita, ovvero, se nato, non è mai stato dichiarato (art. 566 c.p. – *Supposizione o soppressione di stato*), è palese che non si tratta di un problema di titolarità dello stato giuridico (che nell'un caso riguarderebbe persona inesistente e nell'altro non è mai sorto) e l'accertamento della falsità o dell'occultamento comporta l'applicazione del citato art. 95.

Né può obiettarsi che l'azione di stato sarebbe superflua e contraria

cittadinanza, dipendenti dall'atto di accertamento dichiarato falso – chiede ed ottiene dal Tribunale adito la predetta cancellazione della trascrizione degli atti concernenti Caietto. Propone reclamo alla Corte d'Appello quest'ultimo, ma il provvedimento impugnato viene confermato. Osserva, in particolare, il giudice del gravame che alla dichiarazione di falsità del riconoscimento contenuta nella sentenza penale di condanna consegue necessariamente la cancellazione dai registri dello stato civile di tutti gli atti indebitamente registrati in conseguenza del riconoscimento non veridico, rientrando la fattispecie nella previsione di cui all'art. 95, d.P.R. n. 396/2000 e, precisamente, nella «cancellazione di un atto indebitamente registrato». Propone ricorso per cassazione il soccombente. La S.C. conferma il decreto, osservando che il procedimento di rettificazione di cui alla citata norma è diretto ad eliminare una difformità tra la situazione di fatto, qual è o dovrebbe essere nella realtà secondo la previsione di legge, e quale invece risulta dagli atti di stato civile per un vizio comunque e da chiunque originato nel procedimento di formazione dell'atto stesso, in quanto la funzione degli atti di stato civile è proprio quella di attestare la veridicità dei fatti menzionati nei relativi registri, ai sensi dell'art. 451 c.c.

⁽²²⁾ Il problema, del resto, è risalente: sulle conseguenze dell'accertamento indiretto della discendenza biologica nella sentenza penale, v. CICU, *op. cit.*, 239 s., il quale correttamente rilevava che la pregiudiziale civile è assoluta quando si ha controversia di stato.

a ragioni di economia processuale, poiché gli interessi del figlio appena richiamati sono fondamentali, costituzionalmente garantiti e, soprattutto, non formano oggetto di valutazione nel processo penale. Se si ritenesse diversamente, deriverebbero conseguenze abnormi, poiché sarebbe sufficiente la condanna in sede penale⁽²³⁾ per un delitto contro lo stato di famiglia per scardinare tutto il sistema delle azioni di stato e dell'accertamento di grado maggiore che da esse deriva. In particolare: *a)* si darebbe ingresso alla rimozione dello *status* costituito indipendentemente dalla volontà dell'interessato, creando così una palese disparità di trattamento tra quelle situazioni in cui l'inveridicità sia stata accertata in sede penale e quelle in cui detto accertamento difetti per una qualsiasi ragione; *b)* verrebbero completamente disattese le condizioni previste dal sistema per l'esperimento dell'azione di disconoscimento (art. 244 c.c.) e per l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità (art. 263 c.c.), coincidendo l'imprescrittibilità e la legittimazione generale soltanto nell'azione di contestazione dello stato di figlio (artt. 240 e 248 c.c.); *c)* si attribuirebbe alla sentenza di condanna emessa in sede penale autorità di giudicato civile sullo *status* con efficacia *erga omnes* e, quindi, anche verso chi – compreso eventualmente il figlio – non si sia costituito parte civile e, quindi, non abbia partecipato al giudizio.

Certamente l'accertamento dei fatti materiali compiuto con la sentenza penale di condanna spiega i suoi effetti preclusivi in sede civile ai sensi dell'art. 654 c.p.p. nei confronti di coloro che hanno partecipato al processo (ferma restando la possibilità di una loro autonoma valutazione qualora da essi dipenda il riconoscimento del diritto fatto valere)⁽²⁴⁾, ma il giudizio di stato è sempre necessario per l'accertamento di grado maggiore, finalizzato alla rimozione della situazione consolidata e alla costituzione di una nuova e con la prima incompatibile.

⁽²³⁾ O addirittura, secondo l'orientamento della S.C., l'accertamento dell'intervenuta prescrizione del reato, in quanto la declaratoria di falsità di un documento può essere legittimamente pronunziata anche in sede di sentenza di non luogo a procedere per prescrizione, quando essa sia stata motivatamente accertata in esito all'udienza preliminare: di recente, Cass., 23 ottobre 2012, A.N.N., in *www.leggi-ditaliaprofessionale.it*.

⁽²⁴⁾ Sul punto, di recente, Cass., 17 novembre 2011, n. 24082, in *www.leggi-ditaliaprofessionale.it*, secondo cui la sentenza del giudice penale di estinzione del reato per prescrizione, emessa a seguito di dibattimento, spiega effetti nel giudizio civile, nei confronti di coloro che hanno partecipato al processo penale, in ordine alla sussistenza dei fatti materiali in concreto accertati, anche se può essere operata in sede civile una loro rivalutazione in via autonoma, qualora da essi dipenda il riconoscimento del diritto fatto valere in quella sede. Viceversa, in presenza di applicazione della pena su richiesta (c.d. patteggiamento; art. 444 c.p.p.), il giudice civile deve procedere in modo autonomo alla rivalutazione del fatto e del materiale probatorio: v. almeno Cass., 18 aprile 2013, n. 9456, *ivi*; Cass. (ord.), 6 dicembre 2011, n. 26263, *ivi*; Cass., Sez. un., 31 luglio 2006, n. 17289, *ivi*.

6. Il principio di verità biologica, oltre a trovare un limite negli altri posti a tutela dell'interesse del figlio appena richiamati, come si è accennato poco fa, potrebbe comunque risultare inidoneo ad attribuire la genitorialità nel caso di figli nati a seguito dell'introduzione di tecniche – allo stato ancora allo studio⁽²⁵⁾ – consistenti in manipolazioni genetiche sulla cellula uovo, anche effettuate al fine di evitare malformazioni del feto, con materiale proveniente da donna estranea alla coppia. In questo caso, i geni presenti nel nuovo soggetto sarebbero riconducibili a tre genitori (due madri e un padre), con la conseguenza che risulterebbe impossibile stabilirne la discendenza biologica.

Più in particolare, in applicazione degli studi compiuti in tema di clonazione, un embrione che presenta anomalie mitocondriali, viene disgregato nelle sue cellule singole (i blastomeri), dai quali si estraggono i nuclei, che vengono a loro volta trapiantati negli ovociti di un'altra donna, precedentemente enucleati, che presentano mitocondri sani. Da questo metodo, qualora desse risultati clinicamente approvati e venisse applicato, deriverebbero, tuttavia, rilevanti problemi etici e giuridici di carattere generale, vista la formazione di più embrioni identici dalla clonazione di uno iniziale [attività potenzialmente in contrasto con il divieto di cui all'art. 3, lett. d), C.d.f.U.E.]⁽²⁶⁾.

Analoghe difficoltà di individuazione della discendenza potrebbero verificarsi nell'uso di procedimento inverso, anch'esso in avanzata fase di sperimentazione, consistente nell'impianto di materiale mitocondriale di altra donna sull'ovocita originario, che, ovviamente, conserva il nucleo con il proprio Dna.

In entrambi i casi, ci si troverebbe di fronte a più donne fornitrici di materiale genetico. E, in proposito, non sarebbe sufficiente la previsione di divieti, poiché – come dimostrano i casi della fecondazione eterologa e della maternità surrogata – basta che il metodo sia legalmente o illegalmente

⁽²⁵⁾ Nel Regno Unito, dopo una serie di indagini, il 3 giugno 2014 l'Authority HFEA ha dichiarato, tra l'altro, che: a) «the evidence it has seen does not suggest that these techniques are unsafe»; b) «there are still experiments that need to be completed before clinical treatment should be offered». Nonostante la necessità di compiere ulteriori ricerche prima di passare alla sperimentazione e poi all'applicazione del metodo, la strada è tracciata e la questione ha già suscitato un acceso dibattito parlamentare, viste le implicazioni etiche e giuridiche che ne derivano: v. www.publications.parliament.uk.

⁽²⁶⁾ Preziose e più dettagliate informazioni, nonché spunti di riflessione si rinvencono in MORRESI, *Figli in provetta di tre genitori*, in *Il foglio quotidiano*, 1° marzo 2013, 1 [nella versione in lingua spagnola *Hijos de probeta de tres progenitores*, in *Prudentia iuris. Revista del Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina*, n. 75 (2013), 201 ss. (consultabile anche in www.bibliotecadigital.uca.edu.ar)], che evidenzia il fatto che con il metodo menzionato si creano una serie di embrioni tutti eguali tra loro nel Dna, tanti quanti gli ovociti enucleati: non si tratta, quindi, di produrre una copia identica di un individuo (pecora Dolly), ma di formare più embrioni identici tra loro, clonando un embrione iniziale.

praticato in qualunque paese del mondo perché il problema si presenti.

Sul piano giuridico, quindi, secondo le regole generali, il figlio avrebbe potenzialmente la possibilità di vedersi costituito il rapporto verso entrambe le donne, oltre che verso il padre: del resto, l'ordinamento già conosce situazioni di questo tipo nell'adozione in casi particolari (artt. 44 ss., l. n. 184/1983) e in quella di maggiori di età (artt. 291 ss. c.c.), nelle quali l'adottato conserva i rapporti con la famiglia di origine, trovandosi così con un doppio stato giuridico, l'uno verso i genitori biologici e l'altro verso quello adottivo.

Tuttavia, un criterio legale per l'individuazione della madre ci sembra potrebbe essere quello della prevalenza quantitativa del materiale, presente nella sua quasi totalità nel nucleo dell'ovocita e in minima parte nei mitocondri⁽²⁷⁾, anche se qualitativamente il Dna mitocondriale assume importanza fondamentale, soprattutto ove venga utilizzata la tecnica dell'estrazione nucleare, in cui è proprio il nucleo ad essere innestato su altro ovocita in precedenza enucleato.

In ogni caso, un tale criterio dovrebbe subire dei temperamenti. Infatti, i metodi di cui si tratta potrebbero essere utilmente impiegati anche nel caso il cui i nuclei provengano da donna in età non più fertile o difficilmente fertile (giusta anche la possibilità di crioconservazione, in relazione alla quale negli ultimi tempi sono stati risolti notevoli problemi tecnici), che risulterebbero «rivitalizzati» dalla presenza di mitocondri sani ed attivi, pur mantenendo il Dna del nucleo e, quindi, le caratteristiche fenotipiche della donna cui appartiene. In questa ipotesi, visto che il nostro ordinamento pone dei limiti di età ai potenziali genitori sia nella fecondazione medicalmente assistita (art. 5, l. n. 40/2004, secondo cui la coppia dev'essere in età potenzialmente fertile) che nell'adozione (art. 6, l. n. 183/1984, che prevede il limite massimo dei quarantacinque anni nella differenza di età tra gli adottanti e l'adottato), si potrebbe a nostro avviso dare generalmente prevalenza al materiale genetico mitocondriale, nell'interesse del nato, il cui *status* verrebbe ad essere costituito verso una madre avente un'età pienamente compatibile con la delicata funzione da svolgere. Certamente, però, la questione va sempre guardata nella singola fattispecie, avendo riguardo al concreto interesse del figlio, che può utilmente ricavarci, in particolare, dagli atteggiamenti della madre «mitocondriale» e di quella «nucleare», nonché dalla eventuale presenza di uno *status* già costituito, con conseguente applicazione delle

⁽²⁷⁾ Un gamete femminile (ovocita) è una cellula che ha per il 99,9% del suo patrimonio genetico del Dna nel nucleo e lo 0,1% al di fuori di esso, nei mitocondri, che si ereditano solo per via materna (tramite appunto gli ovociti), in quanto quelli presenti negli spermatozoi si distruggono subito dopo la fecondazione e, quindi, non vengono trasmessi alle generazioni future. Per queste ragioni, le analisi comunemente praticate per stabilire la discendenza biologica sono in grado di individuare la compatibilità con il Dna nucleare, mentre riguardo a quello mitocondriale sono necessarie indagini più accurate.

stringenti regole previste per l'esercizio delle relative azioni, poste a tutela degli interessi fondamentali alla certezza delle situazioni giuridiche e all'affettività, cui poco fa s'è fatto cenno.

7. Chiariti questi fondamentali aspetti di carattere generale, comunque utili alla comprensione del sistema, è ora necessario fornire un quadro organico dei singoli atti di accertamento della filiazione.

Si è vista l'importanza del principio di verità biologica nella costituzione dello *status* (sebbene esso non sia assoluto e vada sempre guardato nell'interesse del figlio): sulla base di detto principio, quindi, è possibile operare una prima distinzione tra genitorialità biologica e sociale.

Nella prima, a seguito dell'atto di accertamento, v'è coincidenza tra discendenza biologica e stato giuridico del nato; nella seconda, l'atto di accertamento si basa su una finzione⁽²⁸⁾, tesa a realizzare al contempo due interessi fondamentali: quello dell'adulto alla genitorialità e quello del minore a crescere in una famiglia e ad intrattenere stabili rapporti affettivo-familiari.

La genitorialità sociale – oltre alle ipotesi di adozione, in cui a seguito della relativa dichiarazione il minore entra a far parte a tutti gli effetti della famiglia degli adottanti (adozione legittimante e adozione internazionale) o, comunque, adottato e adottante divengono titolari del rapporto filiale (adozione in casi particolari e adozione di maggiorenne) – assume rilevanza soltanto nel caso di fecondazione eterologa, ove, come si è accennato, l'art. 9, l. n. 40/2004 individua quali destinatari della responsabilità genitoriale il marito o il convivente che abbia prestato consenso esplicito o implicito all'inseminazione eterologa e la donna che ha partorito, prescindendo dalla discendenza biologica, mentre rimane escluso da qualsiasi rapporto giuridico con il nato (anche di natura patrimoniale) il donatore di gameti.

L'accertamento verso il genitore sociale, proprio perché non fondato sul dato genetico, può avvenire esclusivamente in modo diretto, consentendo al nato di attuare pienamente, da un lato il proprio diritto alla genitorialità o alla bigenitorialità e, dall'altro, la responsabilità genitoriale verso chi abbia prestato il consenso alla fecondazione assistita secondo quanto dispone la l. n. 40/2004: la dichiarazione di nascita o il provvedimento del giudice hanno effetti costitutivi e la filiazione risulta dagli atti di stato civile. L'accertamento indiretto si fonda, infatti, sulla responsabilità da atto lecito derivante dalla procreazione e, quindi, la discendenza ingenua ne costituisce il necessario presupposto.

Viceversa, la genitorialità biologica abbiamo visto essere il criterio generale per l'accertamento della filiazione. Esso non trova limiti nemmeno

⁽²⁸⁾ In generale, sul ruolo delle finzioni nel diritto civile v. LUNA SERRANO, *Le finzioni nel diritto* (trad. it. di And. Donati di *Las ficciones del derecho*, Barcelona, 2004), con prefazione di Alb. Donati, Perugia, 2008; sulle finzioni nella filiazione, PALAZZO, *La filiazione*, cit., spec. 285 ss. e 313 ss.

nel caso in cui esista una dichiarazione inveridica, che può derivare sia da atti contrari alla legge del dichiarante, quali la supposizione di parto o l'alterazione di stato, sia da comportamenti negligenti di altri soggetti, come la sostituzione di neonato o, nella fecondazione assistita, di embrioni.

Essa può essere accertata tanto direttamente, con conseguente costituzione del rapporto filiale, che indirettamente: in quest'ultima ipotesi, come detto, l'atto di accertamento è semplicemente prodromico alla costituzione di un rapporto giuridico obbligatorio, teso ad assicurare il mantenimento del nato, ai sensi degli artt. 279, 580 e 594 c.c.

Ciò posto, nell'accertamento diretto da discendenza biologica permangono alcune distinzioni a seconda se la filiazione sia matrimoniale o non matrimoniale, a prescindere dalla circostanza che la fecondazione sia avvenuta in modo naturale o mediante tecniche di p.m.a. di tipo omologo. L'ultima riforma, infatti, sebbene finalizzata alla creazione di un unico stato di figlio (cfr. il novellato art. 315 c.c.), pur incidendo fortemente sul rapporto filiale e sulle relazioni parentali⁽²⁹⁾, ha mantenuto notevoli differenze nella costituzione di esso a seconda dei legami esistenti tra i genitori, differenze concernenti sia le modalità che gli effetti dell'atto di autoresponsabilità, sia, ancora, le azioni volte all'accertamento diretto di grado maggiore. Tra l'altro, il compilatore ha eliminato dalle norme originariamente previste per la filiazione «legittima» (Capi I e II del Titolo VII) ogni riferimento alla natura di essa, demandando così all'interprete il delicato compito di individuare nel caso concreto l'azione da proporre e di coordinare le tutele concernenti la filiazione matrimoniale con quelle previste per la non matrimoniale, rimaste sostanzialmente invariate (Capi IV e V del Titolo VII).

Ma proprio la scelta legislativa di tendere alla equiparazione degli *status* impone, a nostro avviso, un diverso approccio, non più fondato sui principi costitutivi e, quindi, sulle varie tipologie di filiazione.

Sembra perciò maggiormente conducente, procedere all'inquadramento sistematico sulla base del momento temporale in cui avviene l'accertamento di *status*. Trattasi di un criterio che consente di fornire un ampio quadro degli atti idonei al predetto accertamento, superando le distinzioni tra figli, che peraltro – come poco fa ricordato – prescindono dal rapporto filiale in sé considerato, attenendo esclusivamente ai legami intercorrenti tra i genitori, distinzioni rappresentate dalla classificazione in filiazione matrimoniale, non matrimoniale e, nell'ambito di questa, parentale (o incestuosa). Anche in relazione a quest'ultima, a seguito delle modifiche agli artt. 251 e 278 c.c., pur in mancanza di matrimonio putativo, è oggi possibile procedere ad

⁽²⁹⁾ In accoglimento delle osservazioni della dottrina più attenta: v., per tutti, PALAZZO, *La filiazione*, cit., spec. 579 ss.; rimangono esclusi soltanto l'adottato maggiore, non essendo stati modificati gli artt. 300 e 304 c.c., e l'adottato ex artt. 44 ss., l. n. 184/1983, in virtù del richiamo contenuto nell'art. 55: sulle incongruenze di tale scelta, che crea palese una disparità di trattamento, v. ancora ID., *La riforma dello status di filiazione*, cit., 258 s.

accertamento diretto e alla costituzione del rapporto filiale propriamente inteso, sebbene previa autorizzazione del giudice, con la conseguenza che essa va trattata in unità.

Pertanto, è opportuno operare una prima distinzione tra: 1) accertamento effettuato prima della nascita; 2) accertamento compiuto in modo contestuale alla nascita ai sensi degli artt. 30 e 31, d.P.R. n. 396/2000; 3) accertamento successivo alla nascita.

8. L'art. 44, d.P.R. n. 396/2000 sull'ordinamento di stato civile consente il c.d. riconoscimento al ventre. I genitori possono dunque procedere all'accertamento della filiazione anteriormente alla nascita, con dichiarazione – compiuta dinanzi l'ufficiale di stato civile (che è tenuto a rilasciarne d'ufficio copia) – della gestante ed eventualmente del padre, che può effettuarla contestualmente alla gestante stessa ovvero successivamente, con il suo consenso manifestato ai sensi dell'art. 250, 3° comma, c.c.

Ragioni di coerenza sistematica, oltre che l'espresso richiamo al citato art. 250, impongono che anche il riconoscimento di nascituro sia soggetto alla disciplina ivi prevista, con la conseguenza che esso può essere effettuato soltanto da coloro che abbiano compiuto i sedici anni di età⁽³⁰⁾ (salvo auto-

⁽³⁰⁾ In questi casi, come abbiamo avuto modo di osservare in tema di capacità a redigere testamento (SASSI, STEFANELLI, *Incapacità testamentarie*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2014, 16 ss.), il computo dell'età si attua secondo un criterio naturale, non trovando applicazione quello civile che riguarda termini finali: il nato alle ore 10 del 1° gennaio 2000 può effettuare il riconoscimento a partire dalla stessa ora del 1° gennaio 2016 e non dalla mezzanotte del 1° gennaio 2016 e, dunque, dal 2 gennaio 2016. Infatti, sebbene l'opinione dominante in dottrina in tema di incapacità testamentaria (v., almeno, Giu. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Napoli, 1990, 374; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, 3ª ed. agg. a cura di Ferrucci e Ferrentino, Milano, 2009, 678 s.) propenda per la seconda soluzione, richiamando i principi generali dettati in tema di computo dei termini processuali dall'art. 155 c.p.c. e, soprattutto, quelli in materia di prescrizione contenuti nell'art. 2963, 2° comma, c.c., secondo cui essa «si verifica con lo spirare dell'ultimo istante del giorno finale», si tratta, in quanto concernenti un termine finale, di fattispecie diverse da quella in esame in cui occorre misurare l'età del soggetto, cioè il tempo trascorso dal momento della nascita (età esattamente ricavabile dalle risultanze dell'atto di nascita contenente anche la menzione dell'ora: v., attualmente, l'art. 29, 2° comma, d.P.R. n. 396/2000, sull'ordinamento di stato civile), con la conseguenza che mancano sia un termine iniziale che uno finale tecnicamente intesi. La giurisprudenza, che si è occupata del problema specialmente con riferimento al reato compiuto dal soggetto il giorno del suo diciottesimo compleanno, per stabilire la competenza (Tribunale per i minorenni, o Tribunale ordinario) o la possibilità di applicazione dell'istituto del perdono giudiziale (cfr., sulla competenza, Trib. min. Roma, 14 giugno 1984, in *Dir. fam.*, 1985, 150, secondo cui deve considerarsi maggiorenne al momento della commissione del reato l'imputato che nel giorno in cui viene commesso il fatto criminoso compie il diciottesimo anno di età, allorché l'ora di commissione del reato sia successiva a quella della nascita risultante dal registro degli atti dello stato civile; in tema di perdono, Cass., 21 giugno 1978, L., in *www.leggiditaliaprofessionale.it*, in base alla quale il compimento del diciottesimo anno di età deve essere accertato

rizzazione del giudice) e, se la gestante rifiuta la prestazione del consenso, valuterà il giudice eventualmente tendo luogo del consenso mancante (art. 250, 4° e 5° comma).

Una volta effettuato il riconoscimento al ventre, la copia contestualmente rilasciata dall'ufficiale di stato civile costituirà la base per la redazione dell'atto di nascita, unitamente al certificato di assistenza al parto.

9. L'accertamento contestuale si compie di regola attraverso la dichiarazione di nascita di cui all'art. 30, d.P.R. ordinamento stato civile, resa nei termini ivi indicati. Detta dichiarazione è il presupposto per la redazione dell'atto di nascita ai sensi del precedente art. 29, atto che costituisce prova della filiazione sia nella matrimoniale, sia nella non matrimoniale (art. 236 c.c.): la prova può essere superata soltanto attraverso un accertamento di grado maggiore, effettuato a seguito di procedimento giurisdizionale.

L'accertamento dev'essere considerato sul piano giuridico compiuto contestualmente alla nascita anche se la dichiarazione è tardiva ai sensi dell'art. 31, d.P.R. citato, poiché in difetto di accertamento della nascita, non è possibile redigere l'atto di nascita di cui al richiamato art. 29, con la conseguenza che l'ufficiale di stato civile procede alla sua formazione tardiva e, pertanto, anche in questo caso dichiarazione e atto di nascita coincidono temporalmente. È la riprova che nel sistema della filiazione l'atto di nascita non possiede propria autonomia e rilevanza: esso è, quindi, in sé inidoneo a produrre effetti costitutivi, poiché in mancanza di dichiarazione resa dai soggetti indicati nell'art. 30, d.P.R. ordinamento stato civile, l'atto di nascita non può essere formato.

secondo il computo naturale e non secondo quello legale previsto dall'art. 14 c.p., tenendo conto degli estratti o dei certificati dello stato civile, facenti fede fino ad impugnazione di falso e sottratti ad ogni apprezzamento dell'autorità giudiziaria che se ne serve, con la conseguenza che il confronto dell'età non si fonda sui giorni interi e non può prescindere dall'ora di nascita), e la dottrina che ha affrontato la questione in termini generali con uno sguardo ai diritti fondamentali dell'individuo (ABBAMONTE, *Età (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, 91), hanno, viceversa, prevalentemente propeso per la computazione naturale, evidenziando che per stabilire l'età del soggetto non si applicano le regole generali sul computo dei termini, ma le regole comuni secondo cui l'età si stabilisce sulla base di un criterio appunto naturale (*a momento ad momentum*). Tale soluzione è, quindi, preferibile, poiché le norme richiamate a fondamento della computazione c.d. civile concernono termini finali o processuali, che nulla hanno a che fare con l'ipotesi dell'acquisto della maggiore età e della capacità di agire di cui all'art. 2 c.c. Del resto, allorché la legge fa dipendere delle conseguenze da un fatto giuridico, quale la nascita o la morte della persona, la computazione del tempo avviene secondo il criterio naturale, come si desume chiaramente anche dalla regola dettata in tema di commorienza di cui all'art. 4 c.c. e dall'importanza – per evitare l'applicazione della presunzione ivi contenuta – di stabilire con esattezza l'ora, o frazioni di essa, degli eventi infausti, se avvenuti il medesimo giorno (Sul punto, PALAZZO, SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 1, *Categorie e specie della successione*, cit., p. 581 ss.).

Ma, se la dichiarazione di nascita è sempre necessaria ai fini della costituzione dello stato di filiazione, gli effetti che la legge ad essa riconduce sono differenti a seconda che i genitori siano o meno legati da vincolo matrimoniale. Nel primo caso, dalla dichiarazione (slavo l'anonimato della partoriente) deriva l'applicazione del sistema di finzioni e presunzioni di cui agli artt. 231 ss. c.c., con varie conseguenze; nel secondo, essa ha effetto soltanto verso il genitore che la compie, ovvero non è idonea a produrre la costituzione dello *status*, se effettuata dal personale sanitario, o da chi ha assistito al parto, in mancanza di quella compiuta dai genitori.

Nell'accertamento contestuale alla nascita è, quindi, necessario procedere ad ulteriore distinzione sulla base della tipologia di filiazione: A) matrimoniale; B) non matrimoniale.

A) Come si è accennato anche poco fa, la scelta del compilatore del 2012-2013 è stata quella di mantenere, anzi estendendolo, il sistema di finzioni e presunzioni previsto dal codice civile per la filiazione matrimoniale, sistema che, tuttavia, non trova applicazione allorché la donna, pur coniugata, dichiara di non voler essere nominata⁽³¹⁾. In questo caso, infatti, la dichiarazione di nascita compiuta dal personale sanitario sulla base del certificato di assistenza al parto (in cui il nato compare come partorito da 999) e il conseguente atto di nascita redatto dall'ufficiale di stato civile sono idonei a produrre la costituzione di rapporti giuridici fondati sul fatto procreativo, e sussistono i presupposti per la dichiarazione di adottabilità *ex art. 11, 2° comma, l. adozione*. Il ricorso all'anonimato – almeno in linea teorica, non avendo di regola il personale sanitario che assiste al parto a disposizione notizie in merito – è comunque precluso a seguito dell'applicazione di tecniche di fecondazione assistita, secondo quanto prevede l'art. 9, l. n. 40/2004.

Viceversa, se la partoriente coniugata non esercita il diritto all'anonimato si aprono varie possibilità.

A1) La dichiarazione di nascita è compiuta congiuntamente dai coniugi: l'accertamento produce lo stato di figlio matrimoniale della coppia.

A2) La dichiarazione è resa da uno solo dei genitori, il quale attesta che la generazione è avvenuta con il coniuge: l'accertamento produce gli effetti *sub A1*) per l'operare del richiamato sistema di finzioni e presunzioni (artt. 231 ss. c.c.).

⁽³¹⁾ Secondo un'opinione (RENDA, *L'accertamento della maternità: anonimato materno e responsabilità per la procreazione*, in *Fam. e dir.*, 2004, 510 s.; ID., *L'accertamento della maternità. Profili sistematici e prospettive evolutive*, Torino, 2008, 155 ss.) la donna coniugata non avrebbe possibilità di esercitare il diritto all'anonimato, proprio per l'operare del sistema di finzioni e presunzioni previsto per la filiazione matrimoniale, ma l'opinione non può essere condivisa, perché: a) il diritto della partoriente è un diritto fondamentale; e b) si creerebbe una ingiustificata disparità di trattamento fondata solo sullo stato di coniugio, in un sistema, tra l'altro, che tende all'equiparazione dei figli (art. 315 c.c.).

A3) La dichiarazione è effettuata dalla partoriente, la quale afferma che il concepimento è avvenuto con persona diversa dal marito: l'accertamento produce, *ex art. 254 c.c.*, la costituzione dello stato di figlio non matrimoniale verso la madre, con esclusione del funzionamento del citato sistema di finzioni e presunzioni.

A4) Nessuno dei genitori esegue la prescritta dichiarazione di nascita ed essa è resa dal personale sanitario o da chi ha assistito al parto⁽³²⁾: ai sensi dell'art. 29, 2° comma, d.P.R. ordinamento stato civile, la dichiarazione è idonea a costituire lo stato di figlio matrimoniale, dovendo l'atto di nascita indicare anche le generalità, la cittadinanza e la residenza dei genitori legittimi, ma sussistono i presupposti per la dichiarazione di adottabilità *ex art. 8, l. adozione.*

B) Veniamo ora all'ipotesi in cui il nato sia stato concepito da persone non legate da vincolo matrimoniale.

È opportuno premettere che, come accennato, la dichiarazione di nascita (con contestuale riconoscimento *ex art. 254 c.c.*) può essere effettuata soltanto da persone che abbiano compiuto il sedicesimo anno di età, salvo provvedimento del giudice, che può autorizzarla valutate le circostanze e avuto riguardo all'interesse del figlio (art. 250, ult. comma, c.c.).

Inoltre, anche in questo caso, la partoriente può esercitare il diritto all'anonimato secondo quanto si è visto *sub A*), con conseguente applicazione dell'art. 11, l. adozione. Ma se ciò non avviene, possono concretarsi le seguenti fattispecie.

B1) La dichiarazione di nascita è compiuta congiuntamente dai genitori: lo stato di filiazione si costituisce verso entrambi, ai sensi e per gli effetti degli artt. 250, 254 e 258 c.c.

B2) La dichiarazione è resa da uno solo dei genitori: lo stato si costituisce verso questi e l'altro potrà procedere a successivo riconoscimento secondo quanto dispone il citato art. 250.

B3) Il concepimento è avvenuto tra persone legate da vincolo di parentela in linea retta all'infinito e in linea collaterale nel secondo grado o di affinità in linea retta, nel qual caso occorre distinguere: α) se la dichiarazione è effettuata congiuntamente, lo stato non si costituisce sino a che non interviene l'autorizzazione *ex art. 251 c.c.* (v. anche art. 42, 2° comma, d.P.R. n. 396/2000); β) se la dichiarazione è eseguita da uno solo di essi, lo stato si costituisce verso questi (non essendovi traccia della relazione incestuosa), ma l'altro genitore, per poter effettuare il riconoscimento successivo ove sia ancora possibile, dovrà a sua volta ottenere l'autorizzazione di cui *sub α*).

B4) Nessuno dei genitori compie la dichiarazione, che viene effettuata

(32) È difficile che si presenti nella pratica la situazione prospettata, ma potrebbe teoricamente accadere che la partoriente, sebbene nominata nel certificato di assistenza al parto, abbandoni il nosocomio (e il figlio) senza aver reso la dichiarazione di nascita, non la compia nemmeno dinanzi l'ufficiale di stato civile e nemmeno il marito si presenti.

dal personale sanitario o da altro soggetto che abbia assistito al parto: al contrario di quanto si è visto *sub A4*), la predetta dichiarazione non produce la costituzione dello stato di figlio, poiché nella filiazione non matrimoniale occorre sempre un atto di autoresponsabilità, non risultando applicabile il sistema di finzioni e presunzioni previsto per la filiazione matrimoniale dagli artt. 231 ss. c.c., e il nato potrà essere avviato alla dichiarazione di adottabilità *ex art. 11, l. adozione*.

10. Si è detto che la costituzione dello *status* di figlio può avvenire anche successivamente alla nascita, ed è l'ipotesi più complessa, poiché essa può essere determinata non soltanto da un atto di autoresponsabilità, ma anche da un provvedimento del giudice emesso a seguito di azione di stato o a conclusione di un procedimento di adozione. Inoltre, l'accertamento può avvenire nei due casi tanto direttamente che indirettamente, con effetti radicalmente diversi.

Iniziamo col distinguere tra: *A*) atto di autoresponsabilità; *B*) provvedimento del giudice.

A) Come si è accennato, il genitore può costituire lo stato di filiazione con proprio atto successivo alla nascita.

Anzitutto, va rilevato che in questo caso ci troviamo necessariamente dinanzi a figli nati fuori del matrimonio. Si è visto, infatti, che nella filiazione matrimoniale la dichiarazione contestuale alla nascita fa scattare il sistema di finzioni e presunzioni per essa previste dagli artt. 231 ss. c.c., salvo soltanto l'esercizio del diritto all'anonimato da parte della partorienti coniugata. Ciò comporta la costituzione dello stato di figlio a seguito del compimento della dichiarazione di nascita resa dai genitori o, in via residuale, dagli altri soggetti legittimati. Diversamente, vedremo tra breve *sub B*) che la costituzione successiva alla nascita dello stato di figlio matrimoniale è possibile con l'accertamento positivo della matrimonialità, tramite le azioni di concepimento in matrimonio, di reclamo e di contestazione (artt. 234, 1° e 2° comma, 239 e 240 c.c.).

Ciò detto, l'accertamento successivo per atto di autoresponsabilità, effettuato tramite riconoscimento nelle forme indicate dall'art. 254 c.c., può avvenire: *A1*) in via diretta, con effetti costitutivi e l'acquisto della relativa titolarità; *A2*) in via indiretta, cioè incidentalmente, ai soli fini della costituzione del rapporto obbligatorio al mantenimento.

A1) Nel primo caso vengono posti due limiti molto importanti: *a*) il primo è rappresentato dallo stato attribuito al figlio dall'atto di nascita e/o dal possesso conforme all'atto stesso (artt. 238 e 253 c.c.); *b*) il secondo è costituito dall'eventuale dichiarazione di adozione o, comunque, dall'avvio delle relative procedure, poiché, ai sensi dell'art. 11, ult. comma, l. n. 184/1983, intervenuta la dichiarazione di adottabilità e l'affidamento preadottivo, il riconoscimento è privo di efficacia (e l'eventuale procedimento per la dichiarazione giudiziale della genitorialità si estingue ove segua la pronuncia di adozione); tuttavia, il genitore che intenda avere più tempo per procedere

al riconoscimento può chiedere il termine di cui al 2° comma del citato art. 11, che sospende la procedura.

Al di fuori di queste ipotesi, il soggetto che abbia compiuto i sedici anni, ovvero di età inferiore se a ciò autorizzato *ex art.* 250, ult. comma c.c., può procedere a riconoscimento successivo del figlio nelle seguenti fattispecie.

A1a) Quando, ai sensi del citato art. 250, ottenga il consenso del figlio che abbia compiuto gli anni quattordici (2° comma), ovvero, se di età inferiore, quello dell'altro genitore che lo ha già riconosciuto (3° comma) o la sentenza che tiene luogo dello stesso (4° comma).

A1b) Quando, trattandosi di figlio parentale, abbia ottenuto l'autorizzazione del giudice prescritta dal successivo art. 251.

A2) Come si è detto, anche l'accertamento indiretto può essere conseguenza di un atto di volontà del genitore, cui è attribuita la possibilità di riconoscere spontaneamente il diritto del figlio al mantenimento, all'istruzione e all'educazione *ex art.* 279 c.c.⁽³³⁾; se questi è premorto, i medesimi effetti possono verificarsi con atto dei suoi successori ai sensi degli artt. 580 e 594 c.c.

In entrambi i casi, si tratta di situazioni giuridiche a carattere patrimoniale in cui, mediante la stipula di un contratto tra il genitore e il figlio biologico (se minore rappresentato dall'esercente la responsabilità), si costituisce un diritto di obbligazione, sebbene sempre fondato sul fatto procreativo. Manca il rapporto filiale propriamente inteso, con la conseguenza che il figlio può mantenere lo *status* verso il genitore sociale a tutela della propria personalità e dell'affettività, intrattenendo con quello biologico soltanto rapporti di natura patrimoniale.

Si è accennato che dall'obbligo rimane in ogni caso escluso il donatore di gameti nella fecondazione di tipo eterologo, secondo quanto dispone l'art. 9, l. n. 40/2004, il quale, al più, potrà spontaneamente adempiere (obbligazione naturale) ovvero, per conferire giuridicità al rapporto, effettuare un'attribuzione liberale (donazione remuneratoria)⁽³⁴⁾. Tuttavia, il diritto sussiste in tutti gli altri casi, ivi compreso quello dell'adozione: difatti, ai sensi dell'art. 27, ult. comma, l. n. 184/1983 (il cui tenore è completamente diverso da quello del citato art. 9, che espressamente inibisce l'instaurazione di rapporti giuridici di qualsiasi natura verso il donatore), cessano i rapporti dell'adottato verso la famiglia di origine, con la conseguenza che non è possibile procedere nemmeno giudizialmente ad accertamento diretto della filiazione (v., ad esempio, l'art. 239, 2° comma, c.c.), ma nulla vieta di compiere, anche con atto di volontà, l'accertamento incidentale della filiazione biologica ai soli fini del mantenimento, mantenendo il figlio lo stato di adottivo verso il genitore o i genitori sociali.

⁽³³⁾ È il caso deciso da Cass., 9 giugno 1990, n. 5633, cit.

⁽³⁴⁾ Sulle differenze e sui diversi strumenti giuridici per attuare i complessi interessi in gioco, si rinvia a PALAZZO, SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 2, *Negozi successori anticipatori*, Torino, 2012, 60 ss. e 160 ss., spec. 176 ss.

B) L'ipotesi di costituzione successiva alla nascita che assume maggiore rilevanza è quella derivante dall'esercizio delle azioni di stato.

Anche in questo caso, la filiazione può essere accertata: B1) tanto direttamente, in via principale, che B2) indirettamente, in via incidentale, con effetti affatto differenti.

B1) Se l'accertamento è diretto, esso ha effetti preclusivi di massimo grado, idonei a determinare la titolarità del rapporto con efficacia *erga omnes* (eventualmente previa rimozione di uno *status* precedente inveridico e incompatibile col nuovo), nonché le registrazioni negli atti di stato civile (art. 49, d.P.R. n. 396/2000⁽³⁵⁾).

Come si è accennato all'inizio del presente paragrafo, il legislatore ha mantenuto le differenze esistenti tra filiazione in matrimonio e al di fuori di esso riguardo all'accertamento dello stato. Conseguenza che anche le relative azioni vanno analizzate tenendo presente la richiamata distinzione: in particolare è opportuno così classificarle: B1a) azioni concernenti sia la filiazione matrimoniale, sia la non matrimoniale; B1b) azioni relative esclusivamente alla prima; B1c) azioni riferibili soltanto alla seconda.

B1a) Le azioni comuni sono due: il reclamo (art. 239 c.c.) e la contestazione (art. 240 c.c.) nelle ipotesi previste dal 1° comma dell'art. 239, cioè la supposizione di parto e la sostituzione di neonato. Esse, in base al disposto dei susseguenti artt. 248 e 249, sono imprescrittibili; alla prima è legittimato esclusivamente il figlio; alla seconda chiunque vi abbia interesse.

B1b) Le azioni per il solo accertamento positivo della matrimonialità sono le stesse indicate *sub B1a*), con l'aggiunta di quella di concepimento in matrimonio di cui ai primi due commi dell'art. 234 c.c. I) Il reclamo ha ad oggetto i casi contemplati dai commi 2°, 3° e 4° dell'art. 239, e precisamente: α) quando il figlio matrimoniale sia stato iscritto come figlio di ignoti, salvo sia intervenuta sentenza di adozione (2° comma): è il caso della partorienta coniugata che esercita il diritto all'anonimato anche se il concepimento è effettivamente avvenuto con il marito, e siano note o vengano in qualche modo scoperte le origini biologiche; β) quando il figlio matrimoniale abbia uno stato contrastante con la «presunzione di paternità», ovvero conforme ad altra «presunzione di paternità» (3° comma): è il caso, ad esempio, del figlio nato dopo i trecento giorni di cui all'art. 234 c.c.; γ) quando lo stato precedente sia stato comunque rimosso (4° comma): è il caso in cui il figlio si trovi privo di *status* verso almeno uno dei genitori a seguito dell'accoglimento dell'azione di contestazione, disconoscimento o impugnazione del riconoscimento (artt. 240, 243 *bis*, 263, 265 e 266). II) La contestazione può essere esperita soltanto nell'ipotesi *sub α*), contemplata dal 2° comma dell'art. 239, e, ovviamente, non è volta a rimuovere uno stato inveridico

⁽³⁵⁾ La norma non è stata coordinata con l'ultima riforma della filiazione, per cui manca ogni riferimento alle azioni di accertamento positivo della matrimonialità, ma, come azioni di stato, la previsione deve ovviamente ritenersi estesa anche ad esse.

precedente – che non esiste stante l'esercizio dell'anonimato da parte della partoriente – ma solamente a costituire quello di figlio matrimoniale: non trovando applicazione l'art. 11, l. n. 184/1983, l'accertamento della matrimonialità è possibile sino alla sentenza di adozione. *III*) Il legislatore, pur prevedendo la possibilità per ciascuno dei coniugi e per i loro eredi di provare (in giudizio) il concepimento in matrimonio del figlio nato dopo i trecento giorni dallo scioglimento o dalla cessazione degli effetti civili dello stesso, o dall'adozione dei provvedimenti in tema di separazione personale ivi indicati (art. 234, 1° e 2° comma, c.c.), non ha poi disciplinato la relativa azione, non essendo le fattispecie riconducibili ad alcuna di quelle contemplate nell'art. 239 c.c., richiamato in parte nel successivo art. 240: in questo caso, esiste quindi un'azione di accertamento positivo della matrimonialità, compiuto attraverso la prova che il concepimento è comunque avvenuto in matrimonio.

B1c) L'accertamento della filiazione non matrimoniale avviene con la dichiarazione giudiziale di paternità e maternità prevista dall'art. 269 c.c. Essa può essere esperita nei casi in cui è ammesso il riconoscimento ai sensi del precedente art. 254, cioè a dire qualora non vi sia già uno *status* costituito, che altrimenti dev'essere preventivamente rimosso (cfr. art. 253 c.c.): la situazione è, dunque, identica a quella appena vista per l'accertamento della matrimonialità *sub B1by*), e la rimozione del precedente *status* incompatibile deve avvenire con le azioni ivi indicate. Qualora l'accertamento si riferisca al figlio parentale, ai sensi dell'art. 278 c.c., per l'esperimento dell'azione è necessario l'ottenimento dell'autorizzazione del giudice prescritta dal precedente art. 251.

B2) L'accertamento può essere compiuto anche indirettamente tramite le azioni previste dagli artt. 279, 580 e 594 c.c. Esse vanno considerate azioni di stato, poiché, sebbene volte alla costituzione di un rapporto giuridico patrimoniale tra il genitore e il figlio biologico, finalizzato al sorgere di un'obbligazione a carico del primo, presuppongono l'accertamento (incidentale) della filiazione da parte del giudice.

Detto accertamento presenta numerosi problemi di ordine sistematico, soprattutto con riferimento al trattamento tendenzialmente paritario dei figli imposto dall'art. 30 Cost., in parte attuato con l'ultima riforma (cfr. art. 315 c.c. novellato), trattamento che la situazione giuridica in esame non realizza, attribuendo al figlio biologico limitati di diritti di natura patrimoniale verso il genitore, ovvero la possibilità di partecipare alla sua successione in posizione deteriore rispetto agli altri successori legittimi o testamentari. Detti problemi, come accennato, possono essere superati soltanto attribuendo al figlio, che per qualsivoglia ragione sia titolare di uno stato non conforme alla verità biologica, il potere di operare un personale bilanciamento tra più diritti fondamentali, quali quello ad ottenere uno *status* veridico, ma anche a mantenerne uno consolidato, con i conseguenti rapporti di affettività, con il genitore sociale.

In conclusione del punto *B*), va ricordato che il rapporto giuridico ver-

so il nato può giudizialmente derivare anche dalle procedure di adozione previste dalla l. 4 maggio 1983, n. 184 e, in via residuale, per l'adozione di maggiorenne, dal codice civile, agli artt. 291 ss.

In proposito, è opportuno anzitutto distinguere l'affidamento di cui agli artt. 2 ss., l. adozione dalle altre ipotesi, poiché nel primo non vi è mutamento dello stato giuridico del figlio, né costituzione di uno stato aggiuntivo. Il minore, a causa della mancanza di un ambiente familiare idoneo al suo sviluppo, viene temporaneamente affidato ad una famiglia, ad una persona singola, ovvero ad una comunità familiare o a un istituto di assistenza pubblico o privato, in grado di assicurargli il mantenimento, l'istruzione, l'educazione e le relazioni affettive di cui ha bisogno e ai quali vengono attribuiti limitati poteri normalmente connessi all'esercizio della responsabilità genitoriale, salvo che i genitori siano dichiarati decaduti dalla stessa *ex art.* 330 c.c.

Viceversa, a seguito di adozione legittimante o di adozione internazionale, anche se pronunciata all'estero, si producono gli effetti di cui all'art. 27, l. n. 184/1983, con la conseguenza che il minore assume lo stato di figlio matrimoniale della coppia e cessano i rapporti tra l'adottato e la famiglia di origine.

Un discorso in parte diverso va fatto in ordine all'adozione in casi particolari e a quella di maggiorenni, poiché, come accennato in apertura del presente paragrafo, dall'accertamento dello *status* verso l'adottante o gli adottanti deriva la costituzione del rapporto giuridico soltanto verso questi, con esclusione di quelli parentali. La scelta del compilatore, che – come osservato in apertura del presente paragrafo – crea una palese e non giustificata disparità di trattamento, è conseguenza della mancata modifica agli artt. 300 e 304 c.c., richiamati dall'art. 55, l. adozione, nonché dell'art. 567 c.c.

11. Il sistema dell'accertamento della filiazione è il frutto del bilanciamento degli interessi dei singoli soggetti che partecipano ai rapporti familiari che si traducono in diritti fondamentali dell'individuo, che qualificano il rapporto di filiazione.

Le situazioni giuridiche che assumono valenza sono essenzialmente tre: A) il diritto alla genitorialità; B) il diritto alla parentela; C) il diritto alla cura e all'ascolto del minore.

A) Il diritto alla genitorialità può configurarsi sotto un duplice profilo: A1) il diritto dell'adulto, che, a sua volta, si esplica in due modi contrapposti, positivo e negativo: *a*) quello ad avere una prole (anche indipendentemente dalla trasmissione dei propri geni), così da realizzare completamente la propria personalità e appagare il desiderio di paternità o maternità; *b*) quello della madre alla non genitorialità (che spiega effetto anche nella sfera giuridica del padre), tramite l'accesso alla interruzione volontaria della gravidanza ai sensi della l. 22 maggio 1978, n. 194; A2) il diritto del figlio, per il suo pieno sviluppo, ad instaurare relazioni affettive durature con un genitore (diritto alla genitorialità), o meglio ancora con entrambi i

genitori (diritto alla bigenitorialità), che debbono assicurargli mantenimento, istruzione ed educazione adeguati.

A1) Iniziamo con l'interesse dell'adulto.

A1a) Il diritto del genitore ad avere ed allevare la prole ha subito a partire dalla fine del secolo scorso un'importante implementazione, dovuta alla introduzione di tecniche biogenetiche sempre più sofisticate, che di qui a pochi anni – come si è accennato – consentiranno addirittura l'utilizzazione di gameti provenienti da più di due soggetti. Tuttavia, anche attualmente i problemi non mancano e non sono di pronta soluzione, esulando dal mero campo giuridico e coinvolgendo questioni etiche molto delicate.

In precedenza, il diritto alla genitorialità dell'adulto era assicurato, o dall'accertamento della discendenza biologica conseguente al concepimento naturale o dal ricorso alle procedure di adozione. Ma oggi, con l'accesso alle tecniche di fecondazione assistita, v'è la possibilità di produrre una discendenza, sia con materiale genetico proprio (fecondazione omologa), sia facendo ricorso a gameti di donatori (fecondazione eterologa). La regolamentazione giuridica ha, dunque, preso atto di queste nuove possibilità offerte dalla scienza biomedica, ed ampliato il diritto alla genitorialità dell'adulto, riconoscendolo (al di fuori dell'adozione) anche a quei soggetti affetti da sterilità e infertilità: detto riconoscimento, tra l'altro, è alla base della recente sentenza con cui la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa contenuto nell'art. 4 (e, di conseguenza, dell'art. 9, nelle disposizioni che lo richiamano) della citata l. n. 40/2004, nella parte in cui stabilisce per la coppia di cui all'art. 5, 1° comma, della medesima legge il divieto di ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute e irreversibili⁽³⁶⁾.

Un caso molto delicato di esercizio del diritto alla genitorialità da parte dell'adulto si ha in presenza di malformazioni diagnosticate del feto, poiché la scelta consapevole dei proseguire nella gravidanza impone al nato un'esistenza limitata, comprimendo il suo interesse a condurre una vita piena. Come si vede, la questione delle qualità dei soggetti coinvolti comporta un difficile bilanciamento tra diritti fondamentali della persona. E tale bilanciamento ci sembra non possa mai portare ad una tutela risarcitoria, ma l'eventuale ristoro può al più essere pervaso dalla logica dell'indennizzo: nessuno può, infatti, imporre alla donna di interrompere la gravidanza, né la nascita di una persona, anche se malformata, può essere in sé qualificata come fatto illecito⁽³⁷⁾; tuttavia, è indubbio che l'esercizio, ripetiamo lecito, del diritto dell'adulto comporta per il nato l'accesso ad un'esistenza decur-

⁽³⁶⁾ Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *Guida dir.*, 2014, 27, 16, con nota di PORRACCILO, *Illegittima la norma sulla «Pma» di tipo eterologo che vieta il donatore esterno in caso di infertilità. Un divieto non giustificabile dell'ordinamento se ostacola la realizzazione della genitorialità.*

⁽³⁷⁾ V. PALAZZO, *La filiazione*, cit., 130 ss.

tata e il sacrificio del suo interesse fondamentale non può restare privo di conseguenze giuridiche.

A1b) Il diritto alla genitorialità ha, come detto, anche un contenuto negativo. La donna, infatti, può, ai sensi della l. n. 194/1978, interrompere la gravidanza con propria decisione autonoma (o presa con il padre del concepito qualora ella consenta), facendo ricorso a tecniche interventistiche o mediante uso di farmaci appositi (c.d. pillola del giorno dopo), ad opera o con il controllo di personale sanitario.

La legge, quindi, consente di sottrarsi alla genitorialità nei casi da essa previsti, evitando di incorrere nella responsabilità da atto lecito della procreazione.

Analogo risultato si ottiene, sul piano della responsabilità genitoriale, con il ricorso all'anonimato. Si è visto, infatti, che esso inibisce l'accertamento di stato sia nella filiazione matrimoniale che in quella non matrimoniale. Attraverso l'esercizio del relativo diritto, la partoriente evita il sorgere della responsabilità genitoriale e il nato – di cui si accerta soltanto la nascita e al quale viene attribuito un nome e un cognome da parte dell'ufficiale di stato civile che forma il relativo atto di nascita – è avviato alle procedure di adozione secondo quanto dispone l'art. 11, l. n. 184/1983.

Va, comunque, tenuto presente che l'esercizio dell'anonimato non preclude l'accertamento successivo alla nascita quando siano note o vengano in qualche modo scoperte le origini biologiche. E detto accertamento può essere diretto o indiretto.

Per potersi accedere al primo, non deve essere intervenuta sentenza di adozione, che, *ex art.* 27 della citata l. n. 184/1983, recide i rapporti con la famiglia di origine, rendendo impossibile il successivo accertamento diretto della discendenza biologica. Ma, se la pronuncia non c'è stata, si può agire in giudizio facendo valere lo stato di matrimonialità del figlio attraverso le azioni di reclamo o di contestazione (artt. 239 e 240 c.c.), o quello di non matrimonialità con la dichiarazione giudiziale della genitorialità (art. 269 c.c.).

Viceversa, l'accertamento indiretto è sempre possibile e il figlio può esercitare il diritto patrimoniale all'assegno per il mantenimento, l'istruzione e l'educazione verso il genitore biologico o i suoi successori, se questi premuore (artt. 279, 580 e 594 c.c.).

Come si vede, l'anonimato impedisce soltanto l'accertamento di stato contestuale alla nascita verso la partoriente (e nella quasi totalità dei casi nei confronti del padre biologico, che potenzialmente potrebbe procedere a riconoscimento *ex art.* 254 c.c., ma sconosce il verificarsi dell'evento), la quale non viene nominata né nel certificato di assistenza al parto, né nella dichiarazione, né, di conseguenza, nell'atto di nascita, e il segreto è assicurato dagli artt. 28, l. adozione e 93, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 sulla protezione dei dati personali⁽³⁸⁾. Tuttavia, l'anonimato, sebbene inibisca

⁽³⁸⁾ Sulla questione, come accennato, è intervenuta di recente la Consulta, sanzionando il sistema nella parte in cui non prevede la possibilità di ripensamento

l'accesso (legale) alle informazioni contenute nella cartella clinica e, quindi, anche all'identità della partoriente, non preclude, né può precludere giusta il tenore dell'art. 24 Cost., l'accertamento giudiziale della filiazione.

A2) Il diritto alla genitorialità può essere analizzato anche nella prospettiva filiale.

Il nato ha interesse a crescere con i genitori, preferibilmente biologici, ovviamente in un ambiente sano, che consenta uno sviluppo pieno della personalità e delle sue inclinazioni, come, del resto enunciato anche nel Titolo I della l. adozione.

Si è detto che, qualora lo stato giuridico non corrisponda per qualsivoglia ragione a quello biologico, il figlio (se minore di età, rappresentato nelle forme previste dalla legge) è arbitro del proprio destino, compiendo un personale bilanciamento tra più interessi fondamentali tutelati dal sistema, quali quello alla verità biologica, ma anche l'altro a mantenere lo stato inveridico e, dunque, rapporti sociali e affettività consolidati. Le azioni di stato, siano esse volte all'accertamento diretto della filiazione o a quello indiretto, sono tutte imprescrittibili riguardo al figlio, che può decidere in qualsiasi momento di mutare il proprio stato giuridico verso l'adulto⁽³⁹⁾, o di acquisirlo se questo manca (accertamento diretto), ma anche legittimamente di conservarlo, obbligando il genitore biologico soltanto al mantenimento (accertamento indiretto).

Tuttavia, il diritto alla genitorialità assume connotati differenti in presenza della minore età del figlio, poiché esso rileva non soltanto nella fase costitutiva del rapporto, ma soprattutto in quella esecutiva, con particolare riferimento all'esercizio della responsabilità genitoriale e all'affidamento, che può essere condiviso, o attribuito alternativamente all'uno o all'altro dei genitori se ciò risponde all'interesse del minore, e viene mantenuto anche in caso di affidamento *ex art. 5, l. adozione*. Ed è importante che il rapporto permanga verso entrambi i genitori, attuando così pienamente il diritto alla bigenitorialità⁽⁴⁰⁾.

della partoriente, ma sostanzialmente confermando la legittimità della previsione del diritto all'anonimato della stessa: Corte cost., 22 novembre 2013, n. 278, cit.

⁽³⁹⁾ In questo caso lo stato inveridico verso il genitore sociale dev'essere rimosso, salvo il reclamo nelle ipotesi di cui all'art. 239, 1° e 3° comma c.c., tramite le azioni di disconoscimento *ex art. 243 bis c.c.* o di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità ai sensi dell'art. 263 c.c., a seconda che la nascita sia avvenuta o meno in matrimonio.

⁽⁴⁰⁾ Gli studi di psicologia infantile ha dimostrato l'importanza di quello che i ricercatori di Losanna, a partire dagli anni Ottanta del secolo scorso, definiscono «triangolo primario». Secondo questa concezione, la funzione paterna trova piena espressione ed attuazione soltanto se la cornice di riferimento è triadica, con la conseguenza che essa non è meramente secondaria e di supporto alla relazione tra madre e bambino, ma è significativa in quanto tale, essenziale e preziosa, pregna di valore in quanto partecipa direttamente alla determinazione di un campo relazionale unico, che sussiste anche grazie alla sua presenza; in altri termini, una

Ancora una volta è il diritto dell'Unione Europea a costituire il fondamento di questa situazione soggettiva patrimonialmente neutra. Il richiamato art. 24 C.d.f.U.E., al 3° comma, sancisce il diritto del minore ad intrattenere relazioni personali e contatti diretti con entrambi i genitori e il citato reg. n. 2201/2003 si preoccupa di assicurare il rispetto di tale diritto nella crisi dei rapporti familiari.

L'ordinamento italiano tende ad assicurare il diritto alla bigenitorialità sia nella fase fisiologica di attuazione del rapporto filiale, attribuendo la responsabilità ad entrambi i genitori (artt. 316 ss. c.c.), sia in quella patologica dei rapporti tra gli stessi, con la regola dell'affidamento condiviso (art. 337 *bis* ss. c.c.).

Il limite alla bigenitorialità è dato soltanto dall'interesse preminente del figlio, che può portare ad una pronuncia di decadenza dalla responsabilità nei confronti di colui che abbia gravemente mancato ai propri doveri (art. 330 c.c.), ovvero all'affidamento esclusivo ad uno solo dei genitori (art. 337 *quater* c.c.), affidamento, tuttavia, inidoneo a recidere i legami con l'altro, che mantiene il diritto a partecipare allo sviluppo del minore, ivi compreso anche il c.d. diritto di visita⁽⁴¹⁾.

Il diritto alla genitorialità va in ogni caso guardato anche in relazione a quello degli altri figli, dovendosi contemperare le esigenze e dare protezione agli interessi di quei soggetti che abbiano la titolarità del rapporto verso il medesimo o i medesimi genitori. In questo senso, il rapporto di parentela, che si instaura per la discendenza da uno stesso stipite, costituisce un limite al diritto alla genitorialità del singolo e realizza nei rapporti interpersonali quel bilanciamento delle situazioni giuridiche fondamentali relative alla qualità delle persone⁽⁴²⁾.

figura materna con date caratteristiche non può esistere verso il bambino senza una specifica figura paterna e, allo stesso modo, la relazione tra madre e bambino, non solo risulta influenzata dalla figura del padre, ma è da questa fortemente arricchita; ciò è espressione di quello che viene definito «*Gestalt* relazionale complessa», cui partecipano padre, madre e bambino: cfr., in particolare, SALONIA, *Dal noi all'io-tu. Contributo per una teoria evolutiva del contatto*, in *Quaderni Gestalt*, 8-9/1989, 45 ss.; ID., *Tempo e relazione. L'intenzionalità relazionale come orizzonte ermeneutica della Gestalt Terapia*, 14/1992, 7 ss.; STERN, *One way to build a clinically relevant baby*, in *Infant mental health journal*, 1/1994, 9-25; FIVAZ DEPEURSINGE, CORBOZ WARNERY, *Il triangolo primario. Le prime relazioni triadiche tra padre, madre e bambino*, ed. italiana con prefazione di Stern e introduzione di Zavattini, (Raffaello Cortina Editore) Milano, 2000; SPAGNOLO LOBB (a cura di), *Psicoterapia della Gestalt*, 2^a ed., (Franco Angeli) Milano, rist. 2010.

⁽⁴¹⁾ V. il più volte richiamato reg. n. 2201/2003, che, all'art. 2, n. 10, lo definisce come «il diritto di condurre il minore in un luogo diverso dalla sua residenza per un limitato periodo di tempo».

⁽⁴²⁾ In argomento risulta essenziale l'approfondimento compiuto dalla dottrina più autorevole sul diverso atteggiarsi delle situazioni giuridiche soggettive, ove si sottolinea che, rispetto allo schema del diritto soggettivo patrimoniale (es. diritto di proprietà), la protezione della qualità della persona segue uno schema affatto

B) L'interesse del figlio a stabilire relazioni interpersonali giuridicamente rilevanti con consanguinei non si esaurisce con la piena attuazione del diritto alla genitorialità, ma trova il suo naturale completamento nel diritto alla parentela, anch'esso fondamentale.

Quest'ultimo è stato oggetto di particolari attenzioni da parte del legislatore dell'ultima riforma, che ha sancito legalmente, in particolare attraverso le modifiche agli artt. 74 e 258 c.c., la rilevanza del rapporto a prescindere dall'esistenza o meno di una famiglia legittima. Il compilatore attuale, infatti, ha recepito integralmente le osservazioni compiute in dottrina⁽⁴³⁾ in merito alla parentela, così definitivamente superando l'orientamento teso a distinguere la parentela stessa dalla consanguineità, di modo che la prima fosse legata soltanto alla costituzione dello *status* di figlio matrimoniale⁽⁴⁴⁾.

Oltre alle modifiche agli artt. 74 e 258 c.c., con cui si è opportunamente precisato l'ambito della parentela e gli effetti del riconoscimento, si è eliminato ogni riferimento alla natura matrimoniale della filiazione contenuto nei precedenti artt. 565 ss. c.c., riconoscendo così espressamente il reciproco diritto del figlio e dei parenti del genitore, che ha effettuato il riconoscimento o che è stato dichiarato come tale, a partecipare *ab intestato* alle rispettive successioni.

Si tratta di orientamento che privilegia la persona rispetto alla famiglia e che si giustifica nei limiti in cui la tutela di quest'ultima non è strumento di tutela della prima. Di conseguenza, si è interpretato restrittivamente il limite dei diritti dei membri della famiglia legittima, posto dall'art. 30 Cost., in relazione alla parificazione dei figli non matrimoniali, tanto più che, come correttamente sottolineato⁽⁴⁵⁾, la tutela costituzionale della famiglia legittima ha un senso soltanto se riferita all'unità affettiva tra i membri che la compongono.

differente; ciò è dovuto al fatto che la legge non protegge solo le qualità di determinate persone, ma protegge tutte le qualità di tutti i soggetti giuridici; la tutela, pertanto, è condizionata ad una valutazione comparativa concernente la prevalenza, in una fattispecie data, di un determinato interesse, rispetto agli interessi di altri soggetti; detta valutazione, che si concreta nella soluzione di un conflitto di interessi, è immanente nella tematica della protezione della qualità della persona: E. RUSSO, *Il concetto di diritto soggettivo*, in Alb. DONATI, GARILLI, MAZZARESE, SASSI (a cura di), *op. cit.*, 1, 656 ss.

Per tutti, PALAZZO, *La filiazione*, cit., 578 ss.

⁽⁴⁴⁾ Orientamento di recente ribadito da Corte cost., 23 novembre 2000, n. 532, in *Giust. civ.*, 2001, I, 591, con nota di C.M. BIANCA, *I parenti naturali non sono parenti? La Corte costituzionale ha risposto: la discriminazione continua*; in *Fam. e dir.*, 2001, 361, con nota di FERRANDO, *Principio di eguaglianza, parentela naturale e successione*; in *Corr. giur.*, 2001, 1034, con nota di GUERINONI, *La Corte costituzionale ancora sulla successione legittima dei parenti naturali*; in *Famiglia*, 2001, 498, con nota di DELLA CASA, *La vocazione a succedere dei parenti naturali tra garanzie costituzionali e normativa codicistica*.

⁽⁴⁵⁾ PALAZZO, *La filiazione*, cit., 584.

Le considerazioni che precedono valgono anche nell'adozione legittimante, poiché, in base agli artt. 6 ss. l. adozione, il minore acquista lo stato di figlio matrimoniale degli adottanti, e la rilevanza dello *status* si estende, oltre che ai parenti in linea retta dei genitori adottivi, anche a quelli in linea collaterale. Tuttavia, come accennato, rimangono esclusi dalla nuove tutele coloro che accedono all'adozione di minori in casi particolari, prevista dagli artt. 44 ss., l. adozione, e a quella di persone maggiori di età *ex artt.* 291 ss. c.c. Ma, anche alla luce dell'ultima riforma che ha operato un'estensione *ex lege* dei vincoli di parentela alla filiazione non matrimoniale, il richiamo all'art. 300 c.c. compiuto dall'art. 55, l. adozione appare quanto mai anacronistico, e il legislatore ha perso un'altra occasione per attuare effettivamente quella parificazione dei figli tanto solennemente enunciata nel nuovo art. 315 c.c. In relazione all'adozione di maggiorenni, poi, la dottrina ha ampiamente dimostrato l'inopportunità di escludere l'adottato dai rapporti con i parenti dell'adottante ed evidenziato i profili di incostituzionalità che una tale scelta comporta⁽⁴⁶⁾.

C) Il mutamento di maggiore rilievo che si è perpetrato in questi ultimi decenni riguarda il pieno riconoscimento del diritto del minore alla cura e all'ascolto, di cui ha fatto corretto uso il recente provvedimento del Tribunale di Perugia, che si commenta.

Si tratta di una rivoluzione culturale, prima ancora che giuridica, con riferimento alla posizione della prole: questa, da sempre considerata nella storia del diritto civile come «oggetto» del potere paterno, diviene la figura centrale del nuovo diritto di famiglia, che per tale ragione è stato qualificato dalla migliore dottrina come «diritto paidocentrico»⁽⁴⁷⁾.

Anche nel diritto delle persone e della famiglia le attenzioni maggiori da parte del sistema si sono sempre indirizzate verso situazioni giuridiche a carattere patrimoniale: attraverso la previsione dell'incapacità di agire e della potestà (prima patria, poi genitoriale), e del relativo potere di rappresentanza, ci si preoccupava essenzialmente di tutelare il patrimonio del minore e di assicurare la sua crescita nel contesto dell'unità familiare. Soltanto negli ultimi tempi si è assistito ad una maggiore attenzione per tutte quelle attività legate all'infanzia, prima considerate marginali, attività al cui indirizzo il minore deve partecipare attivamente dovendosi tenere conto della sua opinione in relazione alla capacità di discernimento e al grado di maturità raggiunto.

Una forte spinta in questo senso è stata fornita dal diritto dell'Unione Europea. È il caso dell'istruzione e della formazione, considerate cruciali nel processo di integrazione, un tempo esclusivamente deputate alla preparazione al lavoro e alla vita sociale e totalmente estranee al diritto civile, e oggi contemplate in Europa nelle fonti comunitarie, con particolare riferimento

⁽⁴⁶⁾ V., ampiamente, PALAZZO, *La riforma dello status di filiazione*, cit., 258 ss.

⁽⁴⁷⁾ PALAZZO, *La filiazione*, cit., spec. 547 ss. Sull'evoluzione della posizione del figlio nella cultura europea, *ivi*, 509 ss.

a quelle riconducibili alla *Strategia di Lisbona*, al *Processo di Bologna* e al *Processo di Copenaghen*. Nel diritto attuale si abbandona l'idea che l'educazione e l'istruzione debbano concernere essenzialmente una fase della vita individuale o un aspetto limitato della collettività, per affermare l'esistenza di vere e proprie situazioni giuridiche soggettive patrimonialmente neutre, immediatamente tutelabili sul piano individuale, ma rilevanti anche per la comunità: istruzione e formazione, unitamente alla ricerca, sono i principali strumenti su cui si fonda la «Società della conoscenza»⁽⁴⁸⁾.

Ciò posto, il diritto del minore ad essere ascoltato nelle situazioni della vita che lo riguardano e che incidono sulla sua esistenza possiede un contenuto complesso. Esso non comprende soltanto il diritto all'ascolto propriamente inteso, ma anche quello alla manifestazione di volontà consapevole, con effetti preclusivi sulla costituzione dello stato di filiazione: ciò, riguardo al riconoscimento, si traduce nella necessità di acquisire il necessario consenso del figlio ultra quattordicenne, la cui mancanza ha, appunto, effetti impeditivi (art. 250, 2° comma, c.c.).

Il diritto all'ascolto propriamente inteso si esplica: *a*) nella libertà di pensiero; *b*) nel dialogo; *c*) e, soprattutto, nell'ascolto da parte dei genitori e delle autorità e nella conseguente partecipazione alle decisioni⁽⁴⁹⁾.

Anche se le Costituzioni del secolo scorso non contemplano disposizioni specifiche riguardanti il minore, la dottrina europea ha sottolineato che l'esercizio dei diritti e delle libertà fondamentali, anche in applicazione del fondamentale principio di eguaglianza sostanziale tra i soggetti di diritto, deve essere ricondotto nell'alveo della capacità di intendere e di volere, cioè a dire – con espressione più moderna e meno orientata a logiche di diritto patrimoniale – di discernimento, ritenendosi irrilevante la capacità di agire e quindi la maggiore età dell'interessato⁽⁵⁰⁾. Ma è con il citato art.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. CIPPITANI, *Il diritto privato della società dell'informazione e della conoscenza*, in PALAZZO, SASSI (a cura di), *Diritto privato del mercato*, Roma-Perugia, 2007, 165 ss.

⁽⁴⁹⁾ Il minore è portatore di un proprio interesse anche nell'ambito del procedimento giurisdizionale, con la conseguenza che la sua audizione non è atto istruttorio, come può essere l'escussione di un teste: di recente, A. Catania, 12 dicembre 2013, in www.leggidigitaliprofessionale.it.

⁽⁵⁰⁾ Osserva A. PIZZORUSSO, *Delle persone fisiche*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, 149 s., come l'esercizio dei diritti assoluti e quindi, di regola, l'esercizio dei diritti fondamentali della persona, non comporti alcun problema di capacità di agire; ciò consente al minore e all'infermo di mente di avvalersi delle libertà civili e politiche per il cui esercizio non siano stabiliti limiti specifici; il limite all'esercizio di tali diritti deve essere individuato soltanto nella regola generale della capacità naturale. Nel medesimo senso, v. almeno BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953, 36; ABBAMONTE, *op. cit.*, 94 ss.; STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, 1975, 307 ss.; PANUNZIO, *Capacità. II) Diritto pubblico*, in *Enc. giur.*, V, Roma, 1988, 3; di recente il tema è affrontato da LA FORGIA, *Il consenso del minore «maturo» agli atti medico-chirurgici: una difficile scelta d'equilibrio tra l'auto e l'eterodeterminazione*,

24 C.d.f.U.E. che i diritti dei fanciulli trovano solenne enunciazione: al 1° comma si prevede in loro favore il diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere, nonché la possibilità di esprimere liberamente la loro opinione che viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità.

Per quanto concerne le legislazioni degli Stati membri dell'Unione Europea, molte di esse prevedono in capo al minore un diritto all'ascolto e la rilevanza delle sue opinioni in ambito familiare o dinanzi alle pubbliche autorità: così, ad esempio, i *Children Acts* del 1989 e del 1991 e il *Family Act* del 1996 nel diritto inglese o la novella al *Code civil* introdotta con l. 2002-305 in Francia, l'art. 154 *Código civil* spagnolo, l'art. 1878 del codice portoghese e l'art. 301 di quello svizzero, ma soprattutto il § 1626, 2° comma, BGB, secondo cui i genitori devono tenere conto della crescita del figlio e della sua aspirazione all'indipendenza, in merito al quale dottrina e giurisprudenza hanno affermato l'esistenza di un dovere in capo ai genitori di «educazione collegiale»; ma oltre alle *modalità*, si ritiene che la norma contempli anche una *finalità*, in quanto i genitori sono tenuti a promuovere nel processo educativo l'autonomia e la responsabilità del figlio: è quello che viene qualificato come diritto al dialogo (*besprechen mit dem Kind*)⁽⁵¹⁾.

Nell'attuale legislazione italiana, il diritto all'ascolto è previsto in via generale per quei minori che abbiano compiuto i dodici anni di età e anche di età inferiore se capaci di discernimento (cfr. artt. 315 *bis*, 336, 336 *bis* e 337 *octies c.c.*). Ciò significa che si è inteso fissare il limite della capacità di discernimento al dodicesimo anno di età, salvo l'accertamento del giudice nella specifica situazione.

ANDREA SASSI

in *Fam. e dir.*, 2004, 413 s. Il principio, del resto, è alla base della formulazione degli artt. 12 e 13 della citata l. n. 194/1978, che mostrano la rilevanza della volontà della donna minorene o interdetta in una materia così delicata e importante, in cui l'intervento del giudice è volto, attraverso un procedimento sostanzialmente equitativo, ad appurare l'esistenza in capo all'incapace di agire della consapevolezza e ponderazione della scelta compiuta.

⁽⁵¹⁾ Per la dottrina, DIEDERICHSEN, *sub* § 1626-1626a, in AA.VV., *Palandt – Bürgerliches Gesetzbuch*, 65ª ed., München, 2005, spec. nt. a margine 23; PESCHEL-GUTZEIT, *sub* § 1626, in AA.VV., *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 13ª ed., t. IV, *Familienrecht §§ 1626-1631; Anhang zu § 1631: RKEG; §§ 1631a-1633*, Berlin, 2002, nt. a margine 113 ss.; P. HUBER, *sub* § 1626, in AA.VV., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 4ª ed., t. VIII, *Familienrecht II. §§ 1589-1921. SGB VIII*, München, 2002, ntt. a margine 63 e 65; in giurisprudenza, OLG Karlsruhe, in *NJW* 1989, 1298; in *Fam.RZ*, 1989, 1322; in *DAVorm*, 1989, 700; OLG Köln, in *Fam.RZ*, 2001, 1087; un quadro approfondito è offerto da PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 553 s.

(2) Capacità di discernimento e legittimazione processuale del minore.

1. L'ordinanza del Tribunale di Perugia in commento sottolinea come la volontà del minore (nella fattispecie, di tredici anni), del quale sia appurata la capacità di discernimento, espressa in sede di ascolto dello stesso da parte dell'autorità giudiziaria, si riveli determinante per la modifica delle condizioni del suo affidamento e del suo collocamento presso uno dei genitori separati. Essa si situa nel solco di un più generale e consolidato indirizzo giurisprudenziale della Suprema Corte⁽¹⁾, secondo cui l'ascolto del minore – capace di discernere – nei procedimenti giudiziari che lo riguardano è un dato imprescindibile, tanto che la violazione dell'obbligo di audizione del minore nel giudizio di primo grado comporta la nullità della sentenza, deducibile in appello *ex art. 161 c.p.c.*⁽²⁾.

Il principio giurisprudenziale trae origine sia dalle Convenzioni internazionali che delineano lo statuto del minore, sia dalla normativa civilistica interna, viepiù a seguito delle modifiche in tema di filiazione introdotte dalla legge 219 del 2012 e dal relativo decreto attuativo (d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154).

La fonte sovranazionale più rilevante, in proposito, è costituita dall'art. 12 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva in Italia con la legge 27 maggio 1991, n.

⁽¹⁾ Cfr. Cass., 18 marzo 2006, n. 6081 e Cass., 16 aprile 2007, n. 9094, secondo cui l'audizione dei minori nelle procedure giudiziarie che li riguardano e in ordine al loro affidamento ai genitori è divenuta obbligatoria con l'art. 6 della Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti del fanciullo del 1996, ratificata con la l. n. 77 del 2003; Cass., n. 16753 del 2007; Cass., 26 aprile 2007, n. 9094, e Cass., 11 agosto 2011, n. 17201, secondo cui l'operatività, in linea generale, del principio dell'ascolto del minore comporta l'insussistenza della necessità di motivare specificamente le ragioni della disposta audizione del minore; per converso, si ritiene che il giudice, nelle ipotesi in cui ravvisi di escludere l'ascolto, vale a dire solo quando esso sia manifestamente in contrasto con gli interessi superiori del fanciullo stesso, sia tenuto a fornire adeguata giustificazione. Nello stesso senso, da ultimo, v. Cass., 10 settembre 2014, n. 19007.

⁽²⁾ Cass., sez. un., 21 ottobre 2009, n. 22238, in *Fam. dir.*, 2010, 364, con nota di GRAZIOSI, *Ebbene sì, il minore ha diritto di essere ascoltato nel processo*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 307, con nota di LONG, *Ascolto dei figli contesi e individuazione della giurisdizione nel caso di trasferimento all'estero dei figli da parte del genitore affidatario*; in *Fam. pers. succ.*, 2010, 254, con nota di FANTETTI, *La facoltà dell'ascolto del minore e la Convenzione europea di Strasburgo*; in *Riv. dir. proc.*, 2010, 1415, con nota di DANOVÌ, *L'audizione del minore nei processi di separazione e divorzio tra obbligatorietà e prudente apprezzamento giudiziale*; Cass., 27 gennaio 2012, n. 1251, in *Fam. e dir.*, 2012, 888 ss., con nota critica di ASTIGGIANO, *Ascolto del minore (infra)dodicenne nel procedimento di adozione in appello*; Cass., 10 giugno 2012, n. 12739, in *Fam. dir.*, 2012, 39, con nota di F. TOMMASEO, *Per una giustizia «a misura del minore»: la Cassazione ancora sull'ascolto del minore*; Cass., 8 marzo 2013, n. 5847, in *CED Cassazione*, 2013.

176⁽³⁾. Secondo il suddetto art. 12, infatti, «gli Stati parti garantiscono al fanciullo capace di discernimento il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa, le opinioni del fanciullo essendo debitamente prese in considerazione, tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità. A tal fine, si darà in particolare al fanciullo la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria e amministrativa che lo concerne, sia direttamente, sia tramite un rappresentante o un organo appropriato». La «possibilità di essere ascoltato» deve essere riconosciuta al minore «in maniera compatibile con le regole di procedura della legislazione nazionale».

Il principio del diritto all'ascolto del minore capace di discernere è presente anche in altre fonti internazionali, tra cui vanno ricordate: A) la Convenzione dell'Aja del 28 maggio 1970, relativa al rimpatrio dei minori (ratificata con la l. 30 giugno 1975, n. 396), al cui art. 5 è previsto che «nessuna decisione su di una richiesta di rimpatrio dovrà essere presa prima che il minore sia stato sentito personalmente, se le sue facoltà di giudizio lo consentono, da un'autorità competente dello Stato richiesto»; B) la Convenzione di Lussemburgo del 20 maggio 1980, sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e di ristabilimento dell'affidamento (art. 16, lettera a), e la Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980, sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori (art. 13, 2° comma) entrambe ratificate con l. 15 gennaio 1994, n. 64 (di cui v. l'art. 7, 3° comma); C) la Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti dei minori del 25 gennaio 1996⁽⁴⁾, ratificata con la l. 20 marzo 2003, n. 77, che garantisce al minore capace di discernimento il diritto di ricevere ogni informazione pertinente e di essere consultato ed esprimere la sua opinione, da prendere «in adeguata considerazione, su ogni questione che lo riguarda, anche nelle procedure giudiziarie o amministrative», nonché il diritto ad «essere informato delle eventuali conseguenze che tale opinione comporterebbe nella pratica e delle eventuali conseguenze di qualunque decisione» (art. 3); D) il Regolamento CE 2201/2003 del Consiglio del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, secondo cui le decisioni relative alla responsabilità genitoriale non sono riconosciute «se, salvo i casi di urgenza, la decisione è stata resa senza che il minore abbia avuto la possibilità di essere ascoltato, in violazione dei principi fondamentali di procedura dello Stato membro richiesto» (art. 23, lett. b); E) la Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997, sui diritti dell'uomo

⁽³⁾ Sulla Convenzione di New York, v. SAULLE (a cura di), *La Convenzione dei diritti del minore e l'ordinamento italiano*, Napoli, 1994; SCARPATI, *I diritti dei bambini*, Modena, 2012, 59 ss., 105 ss.

⁽⁴⁾ Cfr. CONTRI (a cura di), *Minori in giudizio. La Convenzione di Strasburgo*, Milano, 2012.

e sulla biomedicina, ratificata con la legge 28 marzo 2001, n. 145, secondo cui va preso in considerazione il parere del minore, per ogni intervento biomedico sul suo corpo, «come un fattore sempre più determinante, in funzione della sua età e del suo grado di maturità» (art. 6); F) la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo (che, ai sensi dell'art. 6, 1° comma, del Trattato sull'Unione europea ha lo stesso valore giuridico dei Trattati), secondo cui i minori hanno il diritto di «esprimere liberamente la propria opinione», che va «presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità» (art. 24, 1° comma)⁽⁵⁾. Infine, bisogna ricordare la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, con sede a Strasburgo, che, ai sensi dell'art. 34 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) del 4 novembre 1950, assicura la tutela giurisdizionale dei diritti umani non solo tra gli Stati, ma anche ad ogni persona fisica, ogni organizzazione non governativa o gruppo di privati che pretenda di essere vittima da parte degli Stati di una violazione di un diritto riconosciuto dalla Convenzione. La CEDU non si occupa espressamente dei minori, fatta eccezione per l'art. 2 del Protocollo addizionale alla Convenzione del 1952, che disciplina il diritto all'istruzione, considerando comunque i genitori e non i bambini soggetti titolari del diritto. Tuttavia, soprattutto negli ultimi anni, le sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo si sono occupate indirettamente della tutela e dell'ascolto dei minori attraverso l'applicazione degli artt. 6 ed 8 della CEDU, riguardanti, rispettivamente, il diritto ad un equo processo⁽⁶⁾ ed il diritto al rispetto della vita privata e familiare⁽⁷⁾.

⁽⁵⁾ Nelle Spiegazioni alla Carta viene poi precisato che «Questo articolo si basa sulla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, firmata il 20 novembre 1989 e ratificata da tutti gli Stati membri, e in particolare, sugli articoli 3, 9, 12 e 13 di detta Convenzione». Come si vede, l'impianto costituzionale europeo è allineato perfettamente all'attuale statuto internazionale dei diritti dei minori, mettendo in evidenza tanto il diritto all'ascolto quanto il diritto alla bigenitorialità del minore; ciò è testimoniato anche dagli atti di diritto derivato come il reg. CE n. 2201/2003, che mira a garantire «il pieno rispetto dei diritti fondamentali del bambino quali riconosciuti dall'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea» (considerando 33).

In argomento, v. PORCHIA, *Gli strumenti sovranazionali in materia di ascolto del minore*, in *Dir. umani e dir. internaz.*, 2012, 79 ss.

⁽⁶⁾ Il 17 novembre 2010 il Consiglio d'Europa ha emanato le *Linee guida sulla giustizia a misura di minore (child friendly)*, 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. Sull'argomento, v. RUO, *Giusto processo civile minorile e spazio giuridico europeo: indicazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo e Linee guida del Consiglio d'Europa per una giustizia child friendly*, in *Dir. fam.*, 2013, 297 ss.

⁽⁷⁾ Cfr. CATANZARITI, *I diritti su misura: la Corte Europea di Strasburgo e i*

In particolare, in alcuni casi concernenti la violazione dell'art. 8 CEDU, la Corte si è impegnata ad accertare, in sede di verifica della correttezza del bilanciamento tra interessi confliggenti, se i giudizi nazionali, nel tutelare il minore e la sua opinione, avessero considerato adeguatamente l'interesse del genitore leso dall'adozione dei provvedimenti limitativi contestati⁽⁸⁾. In tal modo, sono stati tutelati i diritti relazionali di natura familiare riconosciuti e garantiti dall'art. 8 CEDU⁽⁹⁾. Inoltre, è stato sancito il diritto del minore di partecipare effettivamente al processo in cui è coinvolto, tenuto conto della sua particolare fragilità, applicando l'art. 6 CEDU⁽¹⁰⁾.

Sul piano dell'ordinamento interno, sulla falsariga delle Convenzioni internazionali, l'art. 315 *bis*, 3° comma, c.c., dispone che «Il figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici, e anche di età inferiore ove capace di discernimento, ha diritto ad essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano». Questa norma va letta in unità con l'art. 336 *bis* c.c., che ha cura di specificare le modalità dell'ascolto da parte del giudice⁽¹¹⁾, avvertendo, peraltro, al 1° comma, che «se l'ascolto è in contrasto con l'interesse del minore, o manifestamente superfluo, il giudice non procede all'adempimento dandone atto con provvedimento motivato»⁽¹²⁾. L'ascolto del minore è previsto anche dall'art. 337 *octies* c.c. in ordine ai provvedimenti

minori, in *Sociologia del diritto*, 2012, 97 ss.; RUO, «*The best interest of the child*» nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, in *Minorigiustizia*, n. 3/2011, 39 ss.

⁽⁸⁾ Cfr., *ex plurimis*, Corte EDU, *E. c. Germania*, sentenza 13 luglio 2000, §§ 50-52; Corte EDU, *B. c. Italia*, sentenza del 16 settembre 1999.

⁽⁹⁾ Cfr. Corte EDU, *W. c. Regno Unito*, sentenza dell'8 luglio 1987, Series A, n. 121 (1987). Il caso è il seguente: S., figlio del ricorrente, era stato posto in affido a lungo termine finalizzato all'adozione dall'assistenza sociale britannica, la quale riteneva l'ambiente familiare inadeguato ad una crescita sana del minore. Sia durante l'affido che dopo l'adozione fu impedito al ricorrente e alla moglie di avere contatti con il minore. Il padre quindi decise di ricorrere alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sulla base della considerazione che la decisione di porre in adozione il bambino era inappellabile e che, pertanto, violava l'art. 8 CEDU in ordine al mancato rispetto della vita familiare da interferenze illecite. La Corte stabilì, in proposito che «Where a child has been taken away from his parents and placed with alternative carers, he may in the course of time establish with them new bonds which it might not be in his interests to disturb or interrupt by reversing a previous decision to restrict or terminate parental access to him».

⁽¹⁰⁾ V., *ex plurimis*, Corte EDU, *T. c. Regno Unito*, sentenza del 16 dicembre 1999, § 80 ss.; Corte EDU, *T. c. Regno Unito*, sentenza del 15 giugno 2004, § 28.

⁽¹¹⁾ Sulle concrete modalità di ascolto, v. Cass., 15 maggio 2013, n. 11687, in *Giur. it.*, 2014, 294, con nota di AIROLA TAVAN, *L'ascolto del minore nei procedimenti di separazione dei coniugi: da dovere del giudice a diritto del figlio*; Cass., 5 marzo 2014, n. 5097, in *Foro it.*, 2014, I, 1067.

⁽¹²⁾ Cfr. M. CAVALLO (a cura di), *Le mille facce dell'ascolto*, Roma, 2012, *passim.*; BALLARANI, *Contenuto e limiti del diritto all'ascolto nel nuovo art. 336 bis c.c.: il legislatore riconosce il diritto del minore a non essere ascoltato*, in *Dir. fam.*, 2014, 841 ss.

giudiziali riguardanti i figli *ex art. 337 ter c.c.*, in caso di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio e nei procedimenti relativi ai figli nati fuori del matrimonio. Altre norme che prevedono l'ascolto del minore sono l'art. 250, 4° comma, c.c., in tema di procedimento per valutare l'opportunità del riconoscimento del figlio da parte di un solo genitore, qualora l'altro genitore che ha rifiutato il consenso proponga opposizione al ricorso giudiziale; l'art. 316, 3° comma, c.c., in tema di esercizio della potestà genitoriale; l'art. 348, 3° comma, c.c., in tema di scelta del tutore; l'art. 371, n. 1 c.c., in tema di provvedimenti circa l'educazione del minore sottoposto a tutela; gli artt. 4, 10, 15, 22, 25 e 45 della legge 4 maggio 1983, n. 184, in tema di ascolto del minore adottando⁽¹³⁾.

2. A differenza di quanto sancito dalle Convenzioni internazionali, il principio generale accolto nell'ordinamento italiano non subordina in ogni caso il riconoscimento del diritto del minore ad essere ascoltato alla *effettiva* rilevazione della sua capacità di discernimento, prescindendo dalla sua età anagrafica. Il preventivo accertamento della capacità di discernimento, infatti, è espressamente richiesto soltanto per l'ascolto del minore che non abbia ancora compiuto i dodici anni di età; ne deriva che già il minore di anni dodici è assistito da una *presunzione legale* di attitudine al discernimento. Si tratta di una presunzione *iuris tantum*, che è posta dal legislatore in ossequio al criterio pragmatico dell'*id quod plerumque accidit*, atteso che il minore dodicenne è, di regola, un soggetto dotato della suddetta attitudine.

Il diritto all'ascolto è un diritto fondamentale del minore che «tutela l'interesse essenziale del minore a che le decisioni importanti per la sua vita e la sua crescita siano prese tenendo conto della sua volontà e dei suoi sentimenti»⁽¹⁴⁾; ma esso è anche la situazione soggettiva attiva attraverso cui acquista espressa rilevanza giuridica la capacità di discernimento del minore, la quale è un presupposto di efficacia delle norme che attribuiscono questo diritto⁽¹⁵⁾.

⁽¹³⁾ In argomento, v. DI MARZIO, *L'audizione del minore nei procedimenti civili*, in *Dir. fam.*, 2011, 366 ss.; PARENTE, *L'ascolto del minore: i principi, le assologie e le fonti*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, 459 ss.

⁽¹⁴⁾ Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, 5ª ed., Milano, 2014, 339.

⁽¹⁵⁾ 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., 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». Cfr. PALAZZO, *La filiazione*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, 2ª ed., Milano, 2013, 553.

Secondo l'insegnamento di Giuseppe Capograssi, il minore capace di discernimento acquista una sua specifica «autorità» nell'ambito della famiglia, per mezzo del potere di ascolto, in funzione della realizzazione della sua personalità. Sul punto, v., *amplius*, PALAZZO, *L'autorità familiare nell'anniversario capograssiano*, in *Dir. fam.*, 1987, 315 ss.

La capacità di discernimento, tuttavia, è un concetto che travalica i confini – per certi versi angusti – dell’ascolto del minore, nella misura in cui se ne evidenzino le analogie con l’altro concetto di capacità di intendere e di volere e se ne indaghi il rapporto con il principio generale stabilito dall’art. 2 c.c., secondo cui la capacità di agire si acquista al compimento del diciottesimo anno di età.

Sotto questo profilo, l’affermazione secondo cui il minore, seppur capace di discernere, è incapace di agire può rivelarsi un ossimoro qualora si abbia riguardo alla concreta realtà dei traffici giuridici.

Infatti, è noto che il minore, soprattutto in età puberale, è un soggetto in grado di concludere contratti, sovente via Internet, che soddisfino i suoi bisogni di «consumatore»⁽¹⁶⁾. Gli studi più recenti di sociologia del diritto mostrano chiaramente come le grandi *corporation* internazionali orientino con aggressività e in modo incisivo le loro politiche commerciali verso una specifica clientela costituita da minori, accrescendo la necessità di proteggere il loro armonico sviluppo psico-fisico⁽¹⁷⁾.

Il codice del consumo (d.lgs. n. 206/2005), al riguardo, considera esplicitamente il minore quale soggetto da tutelare (ad esempio, all’art. 31, in materia di televendita, e all’art. 103, 1° comma, n. 4, in materia di sicurezza dei prodotti), mentre l’art. 7 del d.lgs. n. 145/2007 considera ingannevole la pubblicità che, in quanto suscettibile di raggiungere bambini ed adolescenti, abusa della loro «naturale credulità o mancanza di esperienza», oppure che può, anche indirettamente, minacciare la loro sicurezza.

Tuttavia, il problema della «naturale credulità» dei minori, piuttosto che essere considerato di ordine generale, come se di regola i minori fossero dei creduloni, sembra debba essere ormai affrontato caso per caso, specie ove si abbia riguardo alla maturità psicologica del minore ultradodicesenne capace di discernere e di manifestare la propria volontà al giudice su delicate questioni personali che lo riguardano⁽¹⁸⁾.

Che dire, ad esempio, circa la maturità del minore quattordicesenne capace, in base all’art. 250, 2° comma, c.c., di manifestare il proprio *assenso* al riconoscimento da parte dei genitori? L’assenso del quattordicesenne, in quanto manifestazione di volontà che integra quella dei genitori, è, infatti, condizione per l’accertamento dello status di figlio derivante da un atto di autoresponsabilità dei genitori (riconoscimento), e, quindi, per l’esercizio

⁽¹⁶⁾ In argomento, v. DI SABATO, *Il contratto del minore tra incapacità di contrarre e capacità di consumare*, in *Riv. dir. impr.*, 2011, 75 ss.

⁽¹⁷⁾ V. soprattutto BAKAN, *Childhood under siege. How big business targets children*, Simon & Schuster, New York, 2011 (trad. it. *Assalto all’infanzia*, con prefazione di C. Saraceno, Feltrinelli, Milano, 2012).

⁽¹⁸⁾ Cfr. FREZZA, *Affidamento della prole e capacità autodeterminativa del minore*, in *Annali Lumsa*, 2001, a cura di G. Giacobbe, Torino, 2002, 229 ss.; BALLARANI, *La capacità autodeterminativa del c.d. «grande minore»*, in PALAZZANI (a cura di), *L’interesse del minore tra bioetica e biodiritto*, Edizioni Studium, Roma, 2010, 177 ss.

della responsabilità genitoriale ai sensi dell'art. 316 c.c., nonché per l'assunzione da parte del genitore dei doveri di mantenimento, educazione, istruzione e assistenza morale ex art. 147 c.c.⁽¹⁹⁾.

La fattispecie a formazione progressiva costituita dall'atto di riconoscimento dei genitori e dal successivo assenso del minore produce gli effetti che la legge vi ricollega solo quando lo svolgimento di essa è completo.

Un altro esempio rilevante di come il legislatore consideri la scelta esistenziale del minore un segno incontrovertibile della sua capacità di discernimento, è dato dall'art. 7, 2° comma, l. 184/1983, secondo cui «Il minore, il quale ha compiuto gli anni quattordici, non può essere adottato se non presta personalmente il proprio consenso, che deve essere manifestato anche quando il minore compia l'età predetta nel corso del procedimento. Il consenso dato può comunque essere revocato sino alla pronuncia definitiva dell'adozione». Il *consenso* del quattordicenne, così come la sua *revoca*, sono atti negoziali di natura personale necessari per il completamento del procedimento di adozione oppure decisivi per la sua interruzione. A differenza dell'assenso, la volontà espressa dal minore acquista un'autonomia ancora più marcata⁽²⁰⁾.

Tuttavia, resta la contraddizione insita nelle differenti soglie di età previste dalle diverse norme: se il principio generale sancito all'art. 315 *bis*, 3° comma, c.c. è che il minore dodicenne o infradodicenne, se capace di discernere, ha il diritto di essere *ascoltato* in *tutte le questioni o le procedure che lo riguardano*, perché mai dovrebbe giustificarsi un'eccezione in caso di *assenso* al riconoscimento o di *consenso* all'adozione, per i quali, invece, è necessario aver compiuto il quattordicesimo anno?

La spiegazione più immediata potrebbe consistere nella considerazione della diversità dell'ascolto, che implica la semplice audizione da parte del giudice, dall'assenso che, come si è visto, entra a far parte di una fattispecie negoziale complessa, oppure dal consenso, che implica un rilievo del tutto autonomo della volontà del minore.

La verità è, però, che le diverse soglie di età si rivelano del tutto arbitrarie se non lette quali *presunzioni legali relative* di capacità di discernimento del minore, la quale, invece, dovrebbe, a rigore, essere sempre accertata nel caso concreto.

In quest'ottica, l'unica differenza tra le ipotesi in esame è di natura descrittiva, derivando dalla semplice constatazione che l'età necessaria per l'operatività della presunzione è di dodici anni per il diritto all'ascolto e, invece, di quattordici anni per l'assenso al riconoscimento o per il consenso all'adozione. Ma proprio la relatività delle presunzioni legali basate sull'età mostra i limiti dell'utilità pratica di esse.

⁽¹⁹⁾ Sugli effetti del riconoscimento, cfr. PALAZZO, *La filiazione*, cit., 598.

⁽²⁰⁾ V. le puntuali osservazioni di PARADISO, *Le prescrizioni del giudice civile tra coazione e consenso*, in *Famiglia*, 2001, 555 ss., il quale distingue le figure dell'ascolto, del parere, dell'assenso e del consenso.

A conferma di ciò, basti qui ricordare come il codice civile prevede anche altre fattispecie in cui il processo di maturità del minore che abbia raggiunto i quattordici anni di età, lo legittima, ad esempio: *a)* alla formulazione di un'istanza giudiziale di nomina di un curatore speciale che proponga l'azione di disconoscimento della paternità *ex art. 244, 6° comma, c.c.*; *b)* a formulare istanza giudiziale per l'autorizzazione ad impugnare il riconoscimento (mediante un curatore speciale appositamente nominato dal giudice) *ex art. 264 c.c.*; *c)* ad esprimere il suo necessario *consenso* affinché il genitore che esercita la potestà o il tutore possano promuovere o proseguire l'azione per la dichiarazione giudiziale della paternità o della maternità naturale *ex art. 273, 2° comma, c.c.*

3. In tutti questi casi, *quid iuris* se il minore si mostra incapace di discernere?

Il filtro del giudice, il quale può sempre, ove lo ritenga opportuno, disporre l'audizione del minore, al fine di valutare il suo interesse preminente, consente di ritenere che si tratti di ipotesi di presunzioni legali relative di capacità di discernimento, onde l'istanza non sarebbe accoglibile e l'assenso o il diniego del consenso dovrebbero considerarsi inefficaci tutte le volte in cui il minore non fosse in grado di valutare in modo autonomo i propri interessi.

L'assenza in capo al minore di una capacità di discernimento *adeguata* all'atto da compiere priva in concreto la sua manifestazione di volontà, positiva o negativa, dell'efficacia negoziale che la legge vi ricollega in astratto⁽²¹⁾.

Queste diverse soglie di età rivelano la difficoltà del legislatore di affidarsi con certezza a indici presuntivi della capacità di discernimento, la quale può in ogni caso essere esclusa in capo al minore dalla prova contraria raggiunta dal giudice in sede di ascolto (obbligatorio) oppure di audizione (facoltativa) del minore e, pertanto, di verifica concreta della sua volontà.

La difficoltà del legislatore, che si districa goffamente tra i lacci e i lacciuoli delle soglie anagrafiche, senza però riuscire ad imbrigliare la capacità di discernimento del minore, è avvertita dalla giurisprudenza di merito, che ha escluso la rappresentanza dei genitori relativamente alle scelte mediche (intervento specialistico che permetta una valutazione diagnostica ed una cura in ambiente ospedaliero idoneo) riguardanti il minore che

⁽²¹⁾ Cfr. PARADISO, *Le prescrizioni del giudice civile tra coazione e consenso*, cit., 561-562, il quale, dopo avere rilevato come assenso e consenso (che le norme non mostrano di distinguere sul piano concettuale, mentre teoricamente dovrebbero riferirsi a significati del tutto diversi), in quanto negozi autorizzativi, «prospettano analoghi profili di concorso della volontà privata alla realizzazione dell'effetto o del provvedimento in questione», osserva che il rifiuto di essi «può essere superato, nei casi in cui è previsto, solo in ragione di una specifica, diversa valutazione dell'interesse nel caso concreto prevalente».

abbia «*un'età prossima al raggiungimento della piena capacità di agire*». E ciò perché «questo condurrebbe a privarlo di diritti personalissimi per la sola considerazione del dato formale rappresentato dall'incapacità legale, giungendo al paradosso che il soggetto legalmente incapace, ma naturalisticamente capace, non possa decidere della propria salute, mentre il soggetto legalmente capace, ma naturalisticamente *minus*, per il tramite dell'istituto dell'amministrazione di sostegno, potrebbe esercitare una maggiore autodeterminazione»⁽²²⁾.

In un altro caso recente, il Tribunale di Roma ha, invece, affermato che la richiesta di autorizzazione all'intervento di riattribuzione chirurgica del sesso riguardante un minore (nel silenzio della l. n. 164/1982, regolante l'attribuzione e le rettificazioni di sesso) «ha natura di atto complesso, espressione di due volontà concorrenti, quella del minore e quella del genitore», aggiungendo che «rispetto al minore dovrà essere considerata *l'età e il grado di maturità intellettuale*, oltre che l'esigenza di tutela della sua personalità»⁽²³⁾.

Si tratta di due soluzioni giudiziali accomunate dal chiaro intento di tutelare l'autonomia del minore in relazione a scelte esistenziali che coinvolgono da vicino la sua integrità psico-fisica; ma, mentre la prima pecca per eccesso, presumendo che il minore diciassettenne sia «naturalisticamente capace», la seconda, all'opposto, pecca per difetto, non riuscendo a liberare il minore capace di discernere dalla strettoia dogmatica dell'atto complesso. I giudici di merito rimangono ancorati ad una tecnica argomentativa che stenta a riconoscere come dalla relatività soggettiva della capacità di discernimento derivi, in relazione all'atto a contenuto personale da compiere, un'autonomia del minore che mal tollera il giogo della rappresentanza legale dei genitori, prevista dall'art. 320 c.c. soprattutto per gli atti a contenuto patrimoniale⁽²⁴⁾.

L'idea di una rappresentanza genitoriale in materia di atti a contenuto personale del minore, capace di discernere *in concreto*, tutte le volte in cui

⁽²²⁾ Trib. min. Milano, 15 febbraio 2010, in *Fam. dir.*, 2011, 401, con nota di RUSCELLO, *Minore età e capacità di discernimento: quando i concetti assurgono a «supernorme»*.

⁽²³⁾ Trib. Roma, 11 marzo 2011, in *Fam. dir.*, 2012, 499, con nota di RUO, *Persone minori di età e cambiamento di identità sessuale*.

⁽²⁴⁾ Cfr. BUSNELLI, *Capacità ed incapacità di agire del minore*, in *Dir. fam.*, 1982, 64: «Tuttavia, finché il minore sia incapace di intendere e di volere, i genitori possono – anzi debbono – ricorrere a interventi protettivi, diretti a conservare i diritti fondamentali del minore (come, in primo luogo, il diritto alla salute) e a preservarne le future libertà. Tali interventi non sono direttamente riconducibili all'esercizio della potestà: i genitori, cioè, non intervengono qui come rappresentanti legali del minore, sostituendosi a lui nell'esercizio di un diritto o di una libertà; ma agiscono in ottemperanza del dovere-diritto che viene loro attribuito direttamente dall'art. 30 Cost., e si uniformano alle modalità di esercizio specificate dall'art. 147 c.c. Conseguentemente, agli atti posti in essere dai genitori per realizzare tali interventi si applicherà, per esempio, l'art. 316, ma non l'art. 320 c.c.».

sia disgiunta da esigenze educative strettamente connesse alla promozione della personalità del minore stesso, rimane soltanto la scomoda eredità di una vecchia e superata concezione paternalistica o protettiva del rapporto di filiazione⁽²⁵⁾.

Tuttavia, prescindendo dai risultati raggiunti nel laboratorio giurisprudenziale, lo stesso sistema legale, che, come si è visto, appare improntato a presunzioni relative di capacità di discernimento del minore basate sull'età, mostra – inconsapevolmente – delle crepe, quando, ad esempio, l'art. 321 c.c., *senza far riferimento ad alcuna soglia di età*, prevede che il minore possa fare richiesta di nomina di un curatore speciale, in tutti i casi in cui i genitori congiuntamente o quello di essi che esercita in via esclusiva la potestà non possano o non vogliano compiere uno o più atti di interesse del figlio eccedenti l'ordinaria amministrazione.

La richiesta di nomina del curatore speciale è espressione della capacità di discernimento del minore ed il suo accoglimento conduce alla rilevanza indiretta della volontà negoziale del minore con riferimento ad atti di disposizione patrimoniale, tramite la mediazione del giudice e l'attività del curatore.

⁽²⁵⁾ Questa concezione affonda le sue radici nel pensiero utilitarista di John Stuart Mill (1806-1873), il quale, nel suo famoso saggio *On Liberty*, pubblicato per la prima volta nel 1859, si domandava: «If protection against themselves is confessedly due to children and persons under age, is not society equally bound to afford it to persons of mature years who are equally incapable of self-government?» (MILL, *On Liberty*, edited by J. Gray and G.W. Smith, Routledge, London-New York, 1991, 95). Nel vigore del codice civile del 1942, ma anteriormente alla riforma del diritto di famiglia del 1975, il più autorevole esponente di questa corrente di pensiero fu CICU, *La filiazione*, in *Tratt. Vassalli*, 2^a ed. (rist.), Torino, 1958, 308-309: «La condizione di incapacità in cui si trova il figlio dà luogo al problema tecnico-giuridico della costruzione del rapporto di patria-potestà. Se si potesse considerare il figlio come oggetto, anziché soggetto di diritto, il rapporto potrebbe configurarsi come identico od analogo a quello che si ha nel diritto di proprietà. Ma se anche è possibile, per certi riguardi, considerare il figlio come entità fisica, alla stregua di una cosa, non è come tale che esso viene in considerazione nel rapporto di patria potestà. Il dovere del genitore non è, né solo, né principalmente, quello di curare la vita animale del figlio, è invece quello di allevare un'entità spirituale, un soggetto di diritti. Di qui il problema: se al dovere del genitore corrisponde un diritto del figlio, come è possibile un rapporto giuridico se il figlio è incapace e nell'esercizio del suo diritto è, appunto in grazia della patria potestà, rappresentato dallo stesso genitore?».

Una soluzione di compromesso è stata ricercata dalla dottrina più attenta al mutato contesto giuridico-sociale: BOCCHINI, *L'interesse del minore nei rapporti patrimoniali*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, 290, il quale, pur sostenendo che, secondo il dettato dell'art. 320, 1° comma, c.c., la rappresentanza legale dei genitori inerte a «*tutti gli atti civili*» dei figli minori, «quindi sia di natura personale che con contenuto patrimoniale», afferma: «Quanto agli *atti di natura personale*, si è visto però che l'acquisita tutela della personalità del minore ed il formarsi di un conseguente catalogo di diritti in capo allo stesso tendono a restringere l'area di intervento sostitutivo dei genitori in ragione del grado di discernimento del minore (...)

Infatti, da un lato il curatore speciale non potrebbe rifiutarsi di compiere gli atti a cui si sono opposti i genitori e per i quali il minore ne ha chiesto la nomina; dall'altro, il giudice, nell'accogliere l'istanza di nomina del curatore stesso, ha già valutato positivamente la rispondenza degli atti da compiere all'interesse del minore.

Ad ogni modo, la necessaria correlazione tra atti a contenuto personale e atti a contenuto patrimoniale invita l'interprete soprattutto a domandarsi se la rappresentanza legale dei genitori abbia ancora un senso in ordine a specifici atti dispositivi del patrimonio del minore capace di discernere, oppure se questi debba considerarsi capace di agire, nel caso concreto, tenuto conto delle esigenze educative derivanti dalla responsabilità genitoriale.

4. La capacità di discernimento può essere definita quale *attitudine del soggetto alla formulazione di un giudizio valutativo in ordine alle proprie situazioni esistenziali*.

Il minore, pertanto, può essere in grado di esprimere opinioni (in sede di ascolto) oppure di effettuare delle scelte (tramite, ad esempio, atti di assenso o di consenso), che incidono, in varia misura, sullo svolgimento del processo formativo della sua personalità.⁽²⁶⁾ Questo grado di maturità psichica è accertabile dal giudice attraverso un'indagine rimessa alla sua discrezionalità⁽²⁷⁾ ed è la naturale conseguenza del diverso atteggiarsi – nei singoli casi concreti – della personalità *in fieri* del minore.

La storia del diritto, d'altro canto, insegna che l'attenzione alla diversa maturità del minore nel corso del suo sviluppo psico-fisico non è nuova: già il diritto romano conosceva la distinzione, nell'ambito della categoria degli impuberi, tra bambini totalmente privi di intelletto e quindi incapaci di formulare un discorso ragionevole (*infantes qui nullum intellectum habent e qui fari non possunt*), e impuberi *infantia maiores*, ai quali invece si riconosceva un minimo di giudizio e di maturità intellettuale, che li rendeva capaci di formulare un discorso sensato (*qui loqui o fari possunt e qui iam aliquem intellectum habent*)⁽²⁸⁾. D'altra parte, nella Roma dell'inizio del II

⁽²⁶⁾ Sull'importanza dal punto di vista psicologico e sociologico dell'attuazione dei diritti relazionali del minore, v. soprattutto P. DONATI, FOLGHERAITER, RAINERI (a cura di), *La tutela dei minori. Nuovi scenari relazionali*, Trento, 2011.

⁽²⁷⁾ Cfr. PALAZZO, *La filiazione*, cit., 612. V. anche PARADISO, *Le prescrizioni del giudice civile tra coazione e consenso*, cit., 558, il quale avverte che «ascoltare, se non vuole ridursi a mero adempimento formale, non equivale semplicemente a sentire; implica piuttosto una vera partecipazione o empatia col minore che sappia discernere, dietro le sue dichiarazioni e le sue stesse difese psicologiche, i bisogni realmente avvertiti».

⁽²⁸⁾ GAI, *Inst.*, 3, 107-109. In argomento, cfr. FAYER, *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*, I, L'Erma di Bretschneider, Roma, 1994, 395 ss., 587 ss.; ALBANESE, *Note sulla storia della capacità di agire*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Francesca Laura Morvillo*, a cura di AMBROSINI, CORRADO, LOJACONO e ZIINO, Milano, 2001, 2 ss.; MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 1994, 263-264.

secolo d.C., Decimo Giunio Giovenale affermava nelle sue *Satirae* (XIV, 47) che «*maxima debetur puero reverentia*», mettendo in luce come l'ascolto del minore fosse una pratica sociale fortemente auspicabile in un'epoca in cui anche l'istituto della *familia* mostrava i primi segni di un processo degenerativo che in seguito avrebbe coinvolto tutte le istituzioni politiche dello Stato⁽²⁹⁾.

Poiché, dunque, la capacità di discernimento è espressione della graduale evoluzione della persona⁽³⁰⁾, essa non può che essere suscettibile di diverse gradazioni a seconda dell'età, e, soprattutto, del personale percorso affettivo e intellettuale, nonché della situazione esistenziale che forma oggetto del giudizio valutativo.

Gli studi di psicologia dell'età evolutiva e di pedagogia mostrano che dal terzo al settimo anno di vita il bambino utilizza una logica egocentrica, formulando giudizi assoluti, quasi del tutto insensibili al punto di vista degli altri (c.d. periodo del travaglio edipico); dopo i 7-8 anni e fino agli 11-12 anni, ovverosia nella fase pre-puberale, il bambino prende poco a poco coscienza della definizione dei concetti che impiega, senza spingere le sue riflessioni al di là del suo immediato presente, ma mostrando reazioni adeguate e comprensibili alle decisioni degli adulti⁽³¹⁾; dopo i 12 anni comincia il vero e proprio pensiero formale del minore, vale a dire il ragionamento ipotetico-deduttivo che trae conclusioni valide indipendentemente dall'osservazione sperimentale o dalla verità di fatto, e l'adolescente inizia a giudicare gli adulti su un piano di eguaglianza e di reciprocità⁽³²⁾. Con molta probabilità sono queste le ragioni per cui il legislatore italiano ha introdotto una presunzione relativa di capacità di discernimento da parte dei minori che abbiano già compiuto i dodici anni⁽³³⁾, mentre, all'opposto, ritiene necessario

⁽²⁹⁾ Cfr. GIOVENALE, *Satire*, a cura di B. Santorelli, Mondadori, Milano, 2011.

⁽³⁰⁾ Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., Napoli, 2006, II, 949.

⁽³¹⁾ Cfr. ACONE, *Un'immagine della scoperta della soggettività pedagogica dell'infanzia moderna*, in *Minorigiustizia*, n. 3/2012, 31 ss.

⁽³²⁾ In argomento, v. MONTESSORI, *La mente del bambino*, Garzanti, Milano, 1952 (rist. 2012), 85 ss., spec. 192-193; VENTURINI, *La capacità di discernimento del minore*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Francesca Laura Morvillo*, cit., 479-483; LUTTE, *Psicologia degli adolescenti e dei giovani*, Bologna, 1987, 87 ss., 137 ss.

⁽³³⁾ Illuminanti, in proposito, le riflessioni seicentesche del giovane Gottfried Wilhelm von Leibniz (1646-1716) sull'autonomia del minore ultradodicescimo: G.[OTTFREDO] G.[UILLIELMO] L.[EIBNUNZIO] L.[IPSIENSI], *Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae ex artis didacticae principii in parte generali praemissis, experientiaeque luce*, Francofurti, 1667, 291: «A duodecimo ad decimum octavum liberalius tractetur, praeceptoribus non subsit, sed amicis». In argomento, v. ACETI, *Sulla «Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae» di Goffredo Guglielmo Leibniz*, in *Jus*, 1957, 1-41. In Francia, il re Luigi XIV con la Dichiarazione del 1° febbraio 1669 anticipò a 14 anni per i maschi e a 12 per le femmine l'età in cui i minori potevano compiere la scelta di diventare cattolici contro la volontà dei loro genitori, mentre nel 1681 egli anticipò tale possibilità a 7 anni per entrambi i sessi,

un apposito accertamento preventivo di detta capacità nei minori di età inferiore, ai fini dell'acquisto del diritto ad essere ascoltati dal giudice (art. 315 *bis*, 3° comma, c.c.).

Orbene, se l'ascolto del minore (capace di discernimento) è volto alla tutela delle sue situazioni esistenziali, ciò significa che egli è in grado di compiere atti di esercizio di quei diritti fondamentali⁽³⁴⁾. Anzi, sotto questo profilo, si è evidenziata l'insufficienza della dicotomia capacità giuridica / capacità di agire, atteso che «se taluni diritti, più di altri, sono concepiti ai fini dello sviluppo della persona umana (arg. ex artt. 2 e 3 Cost.), non ha alcun valore riconoscere astrattamente uno di essi senza concedere anche la possibilità di esercitarlo immediatamente»⁽³⁵⁾.

Ecco perché al minore dev'essere riconosciuta capacità processuale in tutte le questioni che lo riguardano; il diritto ad essere ascoltato dal magistrato, pertanto, si traduce nella necessaria partecipazione del minore, capace di discernere, al processo⁽³⁶⁾, fatta salva la diversa volontà del minore stesso⁽³⁷⁾ o diversa valutazione dell'interesse del minore da parte del giudice (art. 336 *bis*, 1° comma, c.c.)⁽³⁸⁾. Ma v'è di più: la Suprema Corte ha anche

età in cui i bambini «sono capaci di ragione e di scelta in una materia così importante come quella della loro salvezza»: *Declaration du Roy portant que les enfants de la Religion prétendue Réformée pourront se convertir à l'âge de sept ans*, Versailles 17 giugno 1681, in *Recueil des Édits, Déclarations et Arrêts du Conseil rendus au sujet des gens de la Religion prétendue Réformée*, Paris, Joseph Saugrain, 1714.

⁽³⁴⁾ Cfr. P. PERLINGIERI, *op. e loc. ult. cit.*

⁽³⁵⁾ In questi termini, STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, 1975, 250; nello stesso senso, v. RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Rapporti personali*, in *Comm. Schlesinger*, 2ª ed., Milano, 2006, 48, secondo il quale «Deve, però, essere indubbio che, specialmente con riferimento alle situazioni di natura personale, riconoscere la titolarità di una libertà senza ammetterne l'esercizio significa disconoscere l'esistenza di quella stessa libertà».

⁽³⁶⁾ La capacità di essere parte nel processo (art. 75 c.p.c.) non va confusa con la capacità di stare in giudizio, vale a dire di promuovere il processo o di difendersi in esso, di compiere validamente atti processuali, che non compete al minore: cfr., per tutti, LUGO, *Manuale di diritto processuale civile*, 17ª ed., a cura di C. De Angelis, Milano, 2009, 107.

⁽³⁷⁾ Cass., 5 marzo 2014, n. 5237, in *Foro it.*, 2014, I, 1067: «In tema di sottrazione internazionale di minori, può costituire autonoma fattispecie ostativa all'accoglimento della domanda di rientro la volontà contraria manifestata al riguardo dal minore, il quale (alla stregua di quanto accertato dal giudice di merito, che ha proceduto al suo ascolto) abbia un'età ed una maturità tale da giustificare il rispetto della sua posizione».

⁽³⁸⁾ Cfr. App. Milano, 21 febbraio 2011, in *Corr. merito*, 2012, 32: «L'ascolto del minore infradodicenne, nelle controversie tra i genitori che lo concernono, va disposto allorchè il minore presenti capacità di discernimento, e sempre che corrisponda all'interesse del minore stesso: pertanto, allorchè questi abbia in precedenza manifestato stragiudizialmente il desiderio di non essere coinvolto nella vicenda che pur lo riguarda, il giudice può decidere prescindendo da tale incumbente» (nella specie, i genitori separati controvertavano se impartire o meno un'educazione religiosa ad un bambino di circa dieci anni di età, il quale però aveva chiaramente manifestato

sottolineato la necessità che il giudice tenga conto degli esiti dell'ascolto del minore, motivando adeguatamente, in proporzione al grado di discernimento del minore stesso, l'eventuale difformità della propria decisione dalle opinioni da quest'ultimo manifestate⁽³⁹⁾.

In proposito, la Corte costituzionale, con sentenza del 16 gennaio 2002, n. 1, ha statuito che, a seguito della prescrizione dell'art. 12 della Convenzione di New York del 1989, il minore va considerato come parte del procedimento nei giudizi concernenti la potestà dei genitori, con la necessità del contraddittorio nei suoi confronti, se del caso previa nomina di un curatore speciale⁽⁴⁰⁾.

la propria intenzione di non essere coinvolto nella controversia: la Corte d'Appello allora, anche al fine di evitargli un inutile turbamento, ha ritenuto non utile l'ascolto, decidendo nel merito, ai sensi dell'art. 709 *ter* c.p.c., disponendo che il bambino proseguisse il catechismo, pur se iniziato contro la volontà del padre). Nello stesso senso, v. Cass., 25 febbraio 2014, n. 4413; Cass., 31 marzo 2014, n. 7479, in *Foro it.*, 2014, I, 1471: «In tema di sottrazione internazionale di minori, il giudice, ove accerti che l'ascolto, pur normalmente doveroso, possa essere contrario all'interesse del minore, e anche solo potenzialmente dannoso, può omettere tale incombente, dandone congrua motivazione, anche in considerazione del carattere urgente del procedimento» (nella specie, il giudice di merito aveva fondato il mancato ascolto del minore, comunque sentito dai servizi sociali, sull'elevata conflittualità esistente tra i genitori, motivazione ritenuta congrua dalla Suprema Corte).

⁽³⁹⁾ Cass., 17 maggio 2012, n. 7773; Cass., 15 maggio 2013, n. 11687. In argomento, v. DANOVÌ, *Principi e garanzie costituzionali del giusto processo minorile*, in *Dir. fam.*, 2012, 1217 ss.; F. TOMMASEO, *Il processo civile familiare e minorile italiano nel contesto dei principi europei*, *ivi*, 1265 ss.

⁽⁴⁰⁾ Corte cost., 16 gennaio 2002, n. 1, in *Foro it.*, 2002, I, c. 3302 ss., con nota critica di PROTO PISANI. In argomento v., di recente, Trib. Varese, 12 febbraio 2013 (ord.), che ribadisce la necessità di rendere partecipe il minore delle scelte da assumere nel suo interesse. La vicenda riguardava una minore che, in sede di separazione tra i genitori, era stata collocata in una comunità protetta, poiché era emerso, dalla relazione dei Servizi sociali, la non idoneità dell'ambiente familiare domestico materno. La madre, agendo per la modifica del provvedimento, chiedeva il collocamento della figlia presso di sé e la nuova famiglia, dal momento che la donna era in procinto di dare alla luce un'altra bambina avuta col nuovo compagno. Lo spostamento, per la minore, avrebbe comportato il trasferimento in un altro comune di residenza con conseguente cambiamento della scuola frequentata ad anno scolastico in corso. I Servizi sociali avevano espresso parere favorevole all'immediato trasferimento della minore, vicina al compimento dei dodici anni, presso il nucleo familiare della madre, anche se ciò avrebbe comportato il distacco dal contesto d'inserimento attuale. Il Tribunale di Varese afferma che le decisioni in materia di conflitti genitoriali non possono e non devono essere delegate al Servizio sociale poiché tale ruolo è riservato dalla legge al giudice, anche in relazione ai delicati interessi coinvolti come quelli della famiglia e dei minori. Il giudice deve giungere a tali decisioni dopo che il minore sia stato reso partecipe delle scelte che si stanno assumendo nel suo interesse, dopo aver valutato giuridicamente la correttezza formale e processuale delle richieste dei genitori. Proprio per il ricorso a misure stereotipate e poco personalizzate adottate dai Tribunali e le troppo ampie e frequenti deleghe di gestione dei conflitti familiari ai Servizi sociali, l'Italia è stata di recente condannata dalla Cedu con le sentenze

D'altra parte, il principio della difesa tecnica del minore, è già evidente sia nei procedimenti *de potestate* ex art. 336, 4° comma, c.c. (decadenza o reintegrazione nella potestà genitoriale, condotta del genitore pregiudizievole ai figli, rimozione del genitore dall'amministrazione del patrimonio del minore oppure riammissione nell'esercizio dell'amministrazione), sia nel procedimento per la dichiarazione di adottabilità (art. 8, 4° comma, l. n. 184/1983, come sostituito dalla l. n. 149/2001)⁽⁴¹⁾.

Tuttavia, se ci si colloca su un piano più generale, la considerazione del minore quale *parte processuale*, se legata alla necessità del suo ascolto, sembra da escludere: infatti, richiamando l'art. 6 della Convenzione di Strasburgo⁽⁴²⁾, la Corte di cassazione ha affermato che «costituisce violazione del

del 23 gennaio 2013 e 2 novembre 2010. Pertanto, stante il possibile conflitto di interessi tra il minore ed i genitori, il Tribunale di Varese ha ritenuto opportuno nominare alla minore un curatore speciale che la rappresenti in giudizio, con il compito di provvedere a raccogliere la sua opinione circa la volontà della stessa di trasferirsi presso l'abitazione della madre, e, conseguentemente, iscriversi presso una nuova scuola.

⁽⁴¹⁾ Cfr. LANZARA, *L'avvocato del minore*, in *Dir. fam.*, 2010, 981 ss.; M. DOGLIOTTI, *La potestà dei genitori e l'autonomia del minore*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2007, 557 ss.

⁽⁴²⁾ L'art. 6 della Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti dei minori dispone che «Nei procedimenti che riguardano un minore, l'autorità giudiziaria, prima di giungere a qualunque decisione, deve: a) esaminare se dispone di informazioni sufficienti ad fine di prendere una decisione nell'interesse superiore del minore e, se necessario, ottenere informazioni supplementari, in particolare da parte dei detentori delle responsabilità genitoriali; b) quando il diritto interno ritiene che il minore abbia una capacità di discernimento sufficiente: assicurarsi che il minore abbia ricevuto tutte le informazioni pertinenti; nei casi che lo richiedono, consultare il minore personalmente, se necessario in privato, direttamente o tramite altre persone od organi, con una forma adeguata alla sua maturità, a meno che ciò non sia manifestamente contrario agli interessi superiori del minore, e permettere al minore di esprimere la propria opinione; c) tenere in debito conto l'opinione da lui espressa».

Ai sensi del successivo art. 9 della Convenzione di Strasburgo, «1. Nei procedimenti che riguardano un minore, quando in virtù del diritto interno i detentori delle responsabilità genitoriali si vedono privati della facoltà di rappresentare il minore a causa di un conflitto di interessi, l'autorità giudiziaria ha il potere di designare un rappresentante speciale che lo rappresenti in tali procedimenti. 2. Le Parti esaminano la possibilità di prevedere che, nei procedimenti che riguardano un minore, l'autorità giudiziaria abbia il potere di designare un rappresentante distinto, nei casi opportuni un avvocato, che rappresenti il minore». In applicazione di questo articolo, la Corte costituzionale, con sentenza n. 83 del 2011 (in *Fam. dir.*, 2011, 545, con nota di F. TOMMASEO, *La Corte Costituzionale sul minore come parte nei processi della giustizia minorile*) a proposito del giudizio di opposizione di un genitore al riconoscimento del figlio (minore di quattordici anni, che dev'essere ascoltato se abbia compiuto i dodici anni e anche se di età inferiore, ove capace di discernimento) da parte dell'altro genitore (art. 250, 4° comma, c.c.), ha statuito che «il minore, nella vicenda sostanziale e processuale che lo riguarda, costituisce un centro autonomo di imputazione giuridica, essendo implicati nel procedimento

principio del contraddittorio e dei principi del giusto processo il mancato ascolto dei minori oggetto di causa, in quanto il minore è portatore di interessi contrapposti e diversi da quelli del genitore, in sede di affidamento e diritto di visita e, per tale profilo, è qualificabile come *parte in senso sostanziale*»⁽⁴³⁾. Questa considerazione del minore come parte in senso sostanziale è ribadita in modo esplicito dalla più recente giurisprudenza di legittimità, secondo cui «posto che la partecipazione dei minori ai procedimenti relativi al loro affidamento e alle visite dei genitori è assicurata dal loro ascolto e dall'esercizio dei poteri officiosi riconosciuti al giudice, non vi è la necessità anche della designazione di un curatore speciale e di un difensore»⁽⁴⁴⁾.

5. Se la capacità di discernimento è il presupposto dell'esercizio delle situazioni di natura esistenziale, essa non può che esserlo anche in relazione all'esercizio di quelle di natura patrimoniale, soprattutto considerato che queste ultime si trovano in posizione servente o strumentale rispetto alle prime⁽⁴⁵⁾.

Pertanto, la capacità di agire è un concetto necessariamente *derivato* da quello di capacità di discernimento, del quale costituisce un naturale sviluppo. La capacità di agire, infatti, può definirsi *l'attitudine al compimento di atti di disposizione patrimoniale da parte di un soggetto capace di discernere*⁽⁴⁶⁾.

suoi rilevanti diritti e interessi, in primo luogo quello all'accertamento del rapporto genitoriale con tutte le implicazioni connesse. Ne deriva che al detto minore va riconosciuta la qualità di parte nel giudizio di opposizione di cui all'art. 250 c.c. E, se di regola la sua rappresentanza sostanziale e processuale è affidata al genitore che ha effettuato il riconoscimento (artt. 317 *bis* e 320 c.c.), qualora si prospettino situazioni di conflitto d'interessi, anche in via potenziale, spetta al giudice procedere alla nomina di un curatore speciale. Il che può avvenire su richiesta del pubblico ministero, o di qualunque parte che vi abbia interesse (art. 79 c.p.c.), ma anche di ufficio, avuto riguardo allo specifico potere attribuito in proposito all'autorità giudiziaria dall'art. 9, 1° comma, della citata Convenzione di Strasburgo».

⁽⁴³⁾ Cass., sez. un., 21 ottobre 2009, n. 22238, cit. Successivamente, nello stesso senso, v. Cass., 17 febbraio 2010, n. 3804; Cass., 26 marzo 2010, n. 7281; Cass., 14 luglio 2010, n. 16553; Cass., 13 aprile 2012, n. 5884, in *Fam. dir.*, 2012, 653 ss., con nota di V. CARBONE, *Opposizione al riconoscimento di figlio naturale: il minore infrasedicenne non solo deve essere sentito, ma è parte del processo*.

In argomento, v. SERGIO, *La giustizia minorile. Dalla tutela del minore alla tutela civile dei diritti relazionali*, in L. LENTI (a cura di), *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*, in *Tratt. Zatti*, VI, 2ª ed., Milano, 2012, 154 ss.; DANOVI, *Il difensore del minore tra principi generali e tecniche del giusto processo*, in *Dir. fam.*, 2010, 243 ss; PE, RUGGIU (a cura di), *Il giusto processo e la protezione del minore*, Milano, 2011.

⁽⁴⁴⁾ Cass., 31 marzo 2014, n. 7478, in *Foro it.*, 2014, I, 1471.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. STANZIONE, *Diritti fondamentali dei minori e potestà dei genitori*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, 455 s., nt. 21.

⁽⁴⁶⁾ La necessaria connessione tra capacità di discernimento e capacità di agire è ben presente nell'art. 13 del codice civile svizzero: «Toute personne majeure et capable de discernement a l'exercice des droits civils».

A conferma di ciò, è sufficiente ricordare che l'art. 428 c.c. prevede l'annullabilità degli atti a contenuto patrimoniale posti in essere dal soggetto che per qualsiasi causa, anche transitoria, fosse incapace di intendere e di volere al momento in cui li ha compiuti. Questa norma mostra chiaramente come la capacità di agire sia subordinata alla ricorrenza, in concreto, della capacità di intendere e di volere⁽⁴⁷⁾, la quale non è altro che l'aspetto rilevante, sul piano patrimoniale, della capacità di discernimento⁽⁴⁸⁾.

L'art. 428 c.c. dimostra che il soggetto maggiore di età, astrattamente capace di agire, può non esserlo in concreto: l'art. 2 c.c., dunque, pone soltanto una presunzione *iuris tantum* di capacità di agire in capo a chi abbia compiuto il diciottesimo anno di età. Si tratta di un'altra soglia di età stabilita dal legislatore, superabile dalla prova contraria raggiunta in sede di accertamento giudiziale della concreta capacità di discernimento.

La presunzione, infatti, è destinata a cadere, in tutto o in parte, tutte le volte in cui la incapacità di intendere e di volere sia accertata: *a)* con sentenza di interdizione; *b)* con sentenza di inabilitazione; *c)* con sentenza di annullamento dell'atto *ex art. 428 c.c.*; *d)* con decreto di nomina dell'amministratore di sostegno.

La capacità di agire, essendo una capacità derivata da quella di discernimento, è suscettibile, al pari di quest'ultima, di diverse *gradazioni*⁽⁴⁹⁾.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, 148: «Substrato di fatto della capacità di agire è la naturale attitudine della persona ad intendere ed a volere».

⁽⁴⁸⁾ *Contra*, almeno in apparenza, P. RESCIGNO, *Capacità di agire*, in *Nov.mo Dig. it.*, II, Torino, 1957, 864, e ID., *Capacità di agire*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., II, Torino, 1988, 214: «Quando il soggetto sia legalmente capace di agire è irrilevante l'incapacità naturale. Questa rende invalido l'atto soltanto come elemento di una fattispecie complessa. Deve concorrere col grave pregiudizio dell'autore negli atti unilaterali (art. 428, 1° comma), col pregiudizio dell'autore e la malafede dell'altro contraente nei contratti (art. 428 cpv.)». Le osservazioni dell'illustre Autore, pienamente condivisibili, si riferiscono in realtà alla irrilevanza della incapacità naturale *non dichiarata*. Ma tutte le volte in cui la incapacità naturale sia accertata dal giudice ai sensi dell'art. 428 c.c., la fattispecie complessa si è già realizzata, onde può dirsi a buon diritto che, *in questo caso*, la incapacità naturale *dichiarata* comporta necessariamente l'incapacità di agire, anche se quest'ultima non sia accertata giudizialmente, del soggetto maggiorenne. In altri termini, se il soggetto incapace di intendere e di volere fosse capace di agire, non avrebbe alcun senso (o sarebbe una contraddizione in termini) l'annullamento dell'atto da lui compiuto ad opera del giudice *ex art. 428 c.c.*

⁽⁴⁹⁾ L'etimologia del termine *capacità* (*capax*, che contiene, e *capere*, contenere) rivela una stretta connessione di esso con l'idea di continenza e, quindi, di misurabilità e di graduabilità del contenuto, come testimoniato dalla relativa voce dell'opera cinquecentesca del famoso giureconsulto francese Barnabé Brisson (1531-1591), consigliere di Stato e presidente del parlamento durante il regno di Enrico III di Valois: cfr. BARNABAE BRESSONII, *Capax*, in *De verborum quae ad ius pertinent significatione libri 19. Per ordinem litterarum dispositi, indicem memorabilium omnium verborum quae in libris iuris civilis repperiuntur, infinitorumque prope locorum explicationem continentes. His accesserunt appendix praetermissarum quarum*

La effettiva capacità di agire deve rapportarsi, infatti, alla condizione personale del soggetto. E così, il giudice può stabilire che l'interdetto possa compiere da solo taluni atti di ordinaria amministrazione, oppure che l'inabilitato possa compiere da solo taluni atti di straordinaria amministrazione (art. 427, 1° comma, c.c.); nel decreto di nomina dell'amministrazione di sostegno, il giudice indica gli atti che il beneficiario può compiere solo con l'assistenza dell'amministratore di sostegno (art. 405, 5° comma, n. 4, c.c.); il minore emancipato può compiere da solo gli atti di ordinaria amministrazione (art. 394, 1° comma, c.c.), mentre, se autorizzato all'esercizio di un'impresa commerciale, può compiere da solo gli atti di straordinaria amministrazione, anche se estranei all'esercizio dell'impresa (art. 397, 3° comma, c.c.).

Orbene, se esiste una presunzione legale relativa di capacità di agire dei maggiori di età, viceversa non è ipotizzabile una presunzione relativa né, tanto meno, assoluta, di incapacità di agire del minore.

Sotto questo profilo, dalla lettura dell'art. 2 c.c. alla luce dell'art. 3 Cost. si evidenzia l'esigenza di garantire, in ossequio al principio di eguaglianza, che l'esclusione della capacità di agire del minore sia, al pari di quanto può avvenire per il maggiore di età, funzionale alla migliore tutela della sua personalità⁽⁵⁰⁾.

Queste indicazioni, del resto, sono confermate da un'interpretazione sistematica dell'art. 2 c.c. Ed infatti, l'atto dispositivo posto in essere dal minore è efficace fin quando non sia annullato *ex art.* 1425 c.c.⁽⁵¹⁾, mentre la dimostrazione di un elevato grado di discernimento del minore, testimoniato dai raggiri mediante i quali egli ha occultato la sua minore età, impedisce in ogni caso l'annullamento del contratto che ha stipulato (art. 1426 c.c.). Sotto questo aspetto, anzi, può dirsi che la presunzione legale relativa di discernimento del minore che abbia compiuto i dodici anni dovrebbe implicare anche la presunzione che egli goda dell'attitudine al compimento di quegli atti a contenuto patrimoniale necessari – quanto meno – per garantire il pieno esercizio dei diritti di libertà e delle situazioni esistenziali di cui è titolare.

Tuttavia, la libera autodeterminazione del minore capace di discernimento nell'ambito dei diritti personali e di libertà incontra sempre il limite derivante non solo dalla necessità di tutelare gli altri suoi interessi fondamentali costituzionalmente garantiti, ma anche dalle esigenze educative connesse all'esercizio della responsabilità genitoriale. Lo spazio di autonomia

dam vocum. Parergōn liber singularis, Lugduni, 1559, p. 95. Nello stesso senso, v. anche le voci *Capax* e *Capacitas* di Giovanni Calvino (Jehan Cauvin, 1509-1564): JOHANNIS KAHL, *Magnum Lexicon juridicum*, I, Coloniae Allobrogum, 1759, 233.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, 141: «Il principio d'eguaglianza non si esaurisce nella capacità giuridica o nell'attitudine ad essere titolari di una situazione giuridica. Esso – che in tanto ha valore in quanto trova effettiva attuazione – si riferisce anche alla capacità d'agire; sì che la diseguaglianza di quest'ultima dev'essere pur sempre giustificata per una migliore realizzazione della personalità».

⁽⁵¹⁾ Cfr. BUSNELLI, *Capacità ed incapacità di agire del minore*, cit., 67.

del minore, quindi, è sempre frutto di un delicato bilanciamento di interessi di rango costituzionale, cui il giudice perviene soltanto in via sussidiaria ed eventuale. Infatti, la peculiare condizione giuridica del minore, quale persona fisica soggetta alla potestà genitoriale oppure a tutela, lungi dal costituire un ostacolo insormontabile alla sua capacità di diritto privato, invece il segno tangibile della speciale attenzione che l'ordinamento riserva alla cura dei suoi interessi preminenti per mezzo di coloro ai quali ne attribuisce la rappresentanza. Quest'ultima, infatti, si contraddistingue per essere strettamente connessa alla più ampia funzione educativa del minore che il rappresentante è chiamato a svolgere, specialmente nell'ambito della comunità familiare, allo scopo di promuovere la realizzazione della personalità del minore⁽⁵²⁾.

In questa prospettiva, l'eventuale impugnativa degli atti di disposizione patrimoniale compiuti dal minore, ad esempio ad opera del genitore dissenziente (v. art. 322 c.c.), è subordinata ad un procedimento giudiziale autorizzatorio nel corso del quale deve essere vagliata attentamente, in relazione alla concreta capacità di discernimento del minore, da un lato, e alle necessità educative coinvolte dalle dinamiche familiari, dall'altro, la reale conformità dell'atto all'interesse preminente del minore⁽⁵³⁾.

Il principio generale dell'ascolto del minore, infatti, è strumento di tutela tanto delle situazioni esistenziali quanto di quelle patrimoniali di cui egli è titolare. L'art. 315 *bis*, 3° comma, c.c., postula l'audizione del minore da parte del giudice in *tutte* le procedure e le questioni che lo riguardano; la norma, pertanto, è riferibile anche ai giudizi civili riguardanti situazioni patrimoniali del minore.

Del resto, proprio la possibilità del figlio, entro cinque anni dal raggiungimento della maggiore età, di impugnare il contratto *ex art.* 1442, 2° comma, c.c., dimostra la necessità dell'audizione del minore, atteso che il genitore si sostituisce ad un'attività che costui potrebbe compiere (o decidere di non compiere) in futuro⁽⁵⁴⁾.

⁽⁵²⁾ Cfr. PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi*, in *Comm. Schlesinger*, 2ª ed., Milano, 2012, 294 ss., 312 ss.

⁽⁵³⁾ Cfr. RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Rapporti patrimoniali*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2007, 202 ss., spec. p. 205, il quale osserva che, agendo i genitori nell'interesse del figlio minore e in virtù di un potere strettamente connesso all'esercizio della potestà, l'azione di annullamento da essi promossa è sottoposta al regime previsto dall'art. 320, 3° comma, c.c., in quanto atto di straordinaria amministrazione. Ne consegue che «la valutazione del giudice in sede di autorizzazione all'azione di annullamento potrebbe essere tale da rigettare la richiesta del genitore (o dei genitori) e, senza con ciò convalidare l'atto, sempre annullabile su istanza del figlio stesso una volta raggiunta la maggiore età, far sì che il negozio (in astratto annullabile) produca ugualmente i suoi effetti».

⁽⁵⁴⁾ In tal senso, v. GIARDINA, *La condizione giuridica del minore*, Napoli, 1984, 102: «Poiché, concedendo l'autorizzazione al genitore si sostituisce un'attività del figlio che sarebbe in futuro rimessa alla sua libera scelta, sembra opportuno limitare tale sostituzione a un'attività che trova concorde la volontà del soggetto direttamente interessato. Potrebbero, comunque, legittimare la concessione dell'autorizzazione in contrasto con le intenzioni del minore ragioni di particolare urgenza».

È opportuno, tuttavia, chiedersi se, con riferimento ai c.d. atti di disposizione patrimoniale della vita quotidiana, o atti «minuti», possa concepirsi una presunzione legale relativa di capacità di agire del minore⁽⁵⁵⁾, almeno di colui che abbia compiuto gli anni dodici, applicando analogicamente il capoverso dell'art. 409 c.c., secondo cui il beneficiario dell'amministrazione di sostegno può *in ogni caso* compiere «gli atti necessari a soddisfare le esigenze della propria vita quotidiana»⁽⁵⁶⁾. La risposta può essere affermativa, a condizione che la nozione di atto della vita quotidiana sia rapportata al contesto familiare ed educativo nel quale il minore vive.

Più in generale, nell'ambito di un processo di revisione codicistica, potrebbe accogliersi il principio sancito dell'art. 150, 1° comma, del progetto di codice europeo dei contratti elaborato dall'Accademia dei giusprivatisti europei sulla falsariga del § 107 BGB⁽⁵⁷⁾, secondo cui il contratto concluso da un minore non è annullabile quando dal contratto stesso derivino soltanto dei vantaggi per l'incapace⁽⁵⁸⁾; anche in questo caso, tuttavia, la determinazione del vantaggio per il minore è questione di fatto che può formare oggetto di valutazione del giudice e non mette a riparo l'altro contraente dall'esito incerto dell'impugnativa contrattuale.

Rimane il fatto che, sul piano sistematico, dal necessario collegamento tra la capacità di discernimento e la capacità di agire, deriva una sostanziale unitarietà del concetto di capacità di diritto privato, intesa quale idoneità al compimento di atti sia a contenuto personale che patrimoniale. La distinzione tra capacità di discernimento e capacità di agire è destinata pertanto a cadere innanzi alle concrete esigenze di tutela degli interessi della persona, che vanno sempre considerati unitariamente, nonostante le differenti caratteristiche di essi, fondate sulla diversità della loro natura.

FRANCESCO SCAGLIONE

⁽⁵⁵⁾ Cfr. Mich. GIORGIANNI, *In tema di capacità del minore di età*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, 109, secondo cui il fondamento giuridico per questa attività dei minori è da rinvenire nell'art. 2 Cost. E già F. FERRARA, *Diritto delle persone e di famiglia*, Napoli, 1941, 50, prospettava la tesi di un acquisto anticipato della capacità di agire da parte del minore nel caso di atti negoziali «marginali», cioè di modesto importo economico. *Contra*, anche con riferimento alla categoria degli atti di godimento, v. le osservazioni di FALZEA, *Capacità (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 25: «Per queste categorie di atti non è esatto affermare che ai minori è riconosciuta capacità di agire: sono atti, invero, che possono validamente essere compiuti pure da interdetti e sulla validità dei quali non influisce neppure la incapacità naturale».

⁽⁵⁶⁾ Cfr. CINQUE, *Il minore contraente. Contesti e limiti della capacità*, Padova, 2007, 121 ss.

⁽⁵⁷⁾ V. § 107 BGB (Einwilligung des gesetzlichen Vertreters): «Der Minderjährige bedarf zu einer Willenserklärung, durch die er nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters».

⁽⁵⁸⁾ Nel diritto tedesco è sufficiente che il minore abbia compiuto i sette anni, età alla quale egli acquista una limitata capacità di agire (v. §§ 104, 105 e 106 BGB), affinché il contratto per lui vantaggioso sia valido. Cfr. ALPA, *I contratti del minore. Appunti di diritto comparato*, in *Contratti*, 2004, 525.

TRIBUNALE DI PERUGIA – Sez. II – 2 ottobre 2013 – Pres. est. MONALDI
– S.L., S.A., S.G., S.L., P.G., M.L. c. B.G.

Testamento – Testamento olografo – Impugnazione – Apocriefa della sottoscrizione – Nullità – Conseguenze.

L'art. 606 c.c. individua delle ipotesi generali di nullità del testamento olografo, costituite dal difetto di autografia, ovvero della sottoscrizione del testatore essendo caratterizzato, detto testamento, proprio dalla data e dalla sottoscrizione autografa del testatore. Stante il particolare regime formale previsto per detta scrittura, oltre al requisito formale della sottoscrizione, è necessario che anche un requisito sostanziale, ovvero che la sottoscrizione sia autografa da parte del sottoscrittore, sia apposta per intero e sia dallo stesso datata. L'inosservanza o la mancanza di detti elementi comporta che il testamento è improduttivo di effetti, e l'azione di nullità del testamento olografo è proponibile da chiunque vi abbia interesse e non è soggetta ad alcun termine di prescrizione (1).

(Omissis). 1. La domanda proposta dagli attori in via principale – avente ad oggetto l'impugnativa del testamento apparentemente redatto da S.I. in data 26 settembre 2005 – è fondata e deve essere accolta.

Ed invero, l'interpretazione concorde dell'art. 606 c.c. è univoca nel ravvisare in tale disposizione l'individuazione delle ipotesi generali di nullità del testamento per mancanza dei requisiti essenziali di forma, costituiti – nel testamento olografo – dal difetto di autografia ovvero di sottoscrizione da parte del testatore: il testamento olografo è difatti quello scritto per intero, datato e sottoscritto per mano del testatore. Stante il particolare regime formale previsto per detta scrittura, essa prevede un requisito formale particolare, non bastando la sottoscrizione, ma essendo necessario che sia scritta dal suo autore per intero e da questi datata. L'olografia deve rispondere a due caratteristiche fondamentali, ossia la personalità (nel senso della sicura provenienza da parte del testatore) e l'abitualità (nel senso che la grafia deve essere quella normalmente usata dal testatore); la sottoscrizione, che è la firma apposta dal testatore alla fine delle sue dichiarazioni di ultima volontà, deve essere innanzitutto autografa.

Stante il rigore formale del testamento, la mancanza dei suddetti requisiti formali determina che lo stesso sia improduttivo di effetti, sicché la situazione giuridica non ne resta affatto modificata con la conseguenza che la quota andrà a vantaggio degli eredi legittimi.

L'azione di nullità – quale è quella proposta ex art. 606 c.c. – è imprescrittibile e proponibile da chiunque vi abbia interesse. A tal proposito, deve rilevarsi che pur rinvenendosi, in tesi, una situazione di

litisconsorzio necessario nei confronti di tutti gli eredi legittimi (cfr. Cass. n. 474 del 14/01/2010), deve rilevarsi che solo nel proprio scritto conclusionale parte convenuta deduceva la lesione del contraddittorio con riferimento a soggetti indicati con le sole generalità e senza altri dati anagrafici, quali figli «salvo errore» di sorelle premorte della *de cuius*. Conseguentemente, dandosi atto che l'esistenza di altri successibili *ex lege* non emerge dai documenti versati in atti e tenuto conto del tenore «meramente possibilistico» dell'allegazione, sollevata solo in sede di comparsa conclusionale senza allegare alcun documento a supporto, viene in rilievo l'orientamento giurisprudenziale espresso da Cass. n. 12504 del 29/05/2007 secondo cui «in tema di litisconsorzio necessario attinente a controversie in materia ereditaria, la parte impugnante che afferma la non integrità del contraddittorio per non essere stati convenuti in giudizio alcuni eredi, non può limitarsi ad assumere genericamente l'esistenza di litisconsorti pretermessi, ma ha l'onere di indicare le persone degli altri eredi, oltre quelli che, in tale qualità, abbiano ritualmente partecipato alle pregresse fasi del giudizio e di specificare le ragioni di fatto e di diritto poste a fondamento della necessità dell'integrazione».

2. Tanto premesso, deve rilevarsi che non è condivisibile la prospettazione svolta da parte convenuta in via principale con riferimento all'art. 214 c.p.c., giacché l'orientamento giurisprudenziale cui fa riferimento il convenuto si riferisce alla ipotesi – diversa da quella in esame – in cui il testamento olografo, inteso quale scrittura proveniente da un terzo rispetto alle parti, viene posto a fondamento di un preteso diritto, mentre nel caso che occupa è domandata la declaratoria di nullità del testamento per difetto di forma.

In merito, quindi, alla valutazione in ordine alla sussistenza dei richiesti requisiti formali, devono essere richiamate le argomentazioni e le conclusioni svolte dal consulente tecnico d'ufficio nella relazione depositata in data 2 maggio 2011. L'analisi della scrittura e della sottoscrizione con la quale era vergata la scheda testamentaria condotta dal consulente è, difatti, scevra da censure e da vizi logici ed appare condotta secondo le moderne e condivise acquisizioni della grafologia. Dalla relazione, alla quale si rinvia per la discussione degli aspetti strettamente tecnici, si evince, da un lato, l'eterografia della scritturazione delle ultime volontà rispetto alla firma e, inoltre, sotto altro aspetto, l'apocrifia della sottoscrizione. A tanto conducono le considerazioni svolte dal consulente dell'ufficio in merito all'assenza di indici di difficoltà grafomotoria, ravvisabili invece nella *de cuius* in ragione delle sue documentate condizioni clinico-fisiche; in ordine alla ravvisabilità di indici di omogenea disposizione delle masse grafiche e osservanza del tracciato nel testo ma non nella sottoscrizione, la quale invece non rispetta l'andamento del rigo; con riferimento al «cambio di passo» pre-

sente nella firma rispetto al testo – sul quale si concentra l’attenzione del consulente alle pagg. 19 e ss. dell’elaborato scritto – quale indice di contraffazione, in quanto espressiva della concentrazione della aspirazione imitativa sulla firma rispetto al testo scritto di getto; con riguardo, infine, alla ravvisabilità nella firma delle caratteristiche del falso per imitazione in ragione dell’assenza di fluidità dei collegamenti con un accostamento innaturale dei singoli grafemi. Rispetto alle conclusioni rassegnate dal consulente d’ufficio non sono state mosse significative e puntuali obiezioni e deduzioni da parte del convenuto, se non la mancata dovuta considerazione delle scritture comparative costituite da un diario della *de cuius*, scritture di cui non era certa la provenienza e che non consente comunque di superare quanto sopra evidenziato rispetto alla dissonanza tra sottoscrizione e testo che, già di per sé, in base alle considerazioni sopra espresse in merito al rigore formale testamentario, esclude la validità della scheda.

In difetto dei requisiti necessari dell’olografia e dell’autenticità della sottoscrizione, quindi, il testamento a firma apparente di S.I. in data 26 settembre 2005 non costituisce quindi valido titolo di delazione onde, in quanto nullo ed improduttivo di effetti, ne segue che la successione nella massa relitta dalla predetta S.I. viene ad essere regolata *ex lege*.

La domanda di declaratoria di nullità del testamento olografo deve essere accolta, con conseguente apertura della successione legittima in morte di S.I., da regolare secondo la previsione dell’art. 582 c.c. (*Omissis*).

(1) L’apocrifia del testamento tra nullità e inesistenza.

1. Viene accolta la domanda proposta dagli attori, avente ad oggetto l’impugnativa del testamento apparentemente redatto da Pompea in data 26 settembre 2005. A tal proposito il Tribunale ricorda come l’interpretazione concorde dell’art. 606 c.c. risulti univoca nel ravvisare in tale disposizione l’individuazione delle ipotesi generali di nullità del testamento per mancanza dei requisiti essenziali di forma, costituiti, nel testamento olografo, dal difetto di autografia ovvero di sottoscrizione da parte del testatore, la mancanza di suddetti requisiti formali determinando che il medesimo sia improduttivo di effetti. Il Tribunale rileva, inoltre, che solo nel proprio scritto conclusionale parte convenuta abbia dedotto la lesione del contraddittorio con riferimento a soggetti indicati con le sole generalità e senza altri dati anagrafici, quali figli «salvo errore» di sorelle premorte della *de cuius*. Conseguentemente, dato atto che l’esistenza di altri successibili *ex lege* non emergeva dai documenti versati in atti, viene ricordato l’orientamento giurisprudenziale di legittimità espresso da Cass. n. 12504 del 29 maggio 2007, secondo cui «in tema di litisconsorzio necessario attinente a controver-

sie in materia ereditaria, la parte impugnante che afferma la non integrità del contraddittorio per non essere stati convenuti in giudizio alcuni eredi, non può limitarsi ad assumere genericamente l'esistenza di litisconsorti pretermessi, ma ha l'onere di indicare le persone degli altri eredi, oltre quelli che, in tale qualità, abbiano ritualmente partecipato alle pregresse fasi del giudizio e di specificare le ragioni di fatto e di diritto poste a fondamento della necessità dell'integrazione». Il Tribunale rileva, quindi, come nel caso di specie sia domandata la declaratoria di nullità del testamento per difetto di forma, e non possa pertanto condividersi la prospettazione svolta dal convenuto in via principale con riferimento all'art. 214 c.p.c., dal momento che l'orientamento giurisprudenziale cui fa riferimento quest'ultimo si riferisce alla diversa ipotesi in cui il testamento olografo, inteso quale scrittura proveniente da un terzo rispetto alle parti, viene posto a fondamento di un preteso diritto. Dalla consulenza tecnica d'ufficio si evince, inoltre, l'eterografia della scritturazione delle ultime volontà rispetto alla firma, nonché l'apocriefa della sottoscrizione, e ciò sulla base di: a) indici di difficoltà grafomotoria in capo alla *de cuius* in ragione di sue documentate condizioni clinico-fisiche; b) indici di omogenea disposizione delle masse grafiche e osservanza del tracciato nel testo ma non nella sottoscrizione, che non rispetta l'andamento del rigo; c) «cambio di passo» presente nella firma rispetto al testo; d) ravvisabilità, nella firma, delle caratteristiche del falso per imitazione in ragione dell'assenza di fluidità dei collegamenti con un accostamento innaturale dei singoli grafemi. Rispetto alle conclusioni rassegnate dal c.t.u. non vengono mosse significative obiezioni e deduzioni da parte del convenuto, inidonee, quindi, a superare la cennata dissonanza tra sottoscrizione e testo che, già di per sé, esclude la validità del testamento.

Pertanto, in assenza dei requisiti necessari di olografia e autenticità della sottoscrizione, il testamento a firma apparente di Pompea in data 26 settembre 2005 non viene ritenuto valido titolo di delazione, e, in quanto dichiarato nullo ed improduttivo di effetti, il Tribunale stabilisce che la successione nella massa relitta da Pompea venga regolata *ex lege*. Viene in tal modo accolta la domanda di declaratoria di nullità del testamento olografo, con conseguente apertura della successione legittima in morte di Pompea, da regolare secondo quanto previsto *ex art.* 582 c.c. Il Tribunale, pertanto, in accoglimento della domanda proposta da parte attrice dichiara ed accerta la nullità del testamento olografo in data 26 settembre 2005 a firma apparente di Pompea e, per l'effetto, dichiara aperta la successione *ex lege* di quest'ultima come regolata dall'art. 582 c.c.

2. Il testamento olografo, come disciplinato *ex art.* 609, 1° comma c.c. è quello scritto, datato e sottoscritto di mano dal testatore⁽¹⁾; altro carattere

⁽¹⁾ Cfr. MUSOLINO, *Aspetti formali e validità del testamento olografo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, 1 ss.; AMBANELLI, *Il testamento olografo*, in *Tratt. Bonilini*, II, Milano, 2009, 1265 ss.

dell'olografo, non consacrato in alcun precetto legislativo, è quello della segretezza: infatti, il testatore può custodire la scheda per tutta la vita, può mutarla, come revocarla e ritirarla in ogni momento dalle mani del notaio, ove risulti depositata presso quest'ultimo (cfr. art. 608 c.c.).

Certamente, l'olografo presenta alcuni punti deboli rispetto a quelli per atto di notaio: si pensi, ad esempio, alla possibilità di smarrimento, alla relativa facilità di alterazione e soppressione, alla falsificazione, al disconoscimento formale della scrittura.

Come sottolineato in dottrina⁽²⁾, «il testatore, pur avendo realizzato e apparentemente staccato da sé la forma olografa, ha la possibilità e la facoltà di riappropriarsene: insomma, a differenza del negozio giuridico tra vivi e dello stesso testamento per atto di notaio, segreto o pubblico che sia, nell'olografo non c'è un reale e definitivo distacco da sé. Il deposito presso un notaio, infatti, è solo un fatto eventuale da cui non si può argomentare per riassumere le caratteristiche essenziali dell'olografo». Viene quindi posta in evidenza la netta differenza, nei testamenti ordinari, tra olografo e testamenti per atto di notaio, nel primo mancando «il cerimoniale» minuziosamente regolato *ex lege* laddove, per l'appunto, «si fa un discorso diverso colla descrizione dei comportamenti, così come si svolgono soggettivamente, dei protagonisti»⁽³⁾.

Il testamento olografo non deve necessariamente redigersi su supporto cartaceo: *ex art. 620 c.c.* vi è necessità di detto supporto, infatti, solo con riferimento alla pubblicazione della scheda. La norma non prevede un ulteriore requisito di efficacia dell'olografo: nei casi eccezionali in cui il testamento non possa materialmente trovare pubblicazione, la relativa esecuzione dipenderà, quindi, dall'accertamento giudiziale che terrà luogo della ordinaria formalità⁽⁴⁾.

Il testatore può fare uso di qualunque materiale, purché venga rispettato il requisito dell'olografia: debbono ritenersi esclusi, pertanto, i mezzi meccanici.

È all'evidenza che la natura dell'atto non possa mutare per il concorso di determinate circostanze: così come il testamento olografo non diviene atto pubblico ove sia presentato al notaio per la pubblicazione, così il testamento epistolare non fa divenire l'atto recettizio⁽⁵⁾. Occorre, quindi, che il testamento venga semplicemente redatto dal testatore e la norma, così

⁽²⁾ V. C.M. BIANCA, *Diritto civile, 2, La Famiglia. Le successioni*, 4^a ed., Milano, 2005, 62.

⁽³⁾ V. in proposito BRANCA, *Dei testamenti ordinari. Artt. 601-608*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1986, 63.

⁽⁴⁾ In ordine alla mancata necessità che il testamento olografo risulti scritto su supporto cartaceo, cfr. Cass., 13 aprile 1959, n. 1089, in *Rep. Giust. civ.*, 1960, voce «Successione testamentaria», n. 93.

⁽⁵⁾ Cfr. BRANCA, *Dei testamenti ordinari. Artt. 601-608*, cit., 70, che positivamente rileva Cass., 6 maggio 1965, n. 834, in *Foro it.*, 1965, I, 974.

come tutte le prescrizioni formali, andrà interpretata in maniera restrittiva; in ogni caso, deve trattarsi di una volontà compiuta e non di un semplice progetto, programma o manifestazione d'intenti che non abbia la dignità di un'attuale dichiarazione testamentaria⁽⁶⁾.

È opinione dominante che sia valido il testamento olografo scritto in forma epistolare, sempre che risulti autografato, datato e sottoscritto; non ha alcuna rilevanza, al contrario, la circostanza che la lettera sia stata effettivamente spedita al destinatario, ovvero che sia rimasta nella disponibilità del testatore⁽⁷⁾. Il testamento-lettera deve contenere una compiuta volontà di testare, pertanto non deve trattarsi di mere intenzioni che non si traducano in disposizioni di ultima volontà⁽⁸⁾.

Quanto al requisito dell'autografia, il testamento deve essere scritto di persona e di pugno del testatore. Il requisito della personalità può ritenersi essere soddisfatto solo nell'ipotesi in cui i caratteri siano riconoscibili come provenienti dalla sfera dell'autore, dovendo trattarsi, in sostanza, del suo abituale modo di scrivere e dovendo ritenersi nullo, quindi, l'olografo scritto personalmente dal *de cuius* con un mezzo che trascriva in modo impersonale come, ad esempio, macchina da scrivere o computer.

Il testamento deve essere scritto, *ex art. 602 c.c.*, per intero dal testatore. La partecipazione del terzo può essere consentita dal testatore o, viceversa, costituire manomissione illegittima: nel primo caso la conseguenza è la nullità, non essendo ammesse deroghe⁽⁹⁾; nel caso di manomissione il testa-

⁽⁶⁾ Il *discrimen* tra la redazione di un testamento e quella di un semplice progetto va accertato nel giudizio di merito, il quale, ove correttamente e congruamente motivato, è incensurabile in Cassazione.

⁽⁷⁾ Cfr. Cass., 21 gennaio 1964, n. 134, in *Rep. Giust. civ.*, 1964, voce «Successione testamentaria», n. 89, la quale sostiene l'irrilevanza della spedizione.

⁽⁸⁾ Cfr. Cass., 22 ottobre 2004, n. 20604, in *Fam. pers. e succ.*, 2005, 33, con nota di COPPOLA, *L'interpretazione del testamento epistolare*. Sull'interpretazione del testamento v. PALAZZO, SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successivi*, 1, *Categorie e specie della successione*, Torino, 2012, 128 ss.

La dottrina più antica avanzava dubbi sulla validità dello strumento della forma epistolare per la mancanza di solennità (A. VERGA, *Testamento olografo in forma di lettera missiva*, in *Riv. dir. priv.*, 1933, 33; PUGLIATTI, *Testamento epistolare e volontà testamentaria*, in *Temi*, 1948, 302; BRANCA, *Dei testamenti ordinari. Artt. 601-608*, loc. cit.), ma le preoccupazioni vengono rimosse in base al fatto che l'olografo non è atto solenne: non prevede infatti alcun cerimoniale che possa qualificarsi solenne. Neppure è compromessa la facoltà di revoca dell'ereditando, anche se l'olografo si trovi presso terzi, né mi sembrano accresciuti i pericoli di smarrimento della scheda: anzi il testatore può preferire la forma epistolare per affidare ad un amico leale la custodia della scheda, evitando che alla sua morte i parenti delusi, rinvenendo il testamento nell'abitazione del *de cuius*, possano realizzare il proposito di distruggerlo.

⁽⁹⁾ È sufficiente, infatti, anche un intervento poco significativo per travolgere il contenuto dell'intera scheda: Cass., 7 luglio 2004, n. 12458, in *Guida al dir.*, 2004, 35, 55. Diverso è il caso affrontato da Cass., 5 agosto 2002, n. 11733, in *Notariato*, 2003, 10, con nota di I. GATTI, *Validità del testamento olografo sottoscritto anche*

mento deve invece ritenersi valido, in quanto, pur in presenza di aggiunte ed interpolazioni del terzo il testamento rimane efficace, così come lo era prima dell'intervento di quest'ultimo.

Dal momento che le prescrizioni formali non sono da interpretarsi in maniera estensiva, non deve ritenersi inficiare la validità della scheda l'eventuale aiuto offerto dal terzo al testatore che consista, ad esempio, nel tenere il foglio di carta su cui è scritto il testamento, ovvero nel sorreggere la mano tremolante del testatore al fine di consentirgli di scrivere con grafia maggiormente chiara⁽¹⁰⁾. Nonostante detto orientamento, la S.C. ha avuto modo di sancire la nullità dell'olografo in quanto, sebbene «il testatore che, a causa del suo stato di salute o per carenza di istruzione, redige il testamento olografo con l'aiuto di altra persona che gli guida la mano, indubbiamente collabora alla materiale compilazione del documento, quanto meno sorreggendo la penna e contribuendo alla formazione delle lettere, ciononostante tutto ciò comporta la mancanza di autografia»⁽¹¹⁾.

Tale decisione pare avere travalicato, tuttavia, significato e portata della norma in questione: si trattava, infatti, di accertare esclusivamente se la scrittura provenisse dal pugno del testatore; quindi, dal momento che la grafia di una persona può mutare nel corso del tempo (specie se il soggetto sia avanzato negli anni, e verosimilmente affetto da tremore senile, analogamente alla fattispecie decisa con la sentenza oggetto del presente commento), l'indagine del giudice, anche con l'ausilio di scritture di comparazione, non deve essere volta ad accertare eventuali «agrafie» e «disgrazie» per escludere la validità dell'olografo, bensì deve esclusivamente mirare a stabilire se, malgrado eventuali difformità con altre scritture, il testatore

da privati, in *Riv. notariato*, 2003, 242, con nota di MUSOLINO, *Il requisito dell'autografia nel testamento olografo*; in *Famiglia e dir.*, 2003, 80, che ha confermato la sentenza impugnata, la quale aveva escluso la nullità del testamento olografo in un caso ove nel documento cartaceo, contenente la disposizione di ultima volontà interamente scritta dal *de cuius* e, immediatamente sotto, la sottoscrizione dello stesso, comparivano anche, redatte da mano aliena, le sottoscrizioni di due infermiere che gli prestavano assistenza e altre scritte in stampatello riproducenti i nomi e gli indirizzi delle stesse.

⁽¹⁰⁾ Cfr. Cass., 7 gennaio 1992, n. 32, in *Giust. civ.*, 1992, I, 1495, con nota di Giu. AZZARITI, *Sulla nullità del testamento olografo per difetto di forma*, secondo la quale il requisito dell'autografia – essenziale ai fini della validità di un testamento olografo – non è escluso laddove l'intervento di un terzo si sia limitato ad una materiale collaborazione alla redazione dell'atto, tale da non eliminare il carattere di stretta personalità dello scritto e di abitualità della grafia (nella specie, l'intervento del terzo era limitato all'apposizione della data).

⁽¹¹⁾ V. in proposito Cass., 10 luglio 1991, n. 7636, in *Giust. civ.*, 1992, I, 747, con nota di DI MAURO, *In tema di validità del testamento olografo*, la quale vede nell'aiuto del terzo la mancanza dell'autografia: si tratta di una costruzione in completa contraddizione con il dato normativo dal momento che, per la validità del testamento olografo, è richiesto che data, testo e sottoscrizione provengano esclusivamente dal testatore.

abbia redatto il testamento di proprio pugno, e a tal fine l'aiuto del terzo è sufficiente ad escludere l'autografia quando i segni grafici siano espressione della sua attività. Quando quest'ultima non risulti diretta a formare i caratteri, ma solo a consentire al testatore di scriverli in modo più chiaro, il requisito può ritenersi rispettato.

Sotto altro profilo, è stato avanzato il dubbio che la giurisprudenza voglia far passare un principio non sancito in alcuna norma giuridica⁽¹²⁾: nel caso di specie, infatti, il testatore aveva revocato un precedente testamento pubblico, ed aveva parzialmente disposto delle proprie sostanze in maniera differente rispetto all'originario programma testamentario; per quanto infatti possa ritenersi corretta la presunzione di autenticità derivante dall'atto di ricevimento notarile, appare arbitraria, d'altra parte, l'applicazione di un implicito principio di prevalenza del testamento pubblico su quello olografo⁽¹³⁾.

Come correttamente affermato, non può redigere validamente un testamento olografo l'analfabeta ovvero il testatore che, pur sapendo leggere, non sappia scrivere: infatti, nell'ipotesi in cui il testatore copi la grafia di un altro, pur intendendo il senso delle parole scritte, si è in assenza di autografia della scheda.

Tradizionalmente la scheda scritta con caratteri a stampatello viene ritenuta valida ove il testatore utilizzi abitualmente tale modo di scrivere: il riferimento del testamento alla persona del testatore sarebbe, in questo caso, sicuro, e non vi sarebbero violazioni delle regole legali⁽¹⁴⁾; a ciò è stato tuttavia replicato come, a seguire detta impostazione in modo letterale, «si finirebbe in un labirinto se ogni volta si potesse indagare, ai fini della validità, sulla abitudine o meno dell'uso dei caratteri scritti nel testamento»⁽¹⁵⁾. È necessario evitare di confondere, pertanto, «il rispetto della forma obbligata (autografia) colla difficoltà di dimostrare l'appartenenza dello scritto al *de cuius*»⁽¹⁶⁾.

Anche i minorati fisici possono testare in forma olografa, purché il difetto non impedisca la materiale formazione della scheda.

⁽¹²⁾ Cfr. PALAZZO, SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 1, *Categorie e specie della successione*, cit., 332.

⁽¹³⁾ Ovviamente la validità della scheda, in questo come in altri casi, può essere attaccata, dal punto di vista sostanziale, sotto altri aspetti: ad esempio, nel caso della «collaborazione intellettuale» che sfoci in un vizio di volontà dell'ereditando.

⁽¹⁴⁾ Cfr. ALLARA, *Il testamento*, Padova, 1934, 271; GIANNATTASIO, *Delle successioni. Successioni testamentarie*, in *Comm. cod. civ. Utet*, 2^a ed., Torino, 1978, 110; BRANCA, *Dei testamenti ordinari. Artt. 601-608*, cit., 77. V. inoltre App. Torino, 19 dicembre 2000, in *Giur. it.*, 2001, 1641, in base a cui, nel testamento olografo redatto in stampatello, il requisito dell'abitudine della scrittura risulta soddisfatto nel caso in cui sia accertato l'utilizzo, da parte del testatore, oltre che del consueto carattere corsivo, anche di quello stampatello (nella specie si è accertato come la testatrice, sebbene solita scrivere in corsivo, usasse talvolta il carattere in stampatello).

⁽¹⁵⁾ V. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2, *La Famiglia. Le successioni*, cit., 77 ss.

⁽¹⁶⁾ Cfr. BRANCA, *Dei testamenti ordinari. Artt. 601-608*, cit., 78.

3. Ai fini della validità dell'olografo è inoltre necessario indicare la data, la quale deve contenere, *ex art.* 602, 2° comma c.c., l'indicazione di giorno, mese e anno; a differenza del testamento pubblico non è prescritta, per l'olografo, l'indicazione dell'ora della sottoscrizione.

Anche per la data, è necessario che l'apposizione avvenga di mano del testatore: ciò in quanto, ove sia apposta, anche parzialmente, da un terzo, il testamento deve ritenersi totalmente privo di data. Si è tuttavia ammessa, in giurisprudenza l'olografia parziale della data, laddove siano scritte a stampa le prime due cifre dell'anno e, le altre due, di pugno del testatore⁽¹⁷⁾.

La data può essere apposta, purché in maniera completa, in qualsiasi parte del documento; inoltre, è ammessa l'apposizione di indicazione equipolente alla data come, ad esempio, nel caso di «Pasqua 2014»: è sufficiente che l'individuazione della data sia desumibile dalla dichiarazione del testatore e non in base ad elementi estrinseci come, ad esempio, il timbro postale.

Nel caso di indicazione di data impossibile, la data è considerata come non apposta; in proposito, la giurisprudenza ha evidenziato come, in un testamento olografo, l'indicazione di una data impossibile possa essere rettificata dal giudice, ma solo se dovuta ad errore materiale del testatore per distrazione, ignoranza o altra causa, e solo in base ad elementi intrinseci alla scheda testamentaria, così da rispettare il requisito dell'autografia dell'atto⁽¹⁸⁾.

Ove l'impossibilità della data promani da una scelta del disponente, il testamento è da ritenersi affetto da annullabilità; la data impossibile che sia frutto di errore del testatore, al contrario, può essere corretta ove la scheda contenga elementi che diano la possibilità di ricostruire il momento redazionale del testamento⁽¹⁹⁾.

Funzione essenziale della data è di consentire l'accertamento della capacità del testatore e dell'efficacia tra più testamenti redatti dalla medesima persona: in mancanza di data il testamento deve considerarsi annullabile su istanza di chiunque vi abbia interesse, nel termine di cinque anni dalla data in cui esso abbia avuto esecuzione, anche se non sia posta alcuna questione da decidersi in base al tempo di formazione del testamento medesimo⁽²⁰⁾.

⁽¹⁷⁾ V. Cass., 6 maggio 1965, n. 834, in *Giust. civ.*, 1965, I, 1325, superata da Cass., 7 gennaio 1992, n. 32, cit.

⁽¹⁸⁾ Cfr. Cass., 20 febbraio 1964, n. 1374, in *Foro it.*, 1964, I, 1383: nel caso di specie, il testatore aveva datato il testamento con il giorno 31 settembre 1956. Il giudice di legittimità ha distinto la data impossibile, vale a dire quella non corrispondente ad alcun giorno del calendario gregoriano, ovvero quella anteriore alla nascita o posteriore alla morte dell'ereditando, dalla data erronea e dalla data falsa; in dottrina v. CRISCUOLI, *Il testamento. Norme e casi*, Padova, 1991, 56.

⁽¹⁹⁾ L'apprezzamento circa la sussistenza di un mero errore materiale del testatore al riguardo, e in riferimento alla esclusione dell'intenzione del testatore di volutamente indicare, invece, una data impossibile, è una questione di merito non censurabile in Cassazione.

⁽²⁰⁾ Cfr. Cass., 9 dicembre 1988, n. 6682, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, 597.

La prova della falsità della data è ammessa solo quando si tratti di giudicare della capacità del testatore, della priorità di data tra più testamenti, ovvero di altra questione da decidersi in base al tempo del testamento (cfr. art. 602, 3° comma c.c.).

La data non vera non inficia la validità del testamento dal punto di vista documentale. La verità della data non è un requisito formale dell'olografo⁽²¹⁾: nel caso di testamento contenente più date, quindi, non v'è spazio per l'annullamento *ex art. 602, 2° comma c.c.*, ma è possibile agire *ex art. 602, 3° comma c.c.* al fine di provare quale delle due date risponda a verità⁽²²⁾. È all'evidenza come, in questo caso, le disposizioni testamentarie possano anche essere travolte non in base ad una questione formale, ma per violazione di norme di diritto sostanziale, come, ad esempio, nei casi d'incapacità di intendere e di volere del testatore, di revoca del testamento, e di mancata conoscenza della alienità della cosa legata (cfr. art. 651 c.c.).

Chi impugnava il testamento ha l'onere di fornire la prova della falsità della data e della data effettiva del testamento, al fine di invocare le norme di diritto sostanziale che precludono l'efficacia della scheda⁽²³⁾.

La data: *a)* «erronea» può essere corretta giudizialmente, purché la scheda testamentaria contenga i mezzi per correggere l'errore; *b)* «erronea ma possibile», e che non sia correggibile con riferimento ad elementi intrinseci, non produce di per sé l'annullamento dell'atto, ma apre la via al sorgere delle questioni di cui all'ultimo comma dell'art. 602 c.c.; *c)* «volutamente falsa» è trattata alla stregua della data erronea; *d)* «alterata dal terzo» può essere sostituita con la ricostruzione della data originariamente scritta dal testatore⁽²⁴⁾.

⁽²¹⁾ V. CRISCUOLI, *Il testamento. Norme e casi*, cit., 46.

⁽²²⁾ BRANCA, *Dei testamenti ordinari. Artt. 601-608*, cit., 85.

⁽²³⁾ V. G. GIACOBBE, *Data in generale*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 698; MORELLO, *Del requisito della data nel testamento olografo*, in *Foro it.*, 1964, I, 1383 ss.; PEREGO, *Data non vera e modificazione della data nel testamento olografo*, in *Giur. it.*, 1971, I, 1, 303 ss. *Contra*, CICU, *Il testamento*, 2ª ed., Milano, 1951, 41 ss.

⁽²⁴⁾ Al fine di fare accertare l'alterazione ad opera di terzi è necessaria la querela di falso, in quanto la libertà di prova ammessa dall'ultimo comma dell'art. 602 c.c. attiene all'ipotesi «in cui sia lo stesso testatore ad apporre scientemente o per errore, una data non vera alla dichiarazione di ultima volontà (...); quando, invece, non è in contestazione la non verità della data per fatto proprio del testatore si assume che il testamento è stato alterato (nella data, caso di specie) ad opera di terzi successivamente alla redazione, unico rimedio possibile, tenuto conto della natura privata del documento contenente la dichiarazione di ultima volontà, è la querela di falso»: sulla necessità della querela di falso, *ex art. 221 c.p.c.*, per far accertare la falsificazione ad opera di terzi, v. Cass., 5 aprile 1978, n. 1570, in *Foro it.*, 1979, I, 155. È stata inoltre rilevata (cfr. Cass., 29 aprile 1991, n. 4749, in *Mass. Giur. it.*, 1991) la necessità di esperire la querela di falso laddove la dichiarazione sia costituita da parti caratterizzate da grafie diverse, sì da apparire predisposta da più persone, ben potendo la scrittura privata essere redatta da soggetto distinto dal sottoscrittore od anche da più soggetti, essendo richiesta l'autografia solo per scritture di natura particolare,

Il testatore può correggere, integrare o variare il contenuto dell'olografo, purché rispetti i requisiti formali minimi di cui all'art. 602 c.c.

La soluzione del problema delle aggiunte ad un olografo originariamente definito non è, tuttavia, univoca in dottrina: secondo alcuni, «se l'aggiunta è marginale, topograficamente sta prima della sottoscrizione del testamento e perciò rientra sempre nel corpo di questo: poco importa che sia firmata o non firmata; e poco importa che sia stata aggiunta in un secondo tempo: non c'è dubbio che è divenuta parte del testamento. Se l'aggiunta è stata fatta in coda a questo e firmata, sarà valida ammenocché non si provi che sia un secondo testamento»⁽²⁵⁾; altri distinguono, invece, a seconda se l'aggiunta formi o meno unità col testamento già perfezionato⁽²⁶⁾.

Pare corretto, in proposito, ritenere che l'aggiunta che si concreti in una nuova disposizione debba essere sempre considerata alla stregua di nuova redazione testamentaria: infatti, se il testatore utilizza una scheda già perfezionata (contenente, quindi, dichiarazioni di volontà precedentemente compiute) per aggiungervi una nuova disposizione compatibile o meno con le precedenti, ha l'onere di apporre una nuova data ed una nuova sottoscrizione, non potendo supplire *per relationem* alla mancanza dei requisiti formali necessari per la validità della disposizione medesima.

Nel caso, poi, in cui si abbia la redazione di un testamento in più tempi, si profila un'altra questione: la volontà del testatore, indipendentemente dal problema della veridicità della data indicante magari il primo giorno di redazione della scheda, si consacra al momento della sottoscrizione finale che chiude, e sancisce, le dichiarazioni testamentarie. Quando questo momento viene superato quell'olografo diviene immutabile, a meno che il testatore non lo modifichi apponendovi nuove data e sottoscrizione.

È la sottoscrizione finale che, nella sostanza, conferma il contenuto testamentario: l'attività successiva del testatore deve quindi rispettare il precetto di cui all'art. 602 c.c., di talché l'aggiunta ad un testamento olografo, che sia stato nuovamente – ed esclusivamente – sottoscritto, va considerata in termini di disposizione priva di data, allorché si provi che l'aggiunta sia posteriore alla sottoscrizione della originaria scheda autografa.

Ove il codicillo risulti autografo, datato e sottoscritto dal testatore, lo stesso deve ovviamente essere equiparato ad un nuovo olografo, e la sua validità non è compromessa dall'eventuale nullità del testamento cui si riferisce⁽²⁷⁾.

come il testamento olografo; conf. Cass., 6 marzo 1992, n. 2699, in *Riv. not.*, 1992, 1573; Cass., 22 aprile 1994, n. 3833, in *Mass. Giur. it.*, 1994; per la giurisprudenza di merito, v. Trib. Roma, 24 marzo 2004, in *bd44.leggiditalia.it*.

⁽²⁵⁾ V. BRANCA, *Dei testamenti ordinari. Artt. 601-608*, cit., 89.

⁽²⁶⁾ Giu. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Padova, 1982, 394.

⁽²⁷⁾ Cfr. Cass., 20 ottobre 1981, n. 5480, in *Mass. Giur. it.*, 1981, la quale afferma la significativa massima secondo cui «Il codicillo, aggiunto ad un testamento olografo, se è anch'esso autografo, datato e sottoscritto dal testatore, rientra nell'ampio concetto

La S.C. ha inoltre stabilito, in proposito, come debba ritenersi «apprezzamento di fatto lo stabilire se le aggiunte, le correzioni o le cancellature apportate dal testatore all'olografo da lui precedentemente redatto, siano dovute all'intento di aggiornare le originarie disposizioni, ovvero si traducano in elementi univoci di revoca, oppure siano espressione di una volontà non definitiva che importa degradazione della scheda a semplice bozza o minuta»⁽²⁸⁾. Il caso di specie non verteva sulla validità o meno di integrazioni, cancellature ed interpolazioni, bensì sulla loro rilevanza ai fini dell'efficacia dell'olografo alterato: la corte di legittimità ha, tuttavia, erroneamente applicato il giusto principio della redazione dell'olografo in più tempi, laddove afferma che correzioni ed aggiunte debbano far presumere «che ogni volta il testatore fa di nuovo proprie le dichiarazioni in precedenza redatte, tornando così esse attuali nel momento in cui la scheda viene completata e perfezionata anche in senso formale». A parere di chi scrive, infatti, aggiunte e correzioni vanno trattate alla luce dell'art. 602 c.c., così come le prime, e ovviamente anche le cancellature possono rilevare ex art. 684 c.c. come ipotesi di revoca tacita.

Questa impostazione può sembrare viziata da eccessivo formalismo⁽²⁹⁾. La S.C. la quale ritiene che, con l'integrazione, il testatore si riappropria delle dichiarazioni redatte in precedenza, è avversata in dottrina⁽³⁰⁾ laddove si ammette che, dalla rilevanza delle cancellature ex art. 684 c.c., deriva il fatto che le medesime costituiscono atti di segno negativo. Non pare che questo argomento possa essere superato con la semplice constatazione che anche la cancellazione «può avere talvolta effetti riflessi di natura positiva»⁽³¹⁾, dal momento che la cancellazione, la quale ha valore di revoca parziale, priva di efficacia una parte delle disposizioni il cui maggior valore attributivo dipende dalla mancanza della eventuale limitazione, poi revocata, alla medesima stregua dell'ipotesi che la originaria limitazione non fosse stata mai scritta. Si tratta in ogni caso di revoca, e può discutersi sul suo (indiretto) valore attributivo, ma non è discutibile il fatto che la rilevanza della

di testamento olografo, la cui efficacia non è automaticamente esclusa dalla invalidità ex art. 624 c.c. dell'altro testamento cui si riferisce, ove, per il principio della conservazione del testamento, la precedente disposizione oggetto del riferimento, sebbene inficiata dalla non corrispondenza alla volontà effettiva, risulti presente alla coscienza del testatore nel momento in cui, con volontà non viziata, ha redatto il codicillo in calce alla stessa».

⁽²⁸⁾ In tal senso, Cass., 6 maggio 1965, n. 834, in *Foro it.*, 1965, I, 967.

⁽²⁹⁾ V. BRANCA, *Dei testamenti ordinari. Artt. 601-608*, cit., spec. 110 ss., il quale, infatti, ritiene superabile l'obiezione secondo cui «il testamento che s'è già perfezionato si è staccato dalla persona del *de cuius* e non è più recuperabile da lui» (111).

⁽³⁰⁾ GIANNATTASIO, *Delle successioni. Successioni testamentarie*, cit., 602; CARRARO, *La vocazione legittima alla successione*, Padova, 1946, 85; M. TALAMANCA, *Della revocazione delle disposizioni testamentarie. Delle sostituzioni. Degli esecutori testamentari. Artt. 679-712*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1976, appaiono contrari, in epoche differenti, a quanto sostenuto da Cass., 6 maggio 1965, n. 834, cit.

⁽³¹⁾ Cfr., invece, BRANCA, *Dei testamenti ordinari. Artt. 601-608*, cit., 113.

revoca tacita, concretatasi con la cancellatura, abbia valore solo perché la legge espressamente lo prevede (cfr. art. 684 c.c.).

La questione si sposta, allora, sul valore attribuibile alla sottoscrizione: per alcuni, «quando dopo le ultime volontà scritte dal testatore, c'è la firma, questa vale anche come sottoscrizione delle aggiunte eventuali (...); il *de cuius*, inserendo in un secondo tempo nuove frasi, evidentemente ha (...) voluto che la vecchia firma coprisse anche questa»⁽³²⁾. Tale impostazione induce a maggiori dubbi laddove si afferma che «se firmi in fondo alla pagina e poi in un secondo tempo riempiendo il vuoto scrivi le clausole testamentarie, l'olografo è valido; eppure la sottoscrizione è cronologicamente anteriore: niente di anomalo quindi se la sottoscrizione antica valga per disposizioni nuove»⁽³³⁾; nulla di anomalo addirittura ravvisa, la citata dottrina, nell'ipotesi in cui il *de cuius* rediga «le sue disposizioni in un altro foglio che incolla sulla scheda testamentaria coprendone l'intero testo, ma non la data e la firma»: anche questo, infatti, costituirebbe «un olografo valido pur se data e sottoscrizione antiche chiudano disposizioni completamente nuove»⁽³⁴⁾.

La teoria che, nelle intenzioni, pare volersi liberare da un «formalismo da età primitiva», in realtà pecca di strumentale applicazione del dato formale, e ciò è rilevabile, in particolar modo, attraverso l'esempio del «testamento in bianco»⁽³⁵⁾: un foglio bianco che contenga solo data e sottoscrizione non è, infatti, un testamento. Se successivamente nello spazio vuoto si scrivono le disposizioni si dice, per la teoria della redazione in più tempi, che il testamento è validamente perfezionato: al contrario in tal modo non è, sostanzialmente, rispettato il precetto di cui all'art. 602 cpv.

In ordine alla questione concernente il significato del precetto secondo cui la sottoscrizione deve essere posta alla fine delle disposizioni, può concludersi come la sottoscrizione finale sia utile a identificare la persona del testatore e a confermarne, in maniera definitiva, le disposizioni. Tale ultima funzione pare inesistente nell'ipotesi prospettata; ammettendo, tuttavia, che la volontà nell'olografo debba intendersi come *in itinere* – in quanto il testatore può redigerlo in modo parziale nonché, in ogni momento, «riappropriarsene» – in questo caso se la data e la sottoscrizione antica risalgono ad un periodo in cui il testatore era capace, mentre le disposizioni successive aggiunte all'originario documento risalgono, invece, ad un periodo di accertata incapacità del testatore, il testamento dovrebbe essere valido. Nemmeno potrebbe essere applicato il 3° comma dell'art. 602 c.c., dal momento che la data apposta è vera: si tratterebbe, quindi, di una sorta di retroattività sostanziale, manifestamente inaccettabile.

Sembra di poter concludere, pertanto, come il «testamento in bianco» non

⁽³²⁾ *Ibidem*.

⁽³³⁾ BRANCA, *Dei testamenti ordinari. Artt. 601-608*, cit., 114.

⁽³⁴⁾ *Ibidem*.

⁽³⁵⁾ BRANCA, *Dei testamenti ordinari. Artt. 601-608*, cit., 113.

configuri un vero testamento, dal momento che, dall'originaria sottoscrizione, non promana alcun tipo di conferma; apporre una nuova sottoscrizione non è elemento sufficiente, a meno che il testatore, in base ad elementi intrinseci, non abbia fatto richiami alla data originaria (e non veridica), ovvero ad altra data.

Solo apparentemente, una risalente sentenza di legittimità⁽³⁶⁾ contraddice quanto ora prospettato: non può che condividersi, infatti, il principio secondo cui debba intendersi «configurabile la formazione progressiva del testamento olografo», con conseguente validità della scheda testamentaria olografa «per cui il testatore utilizza propri scritti precedentemente stilati di suo pugno aggiungendovi in un secondo tempo la data, la sottoscrizione ed eventuali espressioni che rivelino la volontà di imprimere a tali scritti il carattere di testamento»: è evidente che, nel caso di specie, data e sottoscrizione confermano in modo attuale un programma testamentario desumibile da altri scritti non ancora consacratisi in un valido atto a causa di morte.

La sottoscrizione deve essere posta alla fine delle disposizioni, ed è richiesta a pena di nullità (cfr. art. 606, 1° comma c.c.): in sostanza chiude il documento, lo perfeziona e ne sancisce il riferimento temporale.

La dottrina correttamente concorda con l'esigenza «non solo topografica, ma anche cronologica della sottoscrizione»⁽³⁷⁾.

Secondo l'indirizzo invalso in giurisprudenza, deve ritenersi valida la firma apposta nel margine del foglio nell'ipotesi in cui le disposizioni occupino tutta la pagina della scheda e non vi sia spazio per la sottoscrizione (per l'appunto, in calce al documento⁽³⁸⁾), ovvero vi sia un segno grafico che collega la firma allo scritto⁽³⁹⁾. A soluzione differente si è giunti nel caso in cui, nella facciata retrostante, vi sia spazio per la firma dal momento che, in questo caso, la S.C. ha preteso che la firma andasse apposta nella seconda facciata e non sul margine della prima, interamente occupata dalle clausole⁽⁴⁰⁾, anche se, con sentenza successiva, ha ammesso la validità della firma marginale laddove lo spazio sottostante le disposizioni era stato sbarrato dal testatore con linee orizzontali⁽⁴¹⁾.

⁽³⁶⁾ Cfr. Cass., 22 marzo 1985, n. 2074, in *Mass. Giur. it.*, 1985.

⁽³⁷⁾ V. CRISCUOLI, *Il testamento. Norme e casi*, cit., 66. Rimangono fondamentali, in ordine al valore della sottoscrizione nell'olografo, le riflessioni di F. SANTORO-PASSARELLI, *Funzione della sottoscrizione del testamento olografo*, in *Dir. e giur.*, 1948, 55 ss.

⁽³⁸⁾ Cass., 13 marzo 1947, n. 1337, in *Foro it.*, 1948, I, 102; conf. Cass., 28 ottobre 2003, n. 16186, in *Guida al dir.*, 2003, 49, 56, nel senso che la sottoscrizione a margine deve essere causata dalla mancanza di spazio per la firma in calce. Quanto al collegamento tra sottoscrizione e conferma *ex art.* 590 c.c., v. Cass., 23 giugno 2005, n. 13487, in *Vita not.*, 2005, 982.

⁽³⁹⁾ Cass., 13 ottobre 1958, n. 3328, in *Giust. civ.*, 1959, I, 513; Cass., 6 maggio 1965, n. 834, in *Foro it.*, 1965, I, 967.

⁽⁴⁰⁾ Cass., 21 marzo 1960, n. 580, in *Foro it.*, 1960, I, 969.

⁽⁴¹⁾ Cass., 15 luglio 1965, n. 1524, in *Foro it.*, 1965, I, 1408.

Se la firma si trova nel mezzo dell'atto, sono ritenute valide le disposizioni scritte anteriormente alla firma, ed invalide quelle successive⁽⁴²⁾; altre volte, la giurisprudenza ha affermato come la nullità delle disposizioni successive possa travolgere anche quelle anteriori alla firma nel caso in cui si accerti che, secondo la regola di cui all'art. 1419, 1° comma c.c., vi sia un nesso teleologico tra prime e seconde e, quindi, che l'intento del testatore fosse diretto a formare un unico, inscindibile testamento⁽⁴³⁾. Il vizio dipenderebbe pertanto da ragioni sostanziali: la soluzione tuttavia non pare corretta, dal momento che inficia i risultati raggiunti in tema di causa testamentaria laddove, appunto, l'autonomia delle disposizioni *mortis causa* fa sì che l'invalidità dell'una non si estenda alle altre che non siano affette dalle medesime cause invalidanti⁽⁴⁴⁾.

La firma deve essere completa di (pre)nome e cognome. Quanto all'uso di caratteri a stampatello o stenografici, ovvero di modelli riproduttivi di firma, devono ritenersi valide le soluzioni indicate riguardo alla scrittura del testo dell'atto; in ogni caso, la firma è valida ove la persona del testatore risulti indicata con certezza (cfr. art. 602 cpv. c.c.): si è quindi ritenuto valido l'uso del solo prenome, del nomignolo, dello pseudonimo usato dal testatore⁽⁴⁵⁾, di una sigla indicante la qualifica professionale del testatore, e le iniziali di nome e cognome⁽⁴⁶⁾.

Il testamento olografo ha natura di scrittura privata: manca infatti dei requisiti che per l'atto pubblico sono indicati nell'art. 2699 c.c. Detta natura neppure muta nell'ipotesi in cui il testatore lo depositi presso un notaio, dal momento che il pubblico ufficiale attesta la semplice ricezione dell'atto, senza alcuna indagine sulla relativa autenticità.

Il testamento olografo è quindi regolato dal combinato disposto degli artt. 2702 c.c. e 214 c.p.c., con la particolarità che il riconoscimento, anche tacito, riguarda anche il contenuto, trattandosi di olografo⁽⁴⁷⁾. Nel caso in cui la parte contro cui è prodotto dichiara di non conoscere né la scrittura

⁽⁴²⁾ Cass., 14 gennaio 1951, n. 851, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1951, II, 132, con nota di CARRESI, *Osservazioni in tema di disposizioni aggiunte nel testamento olografo*; Cass., 16 febbraio 1949, n. 253, in *Giur. it.*, 1950, I, 1, 53, con nota di VOCI, *In tema di sottoscrizione parziale del testamento olografo*.

⁽⁴³⁾ Cass., 16 maggio 1966, n. 1236, in *Foro it.*, 1966, I, 2036, con nota di richiami di ROVELLI.

⁽⁴⁴⁾ Ma v. CRISCUOLI, *Il testamento. Norme e casi*, cit., 67.

⁽⁴⁵⁾ Trib. Firenze, 6 giugno 1955, in *Monitore tribunali*, 1955, 322.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. Cass., 11 aprile 1951, n. 851, in *Foro it.*, 1951, I, c. 703; *contra* C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2, *La Famiglia. Le successioni*, cit., p. 96, il quale ritiene insufficiente, pur senza troppa convinzione, l'indicazione di uno *status*, di una qualifica, di una qualità, etc. Ma v. in proposito, di recente, Cass., 21 ottobre 1992, n. 11504, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, 803, con nota di P.G. COSTA, *Sulla sottoscrizione del testamento olografo*, la quale ha ritenuto valida, altresì, la sottoscrizione con la parola «mamma».

⁽⁴⁷⁾ Cfr. Cass., 21 ottobre 1992, n. 11504, cit.

né la firma, il beneficiario deve chiederne la verificaione *ex art.* 216 c.p.c., e ha l'onere di provare che la scheda sia autentica⁽⁴⁸⁾; se il disconoscimento viene operato da un terzo, occorre la querela di falso *ex art.* 221 c.p.c.⁽⁴⁹⁾. Il beneficiario che voglia provare l'autenticità può servirsi della comparazione con altre scritture autentiche del *de cuius* nonché della prova testimoniale, e il giudice può fare anche riferimento a «presunzioni semplici», desumibili da fattori soggettivi riguardanti la persona del testatore, ovvero da rapporti personali tra questo e il preteso erede o legatario, giustificativi o meno delle disposizioni testamentarie oggetto di contestazione⁽⁵⁰⁾.

È necessaria la querela di falso non solo in caso di riconoscimento espresso o tacito della scheda, bensì anche quando il successore legittimo assuma che la scheda proveniente dal testatore abbia subito modifica da parte di terzi⁽⁵¹⁾.

4. Il testamento olografo può essere depositato presso un notaio il quale, alla presenza dei testimoni, redige apposito verbale⁽⁵²⁾; tale deposito non produce alcun effetto giuridico nuovo: non sopperisce, infatti, ad un eventuale difetto di datazione della scheda, né tramuta questa in atto pubblico, ma ne garantisce la corretta custodia.

Il deposito del testamento olografo non va confuso con la pubblicazione di cui all'art. 620 c.c.

Testamento segreto e testamento olografo che sia stato depositato possono essere ritirati dal testatore, in ogni tempo nonché in assenza di motivazione, dalle mani del notaio presso il quale si trovino (cfr. art. 608, 1° comma c.c.): mentre il primo può essere ritirato dalle mani del notaio (ovvero, *ex art.* 608, 3° comma c.c., dell'archivista) solo dal testatore, avendoglielo potuto consegnare solo quest'ultimo, il ritiro dell'olografo può al contrario effettuarsi – così come avviene per qualsiasi scrittura privata – da chi lo aveva precedentemente consegnato al notaio⁽⁵³⁾.

⁽⁴⁸⁾ Cass., 27 giugno 1974, n. 728, in *Giust. civ.*, 1974, I, 1195; Cass., 26 maggio 1971, n. 1599, in *Foro it.*, 1971, I, 2533; Cass., 30 ottobre 2003, n. 16362, in *Arch. civ.*, 2004, 964; Cass., 1° marzo 2002, n. 3009, in *Arch. civ.*, 2003, 94.

⁽⁴⁹⁾ Cass., 12 giugno 1964, n. 1471, in *Rep. Foro it.*, 1964, voce «Scrittura», n. 38. Si è aggiunto, in sede penale, che il reato di falsità in titolo di credito come quello di falsità di qualsiasi altra scrittura privata è divenuto, *ex art.* 493-bis c.p., punibile a querela della persona offesa, come si evince dal capoverso della citata disposizione, la quale mantiene la procedibilità d'ufficio per le sole falsità riguardanti un testamento olografo: cfr. Cass., 16 marzo 2005, Q., in *Riv. pol.*, 2006, 789.

⁽⁵⁰⁾ Cass., 12 aprile 1977, n. 1373, in *Rep. Foro it.*, 1977, voce «Prova documentale», n. 35; Cass., 6 aprile 1981, n. 1940, *ivi*, 1981, voce «Prova documentale», n. 30.

⁽⁵¹⁾ Cass., 5 aprile 1978, n. 1570, in *Foro it.*, 1979, I, 1522.

⁽⁵²⁾ Cfr. art. 1, ult. Comma del r.d.l. 14 luglio 1937, n. 1666.

⁽⁵³⁾ BRANCA, *Dei testamenti ordinari. Artt. 601-608*, cit., 131; Giu. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, cit., 400; GENGHINI, C. CARBONE, *Le successioni per causa di morte*, Padova, 2012, 911.

Il verbale di restituzione, redatto a cura del notaio, viene sottoscritto dal testatore, da due testimoni e dal notaio medesimo, e nel caso in cui il testatore non possa sottoscrivere, ne viene fatta espressa menzione; nell'ipotesi di testamento depositato in pubblico archivio, il verbale è redatto dall'archivista e sottoscritto da testatore, testimoni e archivista medesimo. Della restituzione del testamento si prende nota in margine o in calce all'atto di consegna o di deposito (cfr. art. 608, 2°, 3° e 4° comma c.c.).

Le conseguenze del ritiro sono diverse, a seconda che si tratti di testamento segreto ovvero di testamento olografo: nel primo caso, vengono in rilievo le norme di cui agli artt. 607 e 609 ss. c.c., mentre il ritiro dell'olografo non dà luogo a revoca tacita, dal momento che nulla è mutato sotto il profilo sostanziale.

5. A questo punto, ai fini di una corretta disamina del caso che ci occupa, è necessario porre l'attenzione sulle patologie formali e sostanziali in cui possono incorrere l'intero negozio testamentario ovvero singole clausole di esso.

Il testamento è invalido quando ricorre un vizio che ne produce nullità o annullamento, mentre è da considerarsi inefficace sia nel caso in cui, pur validamente concluso, non produce gli effetti programmati, sia nel caso in cui vengono meno gli effetti prodotti. Invalidità ed efficacia del negozio testamentario possono riguardare il tempo di redazione della scheda ovvero il tempo di apertura della successione: *a*) si ha riguardo al tempo della redazione laddove si discuta di questioni riguardanti capacità del testatore, vizi formali e speciali incapacità testamentarie di cui gli artt. 596 ss. c.c.; *b*) viceversa, si ha riguardo al tempo di apertura della successione per le questioni relative all'oggetto della disposizione, alle altre ipotesi di capacità di ricevere per testamento, alla quantificazione della lesione dei diritti dei legittimari, etc.

Altra distinzione promanante dall'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale è quella tra invalidità e inesistenza, ricorrendo quest'ultima nel caso in cui il negozio sia privo dei requisiti necessari e sufficienti al fine d'identificare la dichiarazione di volontà in termini di testamento⁽⁵⁴⁾: le conseguenze dell'inesistenza debbono considerarsi più gravi di quelle derivanti da nullità, dal momento che il testamento inesistente non è suscettibile di essere confermato *ex art. 590 c.c.*: di testamento inesistente può quindi parlarsi nella fattispecie decisa dal Tribunale di Perugia con la sentenza oggetto del presente commento, in quanto si tratta di negozio testamen-

⁽⁵⁴⁾ Quanto alla conferma di disposizioni orali del testatore sulla contestata nullità del testamento nuncupativo, cfr. Cass., 11 luglio 1996, n. 6313, in *Vita not.*, 1996, 1505, e in *Notariato*, 1996, 509, con nota di CELESTE, *Conferma del testamento e efficacia dell'atto pubblico: il punto*; in ordine ai gradi dell'invalidità derivanti da accertamento penale della falsità della dichiarazione del notaio in relazione ai testimoni, v. Cass., 30 gennaio 1992, n. 1009, in *Giust. civ.*, 1992, I, 2130.

tario il quale, già contrassegnato da dissonanza tra sottoscrizione e testo, si caratterizza per la ravvisabilità, nella firma, del falso per imitazione, elemento di per sé idoneo a sancire l'assenza di una volontà testamentaria propriamente detta.

L'invalidità testamentaria non è ricavabile da un'organica serie di disposizioni. A differenza di quanto previsto in materia contrattuale (cfr. artt. 1418-1446 c.c.), l'interprete si trova dinanzi ad un impianto legislativo dove, oltre alla previsione di singoli casi di invalidità, è presente la speciale sanatoria derivante da conferma ed esecuzione delle disposizioni testamentarie nulle (cfr. art. 590 c.c.).

Inoltre, con riferimento all'annullabilità, la relativa legittimazione in materia testamentaria spetta a chiunque vi abbia interesse: tale maggiore estensione rispetto alla omologa azione esperibile in sede contrattuale trova la sua *ratio* nella mancanza di una parte nel cui interesse l'annullabilità sia posta. Deve trattarsi, in ogni caso, di azione fondata non su un generico interesse avulso dalla domanda richiesta, bensì su un interesse correlato a un diritto successorio che sorgerebbe per effetto dell'annullamento⁽⁵⁵⁾.

L'azione di annullamento può essere proposta entro il termine di cinque anni; in proposito vi è, inoltre, chi ritiene non applicabile l'ultimo comma dell'art. 1442 c.c., dal momento che la norma predetta riguarderebbe specificamente la materia contrattuale, con conseguente assoggettabilità, anche dell'eccezione, alla prescrizione quinquennale⁽⁵⁶⁾. Il termine per agire decorre: *a*) nei casi d'incapacità del testatore o di vizi formali, dal giorno in cui è stata data esecuzione, anche soltanto da uno dei chiamati all'eredità, alla disposizione medesima (cfr. artt. 591, 3° comma, 606, 2° comma e 619, 2° comma c.c.)⁽⁵⁷⁾; *b*) nei casi di vizi della volontà del testatore, dal giorno in cui si è avuta notizia di errore, violenza o dolo (cfr. art. 624, 3° comma c.c.)⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁵⁾ V., *ex multis*, CICU, *Il testamento*, cit., 99 ss.; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, 3ª ed. agg. a cura di Ferrucci e Ferrentino, Milano, 2009, 919 s.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. GIANNATTASIO, *Delle successioni. Successioni testamentarie*, cit., 450; PAGLIANTINI, *Gli statuti normativi del testamento annullabile*, in CALVO, G. PERLINGIERI (a cura di), *Diritto delle successioni*, Napoli, 2008, 899, che la ritiene, tuttavia, operante nel caso di cui all'art. 624 c.c. *Contra*, BRANCA, *Dei testamenti ordinari. Artt. 601-608*, cit., 128 ss., che considera la perpetuità dell'eccezione di annullamento «principio generale dei negozi giuridici in genere: non esclusi quelli unilaterali quando diano luogo a rapporti tra più soggetti»; v. inoltre, più di recente, FRANZONI, *Dell'annullabilità del contratto. Artt. 1425-1426*, in *Comm. Schlesinger*, 2ª ed., Milano, 2005, 22. In giurisprudenza, v. Cass., 4 luglio 1953, n. 2100, in *Rep. Foro it.*, 1953, voce «Testamento», n. 46, secondo la quale anche in materia testamentaria vige l'applicazione del principio *quae temporalia ad agendum, perpetua ad excipiendum*, sancito ex art. 1442, ult. comma c.c.

⁽⁵⁷⁾ V. Cass., 30 gennaio 1987, n. 892, in *Vita not.*, 1987, 743.

⁽⁵⁸⁾ Sulla questione v., di recente, PAGLIANTINI, *Gli statuti normativi del testamento annullabile*, cit., 899 ss.; CICERO, *La sanatoria del testamento redatto per violenza o dolo e non revocato*, in *Riv. not.*, 2011, 242 s.; G. GABRIELLI, *Invalidità delle disposizioni testamentarie e prescrizione*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, 1 ss.

Perché abbia inizio la prescrizione dell'azione di annullamento non è necessario siano eseguite tutte le disposizioni del testatore, dal momento che è sufficiente l'esecuzione di una ovvero di alcune di esse⁽⁵⁹⁾. In caso contrario, la situazione giuridica riguardante lo *status* dei chiamati all'eredità e la qualità stessa di eredi rimarrebbe incerta *ad libitum*: la legge ha quindi assoggettato al breve termine dei cinque anni dall'esecuzione – anche parziale – del testamento, l'azione di chiunque abbia interesse ad impugnarlo.

La disposizione annullata produce effetto sino alla pronuncia costitutiva di annullamento. Nei rapporti tra istituiti, gli effetti prodotti dalla disposizione annullata vengono eliminati in maniera retroattiva, mentre nei confronti dei terzi vale la regola in base a cui sono salvi i diritti acquistati, per effetto di convenzioni a titolo oneroso con l'erede apparente, dai terzi i quali provino di avere contrattato in buona fede (cfr. art. 534 c.c.); tale disposizione non si applica ai beni immobili e ai mobili iscritti nei pubblici registri, se l'acquisto a titolo di erede e l'acquisto dall'erede apparente non siano stati trascritti anteriormente alla trascrizione dell'acquisto da parte dell'erede o del legatario vero, o alla trascrizione della domanda giudiziale contro l'erede apparente: la posizione del beneficiario della disposizione in base a titolo annullabile è, infatti, equiparabile a quella di erede apparente.

Ad eccezione delle ipotesi di cui agli artt. 606, 2° comma e 619, 2° comma c.c., l'annullabilità è la regola in ordine ai vizi formali del testamento. Viceversa, in ordine ai vizi sostanziali è prevista nel caso d'incapacità di disporre per testamento (cfr. art. 591 c.c.) e per i vizi della volontà (cfr. art. 624 c.c.).

Quanto ai rapporti tra azione diretta a far accertare la nullità e azione per l'annullamento del testamento giova ricordare come la Cassazione, abbandonando il precedente orientamento fondato su una rigida applicazione del principio dispositivo di cui all'art. 112 c.p.c.⁽⁶⁰⁾ ha recentemente affermato, anche in materia successoria, il potere del giudice di pronunciare l'annullamento del testamento anche in presenza di domanda diretta a far

Riguardo al termine di decorrenza della prescrizione dell'azione di annullamento, e in particolare per i rapporti tra gli artt. 624, 3° comma c.c. e 2935 c.c., v. Cass., 27 giugno 1992, n. 8063, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, 487, con nota di TANINI, *Onere della prova nel caso di spostamento del termine iniziale di prescrizione*.

⁽⁵⁹⁾ V. già Cass., 12 febbraio 1954, n. 354, in *Foro it.*, 1954, I, 581.

⁽⁶⁰⁾ La S.C., in relazione ad un giudizio in cui era stata originariamente proposta domanda di nullità del testamento e, solo nella comparsa conclusionale di primo grado, domanda per il suo annullamento conseguente all'accertata apocriefa della data ivi apposta, ha affermato che nullità e annullabilità sono forme d'invalidità nettamente distinte quanto a presupposti, disciplina e conseguenze, di talché deve escludersi che l'una azione sia compresa nell'altra o siano, tra loro, in rapporto di fungibilità anche quando siano fondate sui medesimi fatti: in questi termini, Cass., 30 luglio 1999, n. 8285, in *Corr. giur.*, 1999, 1223.

valere la nullità dell'atto, ponendosi come dipendente da una invalidità meno grave, nei termini di maggiore a minore⁽⁶¹⁾.

6. La redazione testamentaria risulta da sempre regolata da specifiche prescrizioni formali, le quali risultano certamente giustificate dall'importanza attribuita, nei vari sistemi giuridici, alla dichiarazione di volontà diretta a regolare gli interessi posteriori alla morte del testatore.

La dottrina giusromanistica più autorevole, nella disamina della ricorrente affermazione che il testamento sia sempre atto solenne, ha avuto modo di attestarne la relativa incongruenza laddove, delle tipiche forme tassativamente indicate negli artt. 601 ss. c.c., solo il testamento per atto notarile risulta accompagnato da un rito caratterizzato da una propria solennità⁽⁶²⁾. Diversamente, come si è avuto modo di vedere, il testamento olografo è, sotto il profilo formale, una scrittura privata del tutto particolare, dal momento che non basta l'autografia della sottoscrizione, occorrendo anche quella di contenuto e datazione⁽⁶³⁾.

Si è quindi affermato come la forma testamentaria sia necessaria non solo a richiamare l'autore in ordine all'importanza dell'atto, ma anche, e soprattutto, ad assicurare la sicura provenienza dell'atto medesimo, cioè a dire la redazione da parte del *de cuius*⁽⁶⁴⁾.

Nonostante il richiamo all'importanza dell'atto sia argomento ormai risalente nel tempo, nonché ricorrente nell'ambito dello studio della letteratura riguardante le forme testamentarie e donative, lo stesso può dirsi, ad oggi, superato a fronte della considerazione che ormai i privati si servono dei negozi liberali indiretti, privi di forma solenne⁽⁶⁵⁾; la liberalità successoria risulta, a maggior ragione, meno grave della liberalità *inter vivos* dal momento che serve, all'ereditando, all'esclusivo fine di soddisfare

⁽⁶¹⁾ V. Cass., 25 maggio 2012, n. 8366, in *Vita not.*, 2012, 1396; conf., in materia contrattuale, Cass., 18 luglio 2007, n. 15981, in *Contratti*, 2008, 53; Cass., 26 novembre 2002, n. 16708, in *Arch. civ.*, 2003, 376 e in *Gius*, 2003, 612; Cass., 12 novembre 1988, n. 6139, in *Mass. Giur. it.*, 1988.

⁽⁶²⁾ Cfr. BRANCA, *Dei testamenti ordinari. Artt. 601-608*, cit., 1 ss.; BETTI, *Diritto Romano. Parte generale*, I, Padova, 1935, 215; BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, 3^a ed., Milano, 1956, 172; S. RICCOBONO, *L'importanza ed il decadimento delle forme solenni nel mondo romano*, in *Miscellanea Vermeersh*, Roma, 1935, 15 ss.

⁽⁶³⁾ LISERRE, *Formalismo negoziale e testamento*, Milano, 1966, 137 ss.

⁽⁶⁴⁾ BRANCA, *Dei testamenti ordinari. Artt. 601-608*, cit., 3. In applicazione del principio, la giurisprudenza recente ha correttamente sancito la nullità di un testamento inciso mediante una punta acuminata, sulla piastrina metallica di un collare per cani, con lettere segnate in stampatello inidonee ad essere riferite a una determinata persona: sul punto v. Trib. Mistretta, 27 ottobre 2009, in *Giust. civ.*, 2010, I, 1513, con nota di M.P. CALOGERO, *Bizzarre modalità di confezione di un testamento olografo*.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. PALAZZO, *Atti gratuiti e donazioni*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2000, 111 ss. Sul punto, ampiamente, PALAZZO, SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 2, *Negozi successori anticipatori*, 30 ss. e 160 ss.

l'interesse di disporre dei propri averi per il tempo in cui avrà cessato di vivere⁽⁶⁶⁾, non già a spogliarsi dei medesimi con efficacia immediata ed irrevocabile. Esistono, peraltro, atti idonei a produrre conseguenze importanti sul piano delle relazioni giuridiche intersoggettive, e che trovano il proprio perfezionamento anche al di fuori della mera forma scritta; si tratta di atti che espongono il patrimonio del contraente a conseguenze non paragonabili alla redazione dell'olografo, e che, per di più, possono essere effettuati in maniera gratuita: si pensi alle stipulazioni di fideiussione, specialmente *omnibus*, ove perfezionate anteriormente alla legge sulla trasparenza bancaria (l. 17 febbraio 1992, n. 154), per la cui validità – al di là dell'acceso dibattito sulla meritevolezza sostanziale del negozio – occorre esclusivamente che la volontà del fideiussore sia espressa (cfr. art. 1937 c.c.)⁽⁶⁷⁾.

La resistenza nel tempo della forma testamentaria deve, quindi, rinvenirsi altrove.

Si è affermato, in dottrina, che la forma costituisce un mezzo per tutelare gli eredi legittimi contro la dispersione dei beni familiari agli estranei⁽⁶⁸⁾: detta impostazione si fonda sull'esegesi dell'art. 590 c.c., dal momento che la facoltà di conferma degli eredi legittimi dimostra che i presidi posti dall'ordinamento a tutela dei loro interessi non hanno ragione di resistere laddove i soggetti tutelati consentano scientemente che la disposizione viziata trovi esecuzione. Secondo altra parte della dottrina si coniuga il fine di una più meditata formulazione della volontà con quello della precostituzione della prova della volontà medesima⁽⁶⁹⁾: in tal modo argomentando, ci pare che, se lo scopo è principalmente quello della precostituzione di una prova attraverso la creazione di un documento, le prescrizioni sulla forma risultano un mezzo eccessivo, considerato che l'inosservanza del rito notarile può produrre conseguenze molto gravi anche nell'ipotesi in cui la provenienza della dichiarazione del testatore risulti del tutto dimostrata. La presenza della forma scritta, peraltro, orienta l'analisi del giudice verso i mezzi di prova documentali, ma non può considerarsi decisiva per l'operare delle devoluzioni, vista anche la possibilità di confermare un testamento nuncupativo. In ogni caso, all'alternatività delle forme testamentarie non solo si accompagna quella di strumenti negoziali idonei, con forme diverse e anche non solenni, a determinare effetti *post mortem*, ma la prevalenza

⁽⁶⁶⁾ V. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2, *La Famiglia. Le successioni*, cit., 391.

⁽⁶⁷⁾ In ordine alle questioni connesse v., di recente, A. SASSI, *Contratti di garanzia*, in PALAZZO, MAZZARESE (a cura di), *I contratti gratuiti*, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, 10, Torino, 2008, 478 ss., spec. 491 ss.; sui riflessi sugli oneri di pagamento degli eredi, PALAZZO, SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 1, *Categorie e specie della successione*, cit., 803 ss.

⁽⁶⁸⁾ G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, 68; RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, cit., 68.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. ALLARA, *Il testamento*, Padova, 1934, 132; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1959, 242 ss.

del negozio testamentario sul documento che lo contiene è oramai un dato acquisito, sia in dottrina civilistica che nell'interpretazione dei giudici⁽⁷⁰⁾.

Entrambi gli assunti, tuttavia, debbono intendersi infondati sia in rito che in merito.

In proposito va osservato anzitutto che, in base al recente orientamento della giurisprudenza di legittimità⁽⁷¹⁾, il testamento olografo costituisce sempre un documento proveniente da un terzo estraneo alla lite. Inoltre, si ritiene che le scritture private promananti da terzi costituiscano prove atipiche, il cui valore deve considerarsi meramente indiziario, con la conseguenza che le stesse possono: *a)* liberamente essere contestate dalle parti, non applicandosi alle stesse né la disciplina sostanziale di cui all'art. 2702 c.c., né quella processuale di cui all'art. 214 c.p.c.; *b)* contribuire a formare il convincimento del giudice unitamente agli altri dati probatori acquisiti al processo; detta regola, tuttavia, non si applica a quelle scritture la cui natura conferisce loro incidenza sostanziale e processuale intrinsecamente elevata, tale da richiedere la querela di falso al fine di contestarne l'autenticità: tra queste scritture – come ribadito di recente dalla Cassazione – posizione preminente assume proprio il testamento olografo⁽⁷²⁾.

Come osserva autorevole dottrina, tuttavia, la soluzione da ultimo adottata dalla Cassazione risulta essere troppo generica, e non tiene conto né della effettiva natura dei diritti successori, che incide anche sul piano processuale in vista della concreta attuazione dell'interesse dell'ereditando, né, soprattutto, della disciplina in tema di efficacia probatoria delle scritture⁽⁷³⁾: infatti, anche se il testamento olografo materialmente proviene da un soggetto che non può mai assumere la qualità di «parte» in senso processuale o sostanziale, acquistando efficacia solo con la morte del suo autore, è pur vero che la posizione di «parte» del destinatario dell'attribuzione deriva esclusivamente dalla devoluzione ereditaria. Come correttamente evidenziato dalle Sezioni Unite⁽⁷⁴⁾, quindi, non è corretto considerare l'olografo alla stregua di una qualsiasi scrittura proveniente da un terzo, ma sotto il profilo probatorio esso non può neppure essere equiparato ad un testamento pubblico, in quanto privo dei requisiti idonei ad attribuirgli pubblica

⁽⁷⁰⁾ La centralità delle forme testamentarie risulta ancora ben presente, nella giurisprudenza di legittimità del nostro ordinamento, anche in tema di formazione della prova e di verità del documento testamentario; di tale centralità sono elementi sintomatici sia l'applicabilità, alla fattispecie, delle regole sui vizi formali dell'atto di cui all'art. 606 c.c., sia la necessità della querela di falso per contestare l'autenticità – anche se olografo – del testamento: cfr., da ultimo, Cass., 24 maggio 2012, n. 8272, cit.

⁽⁷¹⁾ Cfr. *ex multis* Cass., Sez. un., 23 giugno 2010, n. 15169, cit.

⁽⁷²⁾ Cass., 24 maggio 2012, n. 8272, cit., sviluppando il *dictum* di Cass., Sez. un., 23 giugno 2010, n. 15169, cit.

⁽⁷³⁾ SASSI, *Testamento e garanzie giurisdizionali*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1427.

⁽⁷⁴⁾ V. Cass., Sez. un., 23 giugno 2010, n. 15169, cit.

fede⁽⁷⁵⁾: si è pur sempre dinanzi ad una scrittura privata, per quanto dotata di particolare rilevanza, da essa derivando il diritto controverso e, pertanto, la relativa posizione processuale dei successori.

Ad avviso della dottrina più autorevole tale aspetto qualifica la fattispecie, e consente un suo più corretto inquadramento⁽⁷⁶⁾: vi sono infatti casi in cui il documento, pur non provenendo (in tutto o in parte) da alcuna delle parti in causa, non può essere considerato alla stregua di una scrittura di terzo estraneo alla lite: ad esso non si applica, tuttavia, la disciplina prevista per l'atto pubblico (di cui non possiede i requisiti), ma quella contemplata con riferimento alle scritture private riferibili alle parti (cfr. artt. 2702 ss. c.c. e 214 ss. c.p.c.).

Così, ad esempio, se un soggetto subentra per atto *inter vivos* in una posizione contrattuale e s'instaura, successivamente, un procedimento in cui viene in contestazione l'autenticità della sottoscrizione nel contratto originario di chi lo ha designato⁽⁷⁷⁾, il rapporto è sempre regolato dal suddetto

⁽⁷⁵⁾ Tanto più che la giurisprudenza esclude il ricorso alla querela di falso anche relativamente al testamento segreto: v. PALAZZO, SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 1, *Categorie e specie della successione*, cit., 356 ss. Tali concetti sono, peraltro, ben presenti nella dottrina processualciviltistica sin dall'inizio del secolo scorso: v. L. MORTARA, *Manuale della procedura civile*, I, Torino, 1910, 415 s., secondo il quale rientra, tra le ipotesi di giudizio per verifica di scrittura, quella «di accertamento od impugnazione dell'autografia d'un testamento olografo, del quale non si può, secondo il parere prevalente e corretto, disconoscere il carattere di scrittura privata, anche dopo il deposito presso il notaio e la regolare pubblicazione».

Per la giurisprudenza di legittimità, successivamente al *dictum* di Cass., Sez. un., 23 giugno 2010, n. 15169, cit., v. Cass., 23 dicembre 2011, n. 28637, in *www.leggiditalia.it*, la quale afferma, in maniera più avveduta, che «la querela di falso ed il disconoscimento della scrittura privata sono istituti preordinati a finalità diverse e del tutto indipendenti tra loro, in quanto il primo postula l'esistenza di una scrittura riconosciuta, della quale si intende eliminare l'efficacia probatoria attribuitale dall'art. 2702 c.c., mentre l'altro, investendo la stessa provenienza del documento, è volto ad impedire che la scrittura acquisti detta efficacia e si risolve in un'impugnazione vincolata da forme particolari, rivolta a negare l'autenticità del documento che si assume contraffatto; pertanto, poiché il testamento olografo è un documento che non perde la sua natura di scrittura privata per il fatto che deve rispondere ai requisiti di forma imposti dalla legge (art. 602 c.c.) e che deriva la sua efficacia dal riconoscimento, espresso o tacito, che ne faccia il soggetto contro il quale la scrittura è prodotta, quest'ultimo, ove voglia impedire tale riconoscimento e contesti globalmente l'intera scheda testamentaria, deve proporre l'azione di disconoscimento, che pone a carico della controparte l'onere di dimostrare, in contrario, che la scrittura non è stata contraffatta e proviene, invece, effettivamente dal suo autore apparente. Da ciò si evince, quindi, che chi è stato istituito erede con un precedente testamento è legittimato, ai sensi dell'art. 214, 2° comma c.c. (che pone espresso riferimento agli eredi), a disconoscere un successivo testamento contro di lui prodotto e con il quale viene istituito altro erede».

⁽⁷⁶⁾ SASSI, *Testamento e garanzie giurisdizionali*, cit., 1428.

⁽⁷⁷⁾ Si veda, in proposito, l'ipotesi del contratto per persona da nominare, in

contratto, che assume, nel processo, una valenza che trascende la provenienza dal terzo che, in quanto tale, non ha la qualità di parte. Situazione analoga si verifica allorché il trasferimento consegua ad un atto *mortis causa* e, dall'attuazione delle disposizioni contenute nel documento, derivi la qualità di successore, e ciò riguardo sia ai designati, sia a coloro che hanno interesse alla contestazione⁽⁷⁸⁾: anche in questo caso – e a maggior ragione, considerato che il *de cuius* non può mai partecipare al giudizio – la posizione consegua alla operatività delle attribuzioni previste in suddetta scrittura la quale sul piano processuale deve essere riferita, quindi, alla parte che se ne avvantaggia⁽⁷⁹⁾; in tale ipotesi, il disposto del 2° comma dell'art. 214 c.p.c., secondo cui «gli eredi o aventi causa possono limitarsi a dichiarare di non conoscere la scrittura o la sottoscrizione del loro autore», concerne sempre il soggetto contro il quale la scrittura risulti prodotta – che ha l'onere del disconoscimento – e, pertanto, al successore contemplato in altro testamento incompatibile ovvero, in mancanza, all'erede legittimo⁽⁸⁰⁾.

Può ricorrersi alla querela di falso, pertanto, solo ove: *a*) la contestazione di autenticità venga effettuata da un terzo (e sarà necessario il riconoscimento espresso o tacito della scrittura), ovvero *b*) si assuma l'alterazione, da parte del terzo, della scheda testamentaria.

cui, per effetto della designazione, si verifica una modifica del contenuto a mezzo di sostituzione soggettiva: sul punto, PENNASILICO, *Profili della «contrattazione» per persona da nominare*, Napoli, 1995, 53 ss., spec. 67 ss. La dottrina processualcivile maggiormente autorevole del resto distingue, da tempo, tra terzi in senso proprio da una parte, e rapporti tra autore e successori e aventi causa dall'altra: v. almeno CARNELUTTI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Roma, 1956, 71, nonché le puntuali osservazioni di SCARDACCIONE, *Scrittura privata*, in *Noviss. dig. it.*, XVI, Torino, 1969, 814.

⁽⁷⁸⁾ L'impugnazione del negozio testamentario infatti determina, comunque, litisconsorzio necessario anche verso tutti gli eredi legittimi, in considerazione dell'unità del rapporto dedotto in giudizio e delle conseguenze della pronuncia che, in caso di accoglimento della domanda, comporterebbe applicazione della successione legittima: v. Cass., 14 gennaio 2010, n. 474, in *www.leggiditalia.it*; conf. Cass., 27 aprile 2005, n. 8728, in *Mass. Giur. it.*, 2005; Cass., 12 luglio 1986, n. 4533, in *Arch. civ.*, 1986, 1080; Cass., 21 maggio 1980, n. 3339, in *Foro it.*, 1980, I, 2798. In dottrina, cfr. CARAMAZZA, *Delle successioni testamentarie. Artt. 587-712*, in *Comm. teorico-pratico al cod. civ.* diretto da de Martino, *Delle successioni*, Roma, 1973, 162.

⁽⁷⁹⁾ Secondo la dottrina processualcivile, laddove abbia avuto luogo un passaggio di diritti (per eredità, cessione, etc.), chi agisce deve provare tanto l'esistenza originaria del diritto del proprio autore, quanto l'avvenuto passaggio: v., in tal senso, CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, 2ª ed., Napoli, rist. 1960, 156.

⁽⁸⁰⁾ *Contra*, SESTA, *Per impugnare il testamento olografo occorre la querela di falso*, in *Fam. e dir.*, 2012, 1103, che lo ritiene applicabile solo con riferimento ad una scrittura del *de cuius* prodotta avverso gli eredi a fondamento di una pretesa eccepita nei loro riguardi e non nei rapporti tra coeredi. Tuttavia, come vedremo tra breve, il procedimento di acquisizione della prova non può mai risultare influenzato né dall'oggetto della controversia, né dalle qualità o dalla posizione delle parti in causa (v. *infra* nel testo).

Quanto sinora precisato porta alla disamina della questione più rilevante in tema di falsità testamentaria, cioè a dire l'individuazione del soggetto su cui incombe il relativo onere della prova, ai fini della sua utilizzabilità o non utilizzabilità in giudizio.

Con particolare riguardo alla mancanza dei requisiti estrinseci del testamento, e alla ripartizione dell'onere probatorio nel conflitto tra erede legittimo e chi vanti diritti in forza del testamento, la Cassazione ha sostenuto che vigono gli stessi criteri determinati *ex lege* in materia di nullità *ex art. 606 c.c.*, e che l'onere di proporre istanza di verifica del contestato documento incombe sul secondo, cui spetta dimostrare la propria qualità di erede testamentario, mentre alcun onere – a parte quello del disconoscimento – grava sull'erede legittimo⁽⁸¹⁾.

La tesi relativa all'onere della contestazione ha avuto critiche in dottrina⁽⁸²⁾, con argomentazioni essenzialmente riguardanti la preminenza della successione testamentaria sulla legittima *ex art. 457, 2° comma c.c.*, e la ripartizione dell'onere probatorio nelle azioni di accertamento negativo.

L'analisi merita, tuttavia, di essere impostata sotto altro profilo: in particolare, vanno effettuati due fondamentali rilievi: *a)* l'olografo falso non è nullo per difetto di forma, ma inesistente, proprio come nel caso deciso dal Tribunale di Perugia con la sentenza oggetto del presente commento; *b)* onere e conseguenze della contestazione di autenticità sono regolati esclusivamente dalle norme sulla querela di falso o sulla verifica, a seconda dell'istituto processuale in concreto applicabile per la contestazione della verità del documento.

Quanto al rilievo *sub a)*, nell'ipotesi in esame, il testamento non può qualificarsi nullo per difetto di uno o più requisiti di forma essenziali quali autografia o sottoscrizione, ma esso è inesistente in quanto materialmente falso e privo della medesima volontà del testatore, essendo state le attribuzioni artatamente previste⁽⁸³⁾: nella decisione qui in commento il

⁽⁸¹⁾ Cass., 12 aprile 2005, n. 7475, in *Corr. giur.*, 2005, 1504, e in *Giust. civ.*, 2006, I, 927. Riguardo alla ripartizione dell'onere della prova, in senso conforme, Cass., 23 dicembre 2011, n. 28637, cit.; Cass., 30 ottobre 2003, n. 16362, in *Arch. civ.*, 2004, 964; Cass., 1° marzo 2002, n. 3009, in *Arch. civ.*, 2003, 94; Cass., 27 giugno 1974, n. 728, in *Giust. civ.*, 1974, I, 1195; Cass., 26 maggio 1971, n. 1599, in *Foro it.*, 1971, I, 2533; v. anche, in parte motiva, Cass., 5 novembre 1992, n. 11979, in *Arch. civ.*, 1993, 295.

⁽⁸²⁾ V. SESTA, *Per impugnare il testamento olografo occorre la querela di falso*, cit., 1101 s.

⁽⁸³⁾ In tema di applicazione dell'art. 590 c.c. v. almeno DELLE MONACHE, *Testamento (disposizioni generali)*. Artt. 587-590, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2005, 270 s.; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 933. In giurisprudenza, v. già Cass., 26 giugno 1964, n. 1689, in *Foro it.*, 1964, I, 1365, in base a cui la dichiarazione di falsità elimina *in toto* dal mondo del diritto l'atto di ultima volontà, e lo priva quindi di ogni minimo effetto, rendendolo inidoneo anche a dimostrare l'esistenza di una embrionale volontà testamentaria; Cass., 24 aprile 1965, n. 719, in *Foro it.*, 1965, I, 1719, in *Giust. civ.*,

Tribunale di Perugia, nel dichiarare la nullità del negozio testamentario non ha quindi tenuto in debito conto di come, anche a prescindere dalle cagionevoli condizioni di salute della *de cuius*, il negozio testamentario risulti, a fronte delle conclusioni rassegnate dal consulente tecnico d'ufficio, inidoneo a manifestare una volontà testamentaria, oltre che per la mancata corrispondenza tra la grafia di testo e firma, a causa di una sottoscrizione caratterizzata da falso per imitazione. Si tratta, inoltre, d'ipotesi diversa da quanto si verifica in presenza di testamento nuncupativo⁽⁸⁴⁾, nullo per difetto di forma ma in cui la volontà è ben presente, ovvero nel caso in cui il testatore abbia consentito la partecipazione del terzo alla redazione della scheda, che ne comporta la nullità – indipendentemente dal grado di significatività dell'intervento – difettando il requisito dell'olografia anche se in presenza di una volontà del *de cuius* in tal senso⁽⁸⁵⁾. Pertanto, nella

1965, I, 2293, e in *Giur. it.*, 1966, I, 1, 520, nella quale si afferma come l'art. 590 c.c. consenta la convalida delle disposizioni testamentarie nulle, qualunque sia la causa della nullità, cioè a dire sia ragioni formali (ad es., mancanza di sottoscrizione, sia pure dovuta a mera distrazione, a circostanze fortuite ovvero a ignoranza circa la sua essenzialità; testamento nuncupativo), che sostanziali (ad es., incapacità naturale o legale del testatore; vizi della volontà), tranne i casi in cui risulti assente in *rerum natura* una volontà dispositiva del *de cuius* (come nell'ipotesi di testamento falso), ovvero una clausola testamentaria contenga disposizioni contrarie a ordine pubblico o buon costume, mentre è ammessa la convalida di disposizioni nulle in quanto contrarie a norme imperative proibitive. V., più di recente, Cass., 23 giugno 2005, n. 13487, in *Vita not.*, 2005, 982, in base alla quale, laddove sia accertata la mancata autenticità della sottoscrizione apposta al testamento, non può trovare applicazione l'art. 590 c.c., che, nel consentirne la conferma o l'esecuzione da parte degli eredi, presuppone l'oggettiva esistenza di una disposizione testamentaria la quale, pur affetta da nullità, sia comunque frutto della volontà del *de cuius*; da ultimo, Cass., 28 maggio 2012, n. 8490, *ivi*, 2012, 1393, la quale ha ribadito la necessità della volontà di disposizione del *de cuius*, che costituisce un *prius* logico rispetto al riscontro dei requisiti formali e all'interpretazione della scheda testamentaria.

⁽⁸⁴⁾ Su cui *infra*, par. 7.

⁽⁸⁵⁾ V. Cass., 7 luglio 2004, n. 12458, in *Guida al dir.*, 2004, 35, 55; sul punto, PALAZZO, SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 1, *Categorie e specie della successione*, cit., 329 ss. L'intervento del terzo deve riguardare, ovviamente, il testamento propriamente inteso: la S.C. ha affermato che il principio dell'autografia non impedisce che nell'ambito di un medesimo documento siano enucleabili, da un lato, un testamento olografo pienamente rispondente ai requisiti di legge e, dall'altro, scritti di mano da un terzo apposti dopo la sottoscrizione del testatore e, quindi, collocati in una parte di documento diversa da quella occupata dal testamento, che, come tali, non possono invalidare la scheda testamentaria autonomamente redatta dal testatore, avendosi nullità solo ove l'intervento del terzo avvenga anche con l'inserzione di una sola parola, di sua mano, nel corpo delle disposizioni di ultima volontà (nella specie, veniva confermata la sentenza di merito che aveva respinto la domanda di nullità del testamento in un caso nel quale, dopo le disposizioni di ultima volontà redatte di pugno dal testatore e da lui sottoscritte compariva anche, redatta da mano diversa, l'indicazione secondo cui la persona nominata erede universale avrebbe dovuto avere cura del testatore, e preoccuparsi del suo funerale): Cass., 30 ottobre 2008, n. 26258, in *Giur. it.*, 2009, 1652 e *ivi*, 1929, con nota di RUFO SPINA,

fattispecie che ci occupa non può mai trovare applicazione l'art. 606 c.c. concernente i vizi formali del testamento, in quanto, più propriamente, manca la sostanza dell'atto: gli interessi tutelati dalla suddetta norma sono, quindi, radicalmente diversi.

Quanto al rilievo *sub b)*, occorre premettere come le regole sulla effettuazione della contestazione e sull'onere probatorio siano molto differenti a seconda del procedimento che risulta in concreto applicabile, cioè a dire querela di falso o verificaione: 1) la querela di falso, diversamente dalla verificaione, dev'essere proposta da parte di chi assume la falsità⁽⁸⁶⁾, e a norma del 2° comma dell'art. 221 c.p.c. «deve contenere, a pena di nullità, l'indicazione degli elementi e delle prove» di essa, mentre soltanto dopo la sua proposizione entra in gioco la parte che intende avvalersi del documento contestato, attraverso l'interpello di cui al successivo art. 222 c.p.c.; pertanto, indipendentemente dalla soluzione accolta riguardo alla possibilità di accertare in via autonoma e principale la falsità o la verità del documento⁽⁸⁷⁾, è chiara la *ratio* del compilatore, dal momento che è colui che ne contesta la verità che ha l'onere di promuovere il relativo giudizio, restando all'altra parte la decisione se avvalersene o meno come mezzo di prova: in quest'ultimo caso, la querela diviene superflua ai fini della decisione della controversia principale; 2) viceversa, se trovano applicazione le regole in tema di scrittura privata, una volta effettuato il disconoscimento dalla parte contro la quale questa è prodotta⁽⁸⁸⁾, è il soggetto che intende comunque avvalersi della scrittura che deve necessariamente chiederne la verificaione *ex art.* 216 c.p.c. in quanto, in caso contrario, la stessa non è utilizzabile⁽⁸⁹⁾.

Il testamento olografo tra autografia ed effettiva volontà del testatore: due speculari pronunce della Cassazione, in *Fam. pers. e succ.*, 2009, 612, con nota di AMBANELLI, *Aggiunte apocriefe successive e manomissioni di terzo al testamento olografo*, e in *Foro it.*, 2009, I, 792.

⁽⁸⁶⁾ V., di recente, M. CONTE, *Le prove civili*, Milano, 2005, 176.

⁽⁸⁷⁾ Si realizza, in tal modo, l'interesse ad una sua eliminazione giuridica e conseguente inutilizzabilità a fini probatori o, viceversa, all'attribuzione al medesimo di una definitiva attitudine a costituire mezzo di prova: in ordine a tale questione cfr. DENTI, *Prova documentale in diritto processuale civile*, in *Digesto civ.*, XVI, Torino, 1997, 39.

⁽⁸⁸⁾ In base all'art. 214, 1° comma c.p.c., detta parte ne ha il relativo onere, al fine di evitare gli effetti di cui al successivo art. 215 (riconoscimento tacito): tale onere sussiste, come detto, anche in capo agli eredi o aventi causa, con la sola differenza che questi possono limitarsi, in luogo del disconoscimento, a dichiarare di non conoscere la scrittura o la sottoscrizione del loro autore (cfr. art. 214, 2° comma c.p.c.).

⁽⁸⁹⁾ Non può condividersi, in proposito, quanto affermato in alcune pronunce giurisprudenziali che propendono per attribuire alternativamente, alla parte contro cui è prodotta la scrittura, la possibilità di disconoscerla ovvero di procedere tramite querela di falso. Quest'ultima infatti – come sottolineato dalla S.C. medesima – è possibile solo nell'ipotesi di scrittura privata riconosciuta espressamente o tacitamente, di talché non ha senso legittimare la stessa parte, che ha riconosciuto la

Pertanto, la ripartizione tra le parti dell'onere di accertamento della verità del documento è inversa a quella prevista per la querela di falso.

Dal momento che il successore non può, quindi, essere considerato terzo in senso proprio rispetto alla contestazione del testamento riferito al proprio *de cuius*, debbono ritenersi applicabili, alla fattispecie che ci occupa, non già le norme sulla querela di falso, ma quelle su riconoscimento e verifica della scrittura privata, come correttamente sostiene, peraltro, la giurisprudenza prevalente, che parla di «onere di proporre istanza di verifica»⁽⁹⁰⁾.

In particolare, in caso di contestazione è proprio l'erede testamentario a dover provare la verità del documento tramite la verifica in quanto, in difetto, il testamento non è utilizzabile per dimostrare la propria qualità, con conseguente applicazione delle regole contenute in un testamento precedente o, in mancanza, di quelle sulla successione legittima⁽⁹¹⁾.

Non possono condividersi, in proposito, le già richiamate obiezioni mosse da una parte della dottrina⁽⁹²⁾ e fondate, essenzialmente, sulla preminenza della successione testamentaria sulla legittima *ex art. 457, 2° comma c.c.*, nonché sulla ripartizione dell'onere probatorio nelle azioni di accertamento negativo, ove la prova dell'inesistenza degli elementi costitutivi della fattis-

genuinità del documento *ex artt. 214-215 c.p.c.* a procedere, poi, con la querela di falso al fine di contestarne l'autenticità: cfr., sul punto, Cass., 23 dicembre 2011, n. 28637, cit., la quale nella parte motiva si contraddice con quanto espresso in precedenza, richiamando Cass., 29 gennaio 2007, n. 1789, in *Mass. Giur. it.*, 2007.

L'operatività di tale meccanismo, distante dai principi che governano l'onere della prova nell'accertamento delle situazioni giuridiche soggettive, è stata oggetto dell'attenzione della dottrina già con riferimento all'analogia previsione contenuta nel precedente codice di rito del 1865, ed è stata spiegata essenzialmente sulla base di «considerazioni di assoluta convenienza pratica»: v., sul punto, L. MORTARA, *Manuale della procedura civile*, I, cit., spec. 413 s., che afferma: «L'eccezione è ben giustificata da considerazioni di assoluta convenienza pratica; e fu accolta generalmente, però che riuscirebbe troppo facile svigorire l'utilità sociale della prova scritta, se colui il quale si deve valere di un documento privato fosse prima e sempre obbligato a dimostrarne l'autenticità. Pertanto la legge stabilisce che la persona contro la quale viene il medesimo prodotto sia obbligata a riconoscere, anche col silenzio, ovvero a *negare formalmente* il proprio carattere o la propria sottoscrizione; se si tratti del carattere o della sottoscrizione di un terzo, datore od autore a qualunque titolo, l'obbligo sussiste del pari, ma alla *negativa formale* può essere sostituita la semplice dichiarazione *di non conoscerli*; sarebbe incivile per verità che in forza di una sottoscrizione o di una scrittura altrui, che possiamo non conoscere, e per virtù della sola affermazione dell'avversario, uno scritto avesse forza di obbligarci» (i corsivi sono dell'Autore).

⁽⁹⁰⁾ Cass., 12 aprile 2005, n. 7475, cit.; conf. Cass., 23 dicembre 2011, n. 28637, cit.; Cass., 30 ottobre 2003, n. 16362, cit.; Cass., 1° marzo 2002, n. 3009, cit.; Cass., 5 novembre 1992, n. 11979, cit.; Cass., 27 giugno 1974, n. 728, cit.; Cass., 26 maggio 1971, n. 1599, cit.

⁽⁹¹⁾ Cfr. Cass., 23 dicembre 2011, n. 28637, cit.

⁽⁹²⁾ SESTA, *Per impugnare il testamento olografo occorre la querela di falso*, cit., 1101 s.

pecie dedotta incombe sull'attore. Sia la querela di falso che la verificaione sono, infatti, procedimenti riguardanti esclusivamente la formazione della prova nel corso del processo: in essi quindi non è oggetto di controversia l'esistenza di diritti soggettivi a cui, viceversa, si riferiscono il principio di cui all'art. 457, 2° comma c.c. e la regola dell'art. 2697 c.c. In relazione alle questioni non aventi ad oggetto situazioni successorie – sebbene dispieganti, comunque, effetti sul loro accertamento e riconoscimento – quali quelle concernenti la verità dei testamenti, non esistono in capo ai successibili diritti in senso proprio: correttamente, quindi, la S.C. ha abbandonato l'indirizzo risalente, che confondeva tra regole sull'acquisizione della prova e giudizi di accertamento (negativo) di situazioni giuridiche soggettive⁽⁹³⁾. Le regole sulla prova documentale sono prestabilite, e quelle sulla contestazione della verità del documento non possono evidentemente mutare in relazione all'oggetto della controversia principale, né tanto meno vengono influenzate dalle qualità o dalla posizione processuale assunta in concreto dalle parti nel singolo, specifico giudizio.

Concludendo, è quantomeno opportuno soffermare l'attenzione sulla questione relativa alla contestazione della verità del testamento: di tratta, in altre parole, di stabilire se detta contestazione possa essere sollevata in un eventuale procedimento arbitrale – intentato a seguito di convenzione, o direttamente imposto dal testatore – e portata alla cognizione degli arbitri.

La querela di falso non può notoriamente essere oggetto di decisione arbitrale, avendo il relativo procedimento una connotazione pubblicistica testimoniata dall'intervento del pubblico ministero e dalla competenza per materia del Tribunale, che giudica in composizione collegiale⁽⁹⁴⁾. Conse-

⁽⁹³⁾ Cass., 15 giugno 1951, n. 1545, in *Foro it.*, 1951, I, 855, in base alla quale nelle azioni di accertamento negativo – qual è quella promossa da chi neghi la qualità di erede testamentario del convenuto – incombe sull'attore l'onere di provare l'inesistenza della fattispecie dedotta, e tale principio si applica anche in tema di accertamento negativo della provenienza di scrittura privata e di testamento olografo. È evidente l'errore in cui è caduta la S.C., applicando ad un procedimento concernente la mera acquisizione della prova le regole che riguardano l'accertamento dei diritti soggettivi: errore, tuttavia, superato dal successivo orientamento che, in proposito, correttamente ritiene come sia ininfluenza la posizione processuale assunta dalle parti, non rilevando se l'azione sia stata esperita dall'erede legittimo (per far valere, in via principale, la falsità documentale) ovvero da quello testamentario, il quale, agendo per vedersi riconosciuti i propri diritti ereditari, abbia visto contestata l'autenticità del testamento da parte dell'erede legittimo: cfr. Cass., 26 maggio 1971, n. 1599, cit.; Cass., 27 giugno 1974, n. 728, cit.; Cass., 5 novembre 1992, n. 11979, cit.; Cass., 1° marzo 2002, n. 3009, cit.; Cass., 30 ottobre 2003, n. 16362, cit.; Cass., 12 aprile 2005, n. 7475, cit.; Cass., 23 dicembre 2011, n. 28637, cit.

⁽⁹⁴⁾ V. in proposito CARNACINI, *Arbitrato rituale*, in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, 1957, 892; v. inoltre, più di recente, F. AULETTA, *L'istruzione probatoria*, in VERDE (a cura di), *Diritto dell'arbitrato rituale*, 4ª ed., Torino, 2007, 303; MAGNONE CAVATORTA, *Prova documentale e arbitrato*, Padova, 2008, 141.

guentemente, se la contestazione dell'autenticità del documento di cui si tratta richiede l'attivazione della querela di falso, la parte deve sollevarla in maniera formale, al fine di consentire al giudice privato di procedere all'interpello dell'altra parte *ex art. 222 c.p.c.*⁽⁹⁵⁾: ove quest'ultima non intenda avvalersi del documento contestato, esso non è utilizzabile a fini probatori e il giudizio prosegue mentre, in caso contrario, deve sospendersi in attesa della decisione del Tribunale sulla querela di falso. L'arbitro, in sostanza, una volta accertata l'esistenza di presupposti e requisiti di cui all'art. 221 c.p.c., e ritenuto rilevante il documento contestato, ai fini del decidere, *ex art. 222 c.p.c.*, con provvedimento di sospensione autorizza la presentazione della querela dinanzi all'a.g.o.⁽⁹⁶⁾.

Quanto alla verifica, gli interpreti sono divisi: vi sono, da una parte, coloro che attribuiscono il potere di conoscere della questione anche al giudice privato, in qualità di giudice della controversia in cui il documento forma elemento probatorio; dall'altra, coloro che tale potere negano, sul presupposto che l'autenticità del documento abbia sempre riflessi sulla pubblica fede e sia, quindi, suscettibile del solo accertamento con effetti *erga omnes*⁽⁹⁷⁾.

Il problema trova soluzione nella possibilità di configurare un potere, del giudicante, di risolvere la questione in via incidentale, senza che sul punto si formi alcuna statuizione specifica che abbia autorità di giudicato, neppure implicito: con ciò si qualifica la verifica come mera attività diretta alla acquisizione della prova, rientrante, in quanto tale, nei poteri istruttori di chi ha la cognizione della causa principale⁽⁹⁸⁾. Si ritiene che la verità di una scrittura privata possa essere accertata in via incidentale dal giudice della controversia principale solo ove la parte legittimata non richieda formalmente l'apertura di un procedimento che si chiuda con sentenza idonea, sul punto, ad assumere autorità di giudicato.

⁽⁹⁵⁾ Cfr. CARNACINI, *Arbitrato rituale*, loc. cit.; MAGNONE CAVATORTA, *Prova documentale e arbitrato*, cit., 142.

⁽⁹⁶⁾ V. MAGNONE CAVATORTA, *Prova documentale e arbitrato*, cit., 143.

⁽⁹⁷⁾ V., nel primo senso, MONTESANO, *Questioni incidentali nel giudizio arbitrale e sospensione di processi*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 5; C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, 2^a ed., Padova, 2012, 651; MAGNONE CAVATORTA, *Prova documentale e arbitrato*, cit., 149 s. Nel secondo senso, cfr. E.F. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, Milano, 1974, 57 s.; SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, 3^a ed., Milano, 1988, 499; MARENGO, *Lo svolgimento del processo nell'arbitrato*, in *Riv. arbitrato*, 1997, 312; RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, 3^a ed., Padova, 2002, spec. 656 e 694 s.; più in generale, COMOGLIO, *Le prove civili*, 2^a ed., Torino, 2004, 165; F. AULETTA, *L'istruzione probatoria*, cit., 205 s. In giurisprudenza, v. Cass., 28 marzo 1995, n. 3674, in *Foro it.*, 1995, I, 3051, con nota di richiami di BARONE, e in *Guida al dir.*, 1995, 32, 76, con nota di MONTESANO, *Solo l'accertamento del giudice ordinario consente di trascrivere la scrittura privata*, in ordine all'assunto che le parti non possono autonomamente disporre del requisito di autenticità della scrittura, che ha rilevanza *erga omnes*.

⁽⁹⁸⁾ V., in tal senso, MAGNONE CAVATORTA, *Prova documentale e arbitrato*, cit., 149.

Quindi, è la parte legittimata a chiedere la verifica (al fine di avvalersi del documento contestato) che deve formulare al giudice le proprie richieste a seconda dell'interesse specifico che può avere, come ad esempio l'utilizzabilità o meno del documento in altre situazioni, siano esse giudiziali o stragiudiziali: *a)* nell'ipotesi in cui le istanze di questa siano specificamente dirette ad accertare la verità del documento con efficacia *erga omnes*, non v'è dubbio che il relativo procedimento sia regolato dagli artt. 216-220 c.p.c., e la cognizione è sottratta al giudice privato, il quale non possiede identità di posizione rispetto a quello pubblico⁽⁹⁹⁾; *b)* diversamente, se le predette istanze (anche implicite) siano indirizzate unicamente verso l'utilizzabilità della scrittura nello specifico procedimento, allora si rende possibile ritenere la verità o falsità del documento da parte del giudice della causa, che risolve la controversia sulla base della utilizzabilità o meno del documento contestato, incidentalmente decisa⁽¹⁰⁰⁾. Peraltro, non vi è ragione per escludere l'applicabilità di detto principio al giudice privato, tanto più che l'art. 816-*bis* c.p.c. attribuisce alle parti il potere di stabilire le norme del procedimento, e l'art. 816-*ter* si limita a precisare alcuni poteri istruttori: conseguentemente taluni⁽¹⁰¹⁾, sul modello dell'ordinamento tedesco ritengo-

⁽⁹⁹⁾ Cfr. M. BOVE, *La giustizia privata*, cit., 142.

⁽¹⁰⁰⁾ Per la giurisprudenza di legittimità v., di recente, Cass., 19 dicembre 2012, n. 23450, in *www.leggiditalia.it*, in base alla quale il procedimento di verifica proposto in via incidentale si risolve in un mero incidente istruttorio volto a rendere il documento utilizzabile come prova: non costituisce, pertanto, esercizio di autonomo potere di azione inquadrandosi, viceversa, nell'attività istruttoria delle parti e, più precisamente, del potere processuale di produrre documenti, rispetto a cui mantiene carattere e finalità strumentali; v. inoltre Cass., 24 maggio 2012, n. 8272, cit., ove in parte motiva, richiamando concetti già espressi in Cass., 6 giugno 2006, n. 13258 (in *Mass. Giur. it.*, 2006), si afferma come l'istanza di verifica della scrittura privata sconosciuta possa essere anche implicita – come quando s'insista nell'accoglimento della pretesa che presuppone l'autenticità del documento –, e non esiga formale apertura di un procedimento incidentale, né l'assunzione di specifiche prove, laddove gli elementi già acquisiti o la situazione processuale siano ritenuti sufficienti per una pronuncia al riguardo (per la giurisprudenza di merito cfr., nel medesimo senso, Trib. Milano, 21 ottobre 2009, in *bd44.leggiditalia.it*). V. anche, sotto il profilo della competenza, Cass., 13 aprile 2012, n. 5929, *ivi*, la quale precisa come, nell'ipotesi in cui l'incidente di verifica insorga davanti al Tribunale in composizione monocratica o al Giudice di Pace, la regola della competenza sia quella desumibile *ex art.* 216 c.p.c. – laddove sottende che la decisione deve farsi dallo stesso Tribunale investito della causa in cui la verifica viene chiesta –, in forza dei rinvii operati dagli artt. 281-*bis* e 311 c.p.c.: pertanto, il Tribunale in composizione monocratica o il Giudice di Pace non possono rimettere la decisione sull'incidente al Tribunale in composizione collegiale invocando l'art. 220 c.p.c., che non esprime regola di competenza.

⁽¹⁰¹⁾ Cfr. M. BOVE, *La giustizia privata*, cit., 126 ss., spec. 128 ss. In giurisprudenza, v. Cass., 26 settembre 2007, n. 19949, in *Mass. Giur. it.*, 2007, in base a cui nel giudizio arbitrale, laddove le parti non abbiano determinato, nel compromesso o nella clausola compromissoria, le regole processuali da adottare, gli arbitri sono liberi di regolare l'articolazione del procedimento nella maniera che ritengono più

no che, in tema di acquisizione e valutazione della prova, al procedimento arbitrale possa applicarsi per intero il complesso normativo dettato, sia nel codice civile che in quello di rito, per lo svolgimento dell'attività istruttoria nel procedimento ordinario.

Pertanto, la cognizione degli arbitri in ordine alla verifica dipende da attività e richieste della parte legittimata. Se quest'ultima ha interesse a far valere la genuinità del documento solo nello specifico procedimento la questione può incidentalmente risolversi, in sede di valutazione probatoria, anche dal giudice privato; se, al contrario, si domanda una specifica ed autonoma statuizione avente ad oggetto verità o falsità dell'atto contestato, la relativa cognizione è sottratta all'arbitro, che sospenderà il giudizio allo stesso modo che nell'ipotesi in cui occorre procedere a querela di falso. Tale soluzione, infine, si pone in linea con l'oggetto della giurisdizione privata, individuato *ex art.* 806 c.p.c. nella risoluzione delle controversie su esistenza e/o modo di essere di una situazione giuridica disponibile⁽¹⁰²⁾.

7. La questione riguardante la rilevanza giuridica del testamento orale è strettamente legata a quella della sua possibile conferma: si tratta, infatti, di verificare se il c.d. testamento nuncupativo sia soltanto nullo per evidente vizio di forma ovvero sia addirittura inesistente, in quanto privo di elementi sufficienti a ravvisarvi un negozio di ultima volontà.

La giurisprudenza ha ammesso la possibilità che il testamento orale sia confermato, sia riguardo a casi formati sotto il vigore del codice abrogato, sia con decisioni riguardanti il codice attuale⁽¹⁰³⁾. Valgono su tutte le non

opportuna e, pertanto, anche di discostarsi dalle prescrizioni dettate dal codice di rito, purché rispettino – sia pure con gli opportuni adattamenti – il principio indelegabile del contraddittorio di cui all'art. 101 c.p.c., di talché essi possono regolare l'assunzione delle prove nel modo ritenuto più opportuno.

⁽¹⁰²⁾ M. BOVE, *La giustizia privata*, cit., 2.

⁽¹⁰³⁾ Cfr. Cass., 16 maggio 1941, n. 1476, in *Foro it.*, 1941, I, 1036; Cass., 19 aprile 1956, n. 1192, *ivi*, 1956, I, 672; Cass., 5 maggio 1962, n. 888, in *Giust. civ.*, 1962, I, 1690; Cass., 26 giugno 1964, n. 1689, cit.; Cass., 24 aprile 1965, n. 719, cit.; Cass., 11 luglio 1996, n. 6313, cit.; Cass., 23 giugno 2005, n. 13487, cit.; App. Cagliari, 28 marzo 1955, in *Rep. Giust. civ.*, 1956, voce «Successione testamentaria», n. 102; App. Roma, 4 maggio 1961, in *Temi romana*, 1962, 240; App. Brescia, 20 luglio 1995, in *Notariato*, 1996, 247, con nota di CELESTE, *Efficacia probatoria dell'atto pubblico, accertamento negoziale e funzione notarile*; Trib. S. Maria Capua Vetere, 28 giugno 1955, in *Dir. e giur.*, 1956, 319. In dottrina, cfr. PASETTI, *La sanatoria per conferma del testamento e della donazione*, Padova, 1953, 91 ss.; DE SIMONE, *Se il testamento nuncupativo sia confermabile ex art. 590 cod. civ.*, in *Dir. e giur.*, 1956, 319 ss.; G. GABRIELLI, *L'oggetto della conferma ex art. 590*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1964, 1385 ss.; BIGLIAZZI GERI, *Della successione testamentaria. Artt. 587-600*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1993, 157; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2, *La Famiglia. Le successioni*, cit., 640; BRANDANI, *Conferma ed esecuzione volontaria di disposizione testamentaria nulla*, in CALVO, G. PERLINGIERI (a cura di), *Diritto delle successioni*, Napoli, 2008, 878.

molto risalenti affermazioni della S.C. in un caso di responsabilità disciplinare di un notaio, il quale aveva ricevuto le dichiarazioni dei legittimari dirette a espressamente confermare le disposizioni testamentarie rese in forma orale dal *de cuius*, sulle premesse, dagli stessi dichiarate, dell'inesistenza di un testamento formale e della ripetuta, dettagliata e mai revocata volontà del defunto, espressa oralmente, circa la destinazione dei propri beni: detta responsabilità veniva esclusa, contrariamente ai giudici di merito, dalla Cassazione, la quale ribadiva la confermabilità del testamento nuncupativo⁽¹⁰⁴⁾. Tale impostazione giurisprudenziale si basa, soprattutto, sull'ampio tenore dell'art. 590 c.c.

Buona parte della dottrina ritiene invece necessaria la sussistenza di una scheda da cui risulti la volontà testamentaria dal momento che, in caso contrario, «si finisce per attribuire alla conferma non più la natura di atto accessorio (...), ma la natura di atto sostitutivo del testamento»⁽¹⁰⁵⁾; si aggiunge inoltre che «l'eventuale conferma del testamento orale non avrebbe, in ogni caso, l'efficacia di consentire il trasferimento di immobili, per i quali l'atto scritto è necessario *ad substantiam*» e che lo scopo empirico della conferma possa essere raggiunto a mezzo di atti *inter vivos* senza compromettere, in tal modo, una superiore esigenza di certezza dei rapporti giuridici⁽¹⁰⁶⁾.

Dette osservazioni della dottrina, a fronte della realtà normativa di cui al citato art. 590 c.c. non appaiono condivisibili, ed anzi rendono maggiore pregio alla opinione di chi costruisce l'autonomia della conferma formale o solenne⁽¹⁰⁷⁾, con l'utilità che presenta anche in tema di testamento orale, conferendo dignità dottrinale ai risultati pratici conseguiti, in giurisprudenza, spesso per vie traverse: si è correttamente rilevato, in particolare, come «una volontà attributiva del *de cuius*» debba intendersi «certamente desumibile anche da una dichiarazione orale», distinguendosi il profilo della istituzione di erede, non sanata dalla conferma, dalla attribuzione patrimoniale che, con quest'ultima, trova compimento⁽¹⁰⁸⁾; in detta prospettiva, il negozio di conferma costituisce «negozio unilaterale cui conseguono effetti (immediatamente) attributivi, alla cui produzione è strutturalmente idoneo;

⁽¹⁰⁴⁾ V. Cass., 11 luglio 1996, n. 6313, cit.

⁽¹⁰⁵⁾ Cfr. CARAMAZZA, *Delle successioni testamentarie. Artt. 587-712*, cit., 56; ma v. anche CICU, *Il testamento*, cit., 29 e 95, il quale ritiene come nell'art. 590 non sia contenuta una deroga al requisito della solennità del testamento; GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, I, 2^a ed., Milano, rist. 1964, 239; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 839 s. e 933. In giurisprudenza, Trib. Trani, 28 luglio 1950, in *Dir. e giur.*, 1950, 419; Trib. Bergamo, 7 novembre 1994, in *Notariato*, 1995, 277.

⁽¹⁰⁶⁾ Cfr. CARAMAZZA, *Delle successioni testamentarie. Artt. 587-712*, loc. cit.

⁽¹⁰⁷⁾ F. GAZZONI, *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, Milano, 1974, 141 ss.

⁽¹⁰⁸⁾ F. GAZZONI, *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, cit., 233-237.

esso è pertanto negozio autonomo, sotto il profilo dell'efficacia del negozio nullo confermato»⁽¹⁰⁹⁾.

Riguardo a forma ed eventuale trascrizione della conferma si è rilevato che, nell'ipotesi di conferma per esecuzione di una disposizione testamentaria orale avente ad oggetto un immobile, la conferma costituisce un titolo idoneo al trasferimento della proprietà, assistito da una valida giustificazione causale (*causa firmandi*) e rivestito di opportuna forma (esecuzione)⁽¹¹⁰⁾.

8. Le nullità formali dei testamenti ordinari sono previste dall'art. 606, 1° comma c.c., e la scheda deve intendersi nulla: *a)* nel caso di testamento olografo, quando manca l'autografia o la sottoscrizione; *b)* nel caso di testamento per atto di notaio, ove manca la redazione per iscritto, da parte del notaio, delle dichiarazioni del testatore o la sottoscrizione dell'uno o dell'altro.

Nell'ipotesi di testamento speciale, le nullità formali sono previste dall'art. 619, 1° comma c.c., cioè a dire ove manca la redazione per iscritto della dichiarazione del testatore, ovvero la sottoscrizione della persona autorizzata a riceverla o del testatore.

L'impianto sistematico di cui all'art. 606 c.c. risulta opposto a quello previsto in materia contrattuale, nel quale l'annullabilità deve essere espressamente prevista *ex lege*, mentre la nullità è virtuale, derivante da una norma di carattere generale (cfr. art. 1418, 1° comma c.c.)⁽¹¹¹⁾.

In caso di data mancante o insufficiente si ha semplice annullabilità della scheda; lo stesso deve dirsi nell'ipotesi di mancanza di autografia della

⁽¹⁰⁹⁾ F. GAZZONI, *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, cit., 141 s.

⁽¹¹⁰⁾ In presenza di accordo delle parti, il comportamento esecutivo può essere ricondotto in forma scritta: se, pertanto, questa possiede le caratteristiche di cui all'art. 2657 c.c., segue la trascrizione *ex art.* 2643 c.c. (come dimostrato dalla fattispecie decisa da Cass., 11 luglio 1996, n. 6313, cit.), altrimenti «il titolo trascrivibile non potrà che essere una sentenza di accertamento, ai sensi dell'art. 2657 c.c. – e non dell'art. 2651 – e con gli effetti degli artt. 2644 e 2650 c.c., perché si accetterebbe un acquisto già avvenuto sulla base della fattispecie esecutiva»: in tal senso F. GAZZONI, *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, cit., 291 ss., spec. 294. In giurisprudenza, come già anticipato, l'idoneità della conferma ricevuta per atto pubblico a produrre effetti traslativi e a costituire titolo per la trascrizione è stata, di recente, ribadita da Cass., 11 luglio 1996, n. 6313, cit.

⁽¹¹¹⁾ La materia qui in esame non costituisce tuttavia l'unica eccezione, nel sistema del diritto privato, alla regola della nullità virtuale, dal momento che anche in materia di deliberazioni societarie sono espressamente previste le ipotesi di nullità (art. 2379 c.c.), e genericamente indicate le violazioni che comportano l'annullabilità (art. 2377 c.c.). La legge notarile prevede, inoltre, sanzioni connesse a vizi formali che non sempre collimano con quelle previste dal codice civile; in ipotesi di contrasto, si applicano le disposizioni codicistiche come deriva, tra l'altro, dal tenore dell'art. 60 l. not.: di talché l'indicazione dei casi tassativi di nullità di cui all'art. 606, 1° comma c.c. esclude l'applicabilità delle ulteriori ipotesi derivanti dall'art. 58 l. not.

data, ove la sanzione non può essere più rigorosa di quella prevista per la mancanza della data medesima⁽¹¹²⁾.

Da qualunque ipotesi dipenda, la nullità conserva i caratteri d'imprescrittibilità, assolutezza e rilevabilità d'ufficio; come si è già avuto modo di rilevare, inoltre, in materia testamentaria la nullità della scheda non preclude che possa applicarsi la speciale conferma di cui all'art. 590 c.c.

A tutti gli altri difetti formali è associata la sanzione dell'annullamento, e la relativa azione può essere proposta, ex art. 606, 2° comma c.c., da chiunque vi abbia interesse: si tratta pertanto di una ipotesi di annullabilità assoluta, che vale ad ulteriormente distinguere la materia testamentaria da quella contrattuale (e si vedano in proposito gli artt. 1441, 1° comma e 1421 c.c.), unitamente al rilievo dell'annullabilità della donazione per errore sul motivo (cfr. art. 787 ss. c.c.).

Parte della dottrina sostiene come la legittimazione a promuovere l'azione di annullamento debba risultare connessa all'esercizio di un diritto che sorgerebbe per effetto dell'esperimento positivo dell'azione⁽¹¹³⁾.

Come si è già avuto modo di rilevare, l'azione di annullamento nonché, per alcuni, la relativa eccezione, si prescrivono nel termine di cinque anni dal giorno in cui è stata data esecuzione alle disposizioni testamentarie (cfr. art. 606, 2° comma, ult. parte c.c.), e vi è il decorso della prescrizione anche in caso di esecuzione parziale delle disposizioni testamentarie⁽¹¹⁴⁾.

I giudizi di nullità e di annullamento per vizi formali coinvolgono l'intero testamento: debbono pertanto svolgersi nei confronti di tutti gli interessati⁽¹¹⁵⁾.

Riguardo al testamento olografo, la sanzione dell'annullabilità riguarda, in concreto, assenza ed incompletezza della data.

Quanto al testamento pubblico e segreto, la sanzione della nullità di

⁽¹¹²⁾ Cfr. CICU, *Il testamento*, cit., 81, e G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 861. *Contra*, CARAMAZZA, *Delle successioni testamentarie. Artt. 587-712*, cit., 161.

⁽¹¹³⁾ Cfr. CICU, *Il testamento*, cit., 100. *Contra*, GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, I, cit., 213.

⁽¹¹⁴⁾ Pertanto, come sottolinea CARAMAZZA, *Delle successioni testamentarie. Artt. 587-712*, cit., 162 (ma v. in proposito anche Cass., 27 aprile 2005, n. 8728, cit., nonché Cass., 14 gennaio 2010, n. 474, cit.), il comportamento esecutivo «deve consistere in un'attività che denunci inequivocabilmente la volontà di adempiere alle disposizioni del testamento. Non sarà pertanto atto di esecuzione provvedere alla pubblicazione del testamento o pagare l'imposta di successione; sarà, invece, atto di esecuzione immettersi nel possesso dei beni ereditari, corrispondere il legato, riscuotere un credito ereditario o pagare un debito del *de cuius*».

⁽¹¹⁵⁾ Cfr. App. Bari, 20 giugno 1941, in *Rep. Foro it.*, 1942, voce «Testamento», n. 39; ma v., più di recente, Cass., 27 aprile 2005, n. 8728, cit., e Cass., 14 gennaio 2010, n. 474, cit., sul presupposto che l'impugnazione del testamento determina, in ogni caso, litisconsorzio necessario anche nei confronti di tutti gli eredi legittimi, in considerazione dell'unità del rapporto dedotto in giudizio e delle conseguenze della pronuncia che, in caso di accoglimento della domanda, comporterebbe l'applicazione della successione legittima.

cui ai nn. 4, 5 e 6 dell'art. 58 l. not. è degradata ad annullabilità per la prevalenza del 2° comma dell'art. 606 c.c.

Quanto, poi, all'annullabilità dei testamenti pubblico e segreto, la stessa rispettivamente riguarda: *a)* «la mancanza dell'oralità della dichiarazione o la dichiarazione resa senza l'assistenza dei testimoni; la mancanza delle menzioni relative alla dichiarazione, alla sua riduzione per iscritto e alla lettura; la mancanza o la inidoneità dei testimoni o dei fidefacienti; la mancanza della data o dell'ora della sottoscrizione, del Comune o del luogo dove l'atto è ricevuto; la mancanza della sottoscrizione degli altri partecipanti; l'omessa lettura alla presenza dei testi; la mancanza della menzione delle formalità; la violazione degli artt. 54, 55, 56 e 57 l. notarile»⁽¹¹⁶⁾; *b)* non solo le cause previste per il testamento pubblico e compatibili con quest'ultimo, bensì anche «la mancanza della dichiarazione del testatore, la mancanza dei sigilli sulla carta in cui sono stese le disposizioni o su quella che serve da involto e la mancanza della menzione sulla carta, in cui dal testatore è involto il testamento o su un ulteriore involto predisposto dal notaio e da lui debitamente sigillato, dell'espletamento delle predette formalità»⁽¹¹⁷⁾.

9. Non solo un vizio formale, ma anche un vizio sostanziale può costituire causa di nullità testamentaria.

Mentre, come si è avuto modo di vedere, nel primo caso il principio è inverso rispetto a quello proprio dell'ambito contrattuale – tenuto conto che le nullità formali sono espressamente previste dalla legge, e il testamento può essere annullato su istanza di chiunque vi abbia interesse (cfr. artt. 606 cpv. e 619 cpv. c.c.) – nel caso di vizi sostanziali la regola è quella della nullità virtuale. Le nullità sostanziali si ricavano infatti da norme sparse del Libro Secondo, e le principali di queste risultano connesse alle seguenti ipotesi contemplate nel codice civile: patti successori (art. 458), testamento congiuntivo (art. 589), disposizioni a favore di soggetti incapaci a ricevere (artt. 596-599), disposizione, salvo eccezioni, rimessa all'arbitrio del terzo (art. 631, 1° comma), legato il cui oggetto è rimesso al mero arbitrio di un onerato o di un terzo (art. 632, 1° comma), condizione di reciprocità (art. 635), legato di cosa dell'onerato o di un terzo, laddove non ricorrano determinati presupposti (art. 651), legato di cosa del legatario (art. 656), disposizione determinata da motivo illecito risultante dal testamento (art. 626), disposizione a favore di persona incerta (art. 628) disposizione a favore dell'anima qualora i beni non siano determinati (art. 629, 1° comma), onere impossibile ed illecito costituente motivo determinante (art. 647, 3° comma), sostituzione fedecommissaria diversa da quella prevista nell'art. 692, la divisione nella quale il testatore non abbia compreso qualcuno dei legittimari o degli eredi (art. 735, 1° comma)⁽¹¹⁸⁾.

⁽¹¹⁶⁾ V. G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 862.

⁽¹¹⁷⁾ *Ibidem*.

⁽¹¹⁸⁾ V., in tal senso, G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 917.

L'assenza di un elemento essenziale del negozio testamentario determina, allo stesso modo, la nullità della disposizione: si pensi, ad esempio, all'ipotesi di legato che abbia ad oggetto una cosa inesistente in natura.

Riguardo alle conseguenze della nullità, la disposizione testamentaria che ne risulti affetta – e qualsiasi ne sia la causa – è inefficace, ad eccezione della speciale ipotesi della conferma di cui all'art. 590 c.c.: laddove la delazione sia possibile si fa luogo nell'ordine a sostituzione, rappresentazione, accrescimento e devoluzione della porzione agli eredi legittimi; viceversa la cosa legata andrà, in proporzione delle rispettive quote (cfr. art. 677 c.c.), a vantaggio dell'onorario o degli onorati.

La nullità è rilevabile d'ufficio dal giudice ex art. 1421 c.c., e la legittimazione ad agire compete a chiunque vi abbia interesse⁽¹¹⁹⁾; inoltre, dal momento che la stessa prescinde dalla qualità di erede dell'attore, si distingue nettamente dall'azione di petizione di eredità, che ha ad oggetto il riconoscimento, in favore dell'istante, della sua qualità di erede, al fine di ottenere la restituzione dei beni ereditari da parte di chi li possiede a titolo di erede, o senza alcun titolo⁽¹²⁰⁾.

Da tale riferimento all'art. 1421 c.c. deriva l'applicazione, anche in materia testamentaria, dei principi elaborati dalla giurisprudenza in tema di rilevanza d'ufficio della nullità contrattuale e principio dispositivo⁽¹²¹⁾.

L'ampio e noto dibattito sorto, in materia, sui poteri del giudice, è stato risolto da una recentissima decisione delle Sezioni Unite⁽¹²²⁾: secondo l'orientamento prevalente in giurisprudenza anteriormente a tale pronuncia, l'assunto contenuto nell'ultima parte dell'art. 1421 c.c. troverebbe un importante temperamento nel principio di cui agli artt. 99 e 112 c.p.c. (c.d. principio dispositivo), con due ordini di conseguenze: a) la nullità non può essere rilevata sulla base di motivazioni differenti da quelle addotte dalla parte⁽¹²³⁾; b) la rilevanza d'ufficio è circoscritta alla sola ipotesi in cui

⁽¹¹⁹⁾ Quanto alla imprescrittibilità dell'azione di nullità nonché, più in generale, la prescrizione nelle successioni *mortis causa*, v., di recente, G. GABRIELLI, *Invalidità delle disposizioni testamentarie e prescrizione*, cit., 1 ss.

⁽¹²⁰⁾ La S.C. ha avuto modo di affermare che l'azione volta a far dichiarare la nullità di un testamento, e non ad ottenere il riconoscimento della qualità ereditaria ovvero l'attribuzione dei beni ereditari, non comporta petizione di eredità, e può essere esperita anche da soggetto che non abbia previamente effettuato accettazione: cfr., in tal senso, Cass., 5 gennaio 1985, n. 16, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, 1356, con nota di SANFILIPPO, *Impugnazione di testamento nullo e «petitio hereditatis»*.

⁽¹²¹⁾ Su tale problema v., di recente, A. SASSI, *Nullità testamentarie sostanziali e disposizioni a favore del creditore*, in *Vita not.*, 2011, 1227 ss., e in *Studi in onore di Lelio Barbiera*, Napoli, 2012, 1295 ss.

⁽¹²²⁾ V. in proposito Cass., Sez. un., 4 settembre 2012, n. 14828, in *Contratti*, 2012, 869, con nota di PAGLIANTINI, *La rilevanza d'ufficio della nullità secondo il canone delle Sezioni Unite: «Eppur si muove»?*

⁽¹²³⁾ Cfr., ex multis, Cass., 8 gennaio 2007, n. 89, in *Mass. Giur. it.*, 2007; Cass., 26 maggio 2006, n. 12627, *ivi*, 2006; Cass., 18 aprile 2005, n. 8082, in *Guida al dir.*, 2005, 23, 50; Cass., 8 gennaio 2000, n. 123, in *Giur. it.*, 2000, 907, e in *Contratti*,

si agisca per l'esecuzione del negozio nullo, con esclusione delle ipotesi in cui si domandi l'annullamento, la rescissione ovvero la risoluzione⁽¹²⁴⁾.

La dottrina dominante, viceversa, correttamente osserva come le pronunce di annullamento, rescissione e risoluzione del contratto necessariamente presuppongano la validità o, comunque, l'efficacia del contratto stesso, fondandosi la pretesa sul titolo negoziale⁽¹²⁵⁾. Come ha avuto modo

2000, 547, con nota di CARNEVALI, *L'onere della prova nella risoluzione del contratto per inadempimento*; Cass., 4 marzo 1999, n. 1811, in *Mass. Giust. civ.*, 1999; Cass., 18 febbraio 1999, n. 1378, *ibidem*; Cass., 9 gennaio 1999, n. 117, *ibidem*; Cass., 14 marzo 1998, n. 2772, in *Foro it.*, 1998, I, 715; Cass., 7 aprile 1995, n. 4064, in *Rep. Giust. civ.*, 1995, voce «Obbligazioni e contratti», n. 208; Cass., 9 gennaio 1993, n. 141, *ivi*, 1993, voce «Obbligazioni e contratti», n. 171; Cass., 20 agosto 1992, n. 9711, *ivi*, 1992, voce «Lavoro (controverse individuali)», n. 159; Cass., 15 febbraio 1991, n. 1589, *ivi*, 1991, voce «Procedimento civile», n. 38; Cass., 12 dicembre 1986, n. 7402, *ivi*, 1986, voce «Obbligazioni e contratti», n. 134; Cass., 29 novembre 1985, n. 5958, *ivi*, 1985, voce «Obbligazioni e contratti», n. 114; Cass., 24 gennaio 1984, n. 596, *ivi*, 1984, voce «Obbligazioni e contratti», n. 127.

⁽¹²⁴⁾ Cfr. Cass., 21 gennaio 2008, n. 1218, in *Rass. giur. umbra*, 2008, 371, con nota di A. SASSI, *Nullità del contratto e principio dispositivo*; Cass., 6 ottobre 2006, n. 21632, in *Foro it.*, 2007, I, 430; Cass., Sez. lav., 14 gennaio 2003, n. 435, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce «Contratto in genere», n. 524; Cass., 1° ottobre 2001, n. 10498, *ivi*, 2001, voce «Contratto in genere», n. 459; Cass., 8 gennaio 2000, n. 123, *cit.*; Cass., 9 febbraio 1994, n. 1340, in *Foro it.*, 1995, I, 611; Cass., 11 marzo 1988, n. 2398 e Cass., 12 agosto 1987, n. 6899, entrambe in *Foro it.*, 1989, I, 1936, con nota di MASSETANI, *Ingustificate limitazioni alla rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto*; Cass., 23 febbraio 1987, n. 1903, in *Rep. Giust. civ.*, 1987, voce «Obbligazioni e contratti», n. 194; Cass., 12 ottobre 1985, n. 4955, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, 719; Cass., 29 maggio 1982, n. 3329, in *Foro it.*, 1983, I, 756; Cass., 18 aprile 1970, n. 1127, *ivi*, 1970, I, 1907, con nota di PROTO PISANI, in *Foro padano*, 1970, I, 633, *ivi*, 1971, I, 742, con nota di IRTI, *Risoluzione di contratto nullo?*, in *Giur. it.*, 1971, I, 1, 444, con nota di AMATO, *Risoluzione, rescissione, annullamento di un contratto nullo?*, e in *Riv. dir. comm.*, 1972, II, 22. *Contra*, Cass., 18 luglio 1994, n. 6710, in *Rep. Giust. civ.*, 1994, voce «Obbligazioni e contratti», n. 169; Cass., 2 aprile 1997, n. 2858, in *Giust. civ.*, 1997, I, 2459, con nota di VIDIRI, *Sulla rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto*, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, I, 120, con nota di DE FAZIO, *Cause d'impugnativa contrattuale e rilievo d'ufficio della nullità*.

⁽¹²⁵⁾ Cfr. IRTI, *Risoluzione di contratto nullo?*, *cit.*, 742 s.; ORIANI, *Eccezione*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., VII, Torino, 1991, 276 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, 2ª ed., Milano, 2000, 628 s. *Contra*, FILANTI, *Nullità. I) Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, 10. Sul punto v. inoltre SACCO, DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Sacco, 3ª ed., Torino, 2004, II, 557 ss., e l'ampia disamina di S. MONTICELLI, *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Padova, 1995, 237 ss., il quale evidenzia l'utilità di applicare, nel caso di specie, il disposto (nella formulazione allora vigente) dell'art. 183, 2° comma c.p.c., il quale consente al giudice d'indicare alle parti le questioni rilevabili d'ufficio che ritiene opportuno trattare (spec. 280 ss.).

Si v. inoltre, per un quadro critico della giurisprudenza riguardante la disciplina della locazione, G. GABRIELLI, *Una singolare nullità, inopponibile in via di eccezione: la conferma legislativa ad un consolidato indirizzo giurisprudenziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 29 ss.; più in generale, di recente, IACONO, *Rilevabilità d'ufficio della*

di rilevare la dottrina più avveduta⁽¹²⁶⁾, infatti, l'impostazione giurisprudenziale contraddice: *a)* il principio in base al quale il contratto nullo non produce effetti, salvo i peculiari e specifici casi previsti *ex lege*⁽¹²⁷⁾: ove si ritenga esatto l'assunto giurisprudenziale, dovrebbe concludersi che, nel caso di specie, il contratto sia efficace, e i relativi effetti, attraverso la pronuncia di annullamento, rescissione o risoluzione, vengano rimossi ovvero, addirittura, rimossi solo parzialmente nel caso di contratto di durata, ove lo scioglimento non si estende alle prestazioni già eseguite (cfr. art. 1458 c.c.); *b)* il dato normativo: l'art. 1421 c.c. non prevede limitazioni di sorta, e l'art. 112 c.p.c. limita la corrispondenza tra *petitum* e *decisum* alle esclusive eccezioni proponibili dalle parti, avendo il legislatore riservato solo a queste il potere di prospettare in giudizio, in determinate situazioni, l'esistenza di fatti modificativi, impeditivi o estintivi del diritto che si assume violato⁽¹²⁸⁾. Peraltro, sul piano pratico si rischia di giungere a risultati paradossali, in quanto la tutela approntata dal sistema si rivelerebbe parziale e insufficiente: si pensi, ad esempio, al caso in cui si commini la nullità di un regolamento, magari perché contrario a una norma imperativa dettata a tutela di un determinato interesse, e poi si limiti il potere del giudice di rilevare la nullità del regolamento medesimo e di sanzionarlo.

Quanto evidenziato dalla dottrina è stato, quindi, recepito dalle Sezioni Unite⁽¹²⁹⁾: il percorso risultava, tuttavia, già tracciato dal giudice di legittimità in alcune recenti pronunce, le quali hanno rilevato le conseguenze cui avrebbe portato, nelle fattispecie oggetto di controversia, una rigida applicazione dei principi accolti in precedenza e, pertanto, la reiezione della domanda per il solo fatto che la parte «danneggiata» dalla pattuizione avesse chiesto la risoluzione del contratto senza prospettarne la nullità, ovvero avesse prospettato ragioni non meritevoli di accoglimento.

Vi sono, tra le suddette pronunce, due importanti arresti in tema di usura e anatocismo che hanno avuto notevole eco, in quanto riguardanti essenziali settori di economia e credito⁽¹³⁰⁾: *a)* la prima (in senso cronologico), sebbene in

nullità nel negozio giuridico e nei contratti a favore dei consumatori, in *Riv. dir. comm.*, 2005, I, 27 ss., e S. NARDI, *Nullità del contratto e potere-dovere del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, II, 155 ss.

⁽¹²⁶⁾ Cfr. A. SASSI, *Nullità testamentarie sostanziali e disposizioni a favore del creditore*, cit., 1230 ss.

⁽¹²⁷⁾ V., *ex multis*, BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. it. diretto da Vassalli*, XV, 2, 2^a ed., Torino, 1950, 475; TOMMASINI, *Nullità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 888 s.; CARRESI, *Il contratto*, I, in *Tratt. Cicu-Messieno*, XXI, 1, Milano, 1987, 632 ss.

⁽¹²⁸⁾ V., in proposito, COLESANTI, *Eccezione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 102 ss.; ORIANI, *Eccezione*, cit., 276 ss.; cfr. inoltre FABBRINI, *Eccezione*, in *Enc. giur. Treccani*, XII, Roma, 1989, 2.

⁽¹²⁹⁾ Cfr. Cass., Sez. un., 4 settembre 2012, n. 14828, cit.

⁽¹³⁰⁾ In materia di usura, v. Cass., 17 novembre 2000, n. 14899, in *Banca borsa tit. cred.*, 2000, II, 620, con nota di DOLMETTA, *Le prime sentenze della Cassazione*

via generale attribuisca valenza ai concetti prevalentemente espressi dalla giurisprudenza, dà ingresso alla possibilità per il giudice di rilevare d'ufficio la nullità anche nel caso di domanda finalizzata ad ottenere la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta, sul presupposto che, per il tramite di tale domanda, era stata in realtà contestata l'esecuzione del contratto, soprattutto con riferimento alla pattuizione degli interessi⁽¹³¹⁾; b) la seconda, resa a Sezioni Unite, pur richiamando anch'essa il consolidato

civile in materia di usura ex lege n. 108/96, in *Guida al dir.*, 2000, 44, 39, con nota di SACCHETTINI, *Banche: può essere rilevata d'ufficio dal giudice la nullità degli interessi sui mutui non esauriti*, in *Giur. it.*, 2001, 133 e 678, con nota di Gius. TUCCI, *Usura e autonomia privata nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Vita not.*, 2001, 292, in *Riv. dir. comm.*, 2001, II, 71, con nota di PANDOLFINI, *Applicabilità della legge n. 108 del 1996 ai rapporti in corso, legittimità costituzionale della legge n. 24 del 2001 e rilevanza d'ufficio della nullità del contratto*, e di NIUTTA, JOVINO, *Ancora sulla nullità degli interessi «usurari» nei mutui stipulati prima della L. n. 108/1996*.

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

⁽¹³¹⁾ V. Cass., 17 novembre 2000, n. 14899, cit., in base alla quale deve ritenersi indubbio «che il potere del giudice di dichiarare d'ufficio la nullità di un contratto o di una clausola di esso, ai sensi dell'art. 1421 c.c., vada coordinato con il principio della domanda ex artt. 99 e 112 c.p.c. (tra le ultime, Cass. 123/00 e 1811/99): nel caso di specie, tuttavia, la corte falsinea non ha fatto buon governo di tale principio, essendo evidente che, per il tramite della domanda principale di risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta, era stata contestata l'esecuzione del contratto, soprattutto con riferimento alla pattuizione degli interessi, tant'è che la stessa corte territoriale non ha posto in discussione tale aspetto, limitandosi a rilevare che occorre indagare sul carattere usurario degli interessi (in particolare, sullo stato di bisogno dell'obbligato e sul consapevole approfittamento di detto stato da parte della banca), perché non poteva trovare applicazione la novella del 1996 in tema di usura, il contratto essendo del 1993».

orientamento, ritiene di non cassare la decisione impugnata⁽¹³²⁾ nel punto in cui aveva rilevato la nullità della clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi per ragioni diverse da quelle sollevate dal convenuto in via di eccezione, e ciò sul presupposto che le deduzioni di quest'ultimo non costituivano – o, comunque, non potevano essere considerate – domande giudiziali, non ponendosi in rapporto genetico con il potere-dovere decisionale del giudice, sul punto, già esistente⁽¹³³⁾. La Cassazione, quindi: da un lato, ha compiuto un'operazione «integrativa» della domanda proposta, affermando come dalla medesima potesse implicitamente ricavarsi la volontà (processualmente rilevante) di contestare l'efficacia, e quindi l'esecuzione del contratto⁽¹³⁴⁾; dall'altro, ha applicato un procedimento equitativo volto a superare le carenze di difesa, procedimento il quale, tuttavia, non consente di raggiungere risultati soddisfacenti in altre situazioni sostanzialmente analoghe, in quanto fa dipendere il potere d'intervento del giudice solo dalla veste processuale in concreto assunta dal soggetto meritevole di tutela, creando, in tal modo, una evidente disparità di trattamento⁽¹³⁵⁾.

⁽¹³²⁾ App. Cagliari, 23 febbraio 2000, in *Riv. giur. sarda*, 2001, 655, con nota di PISU, *Sulla rilevanza d'ufficio della nullità di clausole nei contratti bancari*.

⁽¹³³⁾ Cfr. Cass., sez. un., 4 novembre 2004, n. 21095, cit., la quale, in parte motiva, afferma come sia «pur vero (...) che il potere che il citato art. 1421 conferisce in tal senso al giudice (in ragione della tutela dei valori fondamentali dell'ordinamento giuridico) va coordinato con il principio della domanda, di cui agli artt. 99 e 112 c.p.c., e che le esigenze a tali principi sottese – rispettivamente di verifica delle condizioni di fondatezza della azione e di immodificabilità della domanda – possono trovarsi tra loro in contrasto, ove, in particolare, alla pretesa di una parte relativa ad un credito *ex contractu* si contrapponga l'eccezione di nullità dell'altra, che il giudice ritenga (come nella specie) di integrare con il rilievo di aspetti della patologia del negozio che la parte, interessata alla improduttività dei correlativi effetti, non abbia colto (o non abbia comunque tempestivamente dedotto). / Ma un tale contrasto si risolve sulla base della considerazione che, se da un lato il potere-dovere decisionale del giudice, in relazione alla domanda proposta, si estende agli aspetti della inesistenza o della nullità del contratto dedotto dall'attore, la deduzione in tal senso del convenuto non può costituire, od essere considerata, domanda giudiziale, non ponendosi in rapporto genetico con il potere-dovere decisionale del giudice sul punto, che già esiste»; conf. Cass., 19 maggio 2005, n. 10599, in *bd44.leggiditalia.it*.

⁽¹³⁴⁾ In giurisprudenza è assodato come il giudice non possa limitarsi a un'analisi superficiale e letterale della domanda, ma debba procedere all'*interpretazione* della medesima al fine d'individuare, per quanto possibile, l'effettiva volontà della parte, di talché l'esatto contenuto della domanda può implicitamente o indirettamente desumersi dal complesso delle argomentazioni difensive della parte, nonché dal tenore dell'atto introduttivo: cfr., *ex multis*, Cass., 5 luglio 2001, n. 9058, in *Mass. Giust. civ.*, 2001; Cass., 27 febbraio 2001, n. 2908, *ivi*, 2001; Cass., 18 dicembre 2000, n. 15907, *ivi*, 2000; Cass., 28 gennaio 2000, n. 961, *ibidem*; Cass., 22 ottobre 1999, n. 11861, in *Dir. e prat. soc.*, 2000, 75; Cass., 29 settembre 1995, n. 10272, in *Dir. giur. agr. e amb.*, 1997, 327, con nota di R. TRIOLA, *Due questioni in tema di prelazione agraria*.

⁽¹³⁵⁾ Si tratta di assunto recentemente ribadito da Cass., 31 agosto 2007, n. 18453, in *Mass. Giur. it.*, 2007.

La strada intrapresa è stata ulteriormente sviluppata – in linea con il pensiero della dottrina – dalla corte di legittimità in alcune pronunce⁽¹³⁶⁾ che hanno espressamente riconosciuto il potere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità, secondo quanto disposto *ex art.* 1421 c.c., anche nell'ipotesi in cui la parte abbia chiesto la risoluzione o l'annullamento del contratto. È quindi seguita, come già si è anticipato, la consacrazione di suddetto percorso con la citata pronuncia delle Sezioni Unite del 2012⁽¹³⁷⁾, secondo cui la nullità del contratto può essere rilevata d'ufficio in qualsiasi stato e grado del giudizio, indipendentemente dall'attività assertiva delle parti, quindi anche per una ragione diversa da quella espressamente dedotta, nel caso in cui sia in contestazione l'applicazione o l'esecuzione del contratto, la cui validità rappresenta un elemento costitutivo della domanda: conseguentemente il giudice di merito ha il potere di rilevare, dai fatti allegati e provati o emergenti dagli atti, ogni forma di nullità non soggetta a regime speciale e, provocato il contraddittorio sulla questione, deve rigettare la domanda volta ad invocare la forza del contratto, nonché pronunciare con efficacia di giudicato sulla questione di nullità ove, anche a seguito di rimessione in termini, sia stata proposta la relativa domanda.

Come si evince anche dal principio ora enunciato, il giudice, qualora nella fattispecie concreta rilevi d'ufficio la nullità, deve applicare il precetto di cui all'art. 101 c.p.c. il quale, novellato dalla l. 18 luglio 2009, n. 69, al 2° comma impone la relativa segnalazione alle parti⁽¹³⁸⁾; in caso contrario la sentenza è colpita da nullità (c.d. della terza via), almeno nell'ipotesi in cui

⁽¹³⁶⁾ Cfr. Cass., 22 marzo 2005, n. 6170, cit., e Cass., Sez. lav., 14 ottobre 2005, n. 19903, entrambe in *Foro it.*, 2007, I, 1207, con nota di DI CIOMMO, *La rilevabilità d'ufficio delle nullità negoziali tra (artificiosi) limiti processuali ed incertezze giurisprudenziali*. In particolare, Cass. n. 6170/2005 afferma in parte motiva che «In realtà è corretto ritenere che la questione pregiudiziale di nullità condiziona l'accertamento (negativo o positivo) dell'effetto contrattuale dedotto in causa e che attraverso il giudicato che si forma su tale effetto, anche la soluzione data nel processo alla questione pregiudiziale della nullità può condizionare l'esito di altri processi relativi a diversi effetti dello stesso contratto. / (...) La nullità del contratto si riflette sull'intero rapporto, e deve essere ricevuta nei giudizi ad esso relativi, quando sia stata rilevata in occasione di una domanda di risoluzione, rescissione e annullamento che investa il contratto nella sua interezza. / (...) Ne consegue che, proposta l'azione di risoluzione del contratto, il giudice può rilevare d'ufficio la questione pregiudiziale relativa alla nullità del contratto e costituendo essa una pregiudiziale sul rapporto giuridico fatto valere in giudizio, l'efficacia della decisione di detta nullità, pregiudiziale alla statuizione di rigetto della domanda, costituisce giudicato implicito»; conf. Cass., 15 settembre 2008, n. 23674, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 197, con nota di NARDI, *Risoluzione di contratto nullo e rilevabilità d'ufficio della nullità*; Cass., 7 febbraio 2011, n. 2956, in *Foro it.*, 2011, I, 2403, in *Notariato*, 2011, 259, e in *Contratti*, 2011, 259 e 677, con nota di PIROVANO, *Rilevabilità d'ufficio della nullità e domanda di risoluzione*.

⁽¹³⁷⁾ V. Cass., Sez. un., 4 settembre 2012, n. 14828, cit.

⁽¹³⁸⁾ Cfr., in proposito, S. NARDI, *Nullità del contratto e potere-dovere del giudice*, cit., 182 ss.

sia stato leso il diritto della parte di fornire o richiedere ulteriori elementi di prova⁽¹³⁹⁾.

Il potere giurisdizionale di rilevare la nullità indipendentemente dall'attività della parte interessata, spontanea o provocata deve coordinarsi, in ogni caso, con i principi generali che governano il processo: il maggiore di questi, come è stato opportunamente evidenziato, è costituito dal c.d. giudicato interno o implicito⁽¹⁴⁰⁾, di talché, ove il giudice abbia pronunciato l'annullamento, la rescissione o la risoluzione del negozio – presupponendo quindi, implicitamente, il superamento della questione pregiudiziale della nullità – la parte interessata è comunque tenuta a farne motivo di gravame, sul punto formandosi, in caso contrario, un giudicato (implicito) che, nelle successive fasi del procedimento, non consente di rilevare la nullità d'ufficio, né tantomeno – essendo la questione ormai coperta dal giudicato – alla parte di prospettarla⁽¹⁴¹⁾. Né può soccorrere, in detta ipotesi, il disposto del citato art. 101, 2° comma del codice di rito, dal momento che neppure il giudice rileva la nullità, limitandosi a seguire la prospettazione (errata) compiuta dalle parti.

Il potere di rilevare d'ufficio la nullità, inoltre, non si estende alle richieste accessorie e conseguenti: si pensi, ad esempio, alla richiesta di

⁽¹³⁹⁾ V. Cass., Sez. un., 5 agosto 2009, n. 20935, in *Corr. giur.*, 2010, 352, con nota di CONSOLO, *Le Sezioni Unite sulla causalità del vizio nelle sentenze della terza via: a proposito della nullità, indubbia ma peculiare poiché sanabile allorché emerga l'assenza in concreto di scopo del contraddittorio leso*, in base alla quale debbono distinguersi due ipotesi: a) in presenza di rilievo di questioni di puro diritto non sussiste nullità della sentenza, dal momento che, dall'omissione della segnalazione alle parti, non conseguono altri vizi oltre all'*error iuris in iudicando* ovvero all'*error in iudicando de iure procedendi*, dalla cui denuncia in sede di legittimità deriva la cassazione della sentenza solo ove i suddetti errori siano stati, in concreto, consumati; b) laddove si tratti, invece, di questioni di fatto, ovvero miste di fatto e di diritto, la parte soccombente può invocare la nullità della decisione sul presupposto che il giudice ha violato il principio del contraddittorio, limitando la facoltà di chiedere mezzi di prova o di ottenere una eventuale rimessione in termini.

⁽¹⁴⁰⁾ In questi termini, A. SASSI, *Nullità testamentarie sostanziali e disposizioni a favore del creditore*, cit., 1232.

⁽¹⁴¹⁾ V. in proposito Cass., 27 aprile 2006, n. 9642, in *Contratti*, 2007, 19, la quale sottolinea che «sul punto si è formato un giudicato implicito proprio perché la decisione del primo giudice, che pure aveva dichiarato risolto il contratto, presuppone l'esistenza di un contratto geneticamente valido e divenuto non valido per fatti successivi funzionali. Di conseguenza, dovendosi coordinare il principio della rilevanza di ufficio della nullità del contratto con le regole fondamentali del processo, tra cui quella della preclusione derivante dal giudicato interno, il predetto principio non può essere applicato quando vi sia stata pronuncia, non impugnata, sulla validità del contratto»; si tratta di profilo ribadito, in parte motiva, da Cass., 15 settembre 2008, n. 23674, cit., e da Cass., Sez. un., 4 settembre 2012, n. 14828, cit., secondo la quale «il giudicato implicito sulla validità del contratto (...) potrà formarsi tutte le volte in cui la causa (...) sia stata decisa nel merito, con esclusione delle sole decisioni che non contengano statuizioni che implicano la validità del contratto».

restituzione, sulla quale il giudice può pronunciarsi solo in presenza di apposita istanza di parte⁽¹⁴²⁾.

L'azione per far dichiarare la nullità è comunque imprescrittibile (cfr. art. 1422 c.c.), tuttavia occorre avervi interesse per farla valere, di talché, ove il diritto di accettare l'eredità risulti prescritto, non potrà essere vittoriosamente esperita⁽¹⁴³⁾.

La S.C. ha stabilito, in una decisione risalente, come la nullità del testamento pubblico, dipendente da motivi formali a questo esclusivi, non travolga la revoca espressa di un precedente testamento, contenuta nello stesso atto notarile, solo nel caso in cui revoca e nuovo testamento costituiscano – nonostante l'unicità dell'atto – due distinti negozi, e non anche quando risultino così intimamente connessi da costituire, la prima, semplice clausola del secondo⁽¹⁴⁴⁾.

Quanto infine all'amministrazione dei beni ereditari, in pendenza del giudizio di nullità o di annullamento del testamento, le quote ereditarie rimangono provvisoriamente determinate in base alle disposizioni testamentarie medesime, anche ai fini del calcolo delle maggioranze richieste per la gestione della comunione ereditaria, fino al momento in cui nullità o annullamento del testamento non siano riconosciuti con sentenza⁽¹⁴⁵⁾.

10. Le ipotesi di incapacità di disporre per testamento sono perentoriamente determinate *ex art. 591 c.c.*, di talché vanno ricompresi: *sub 1)* nella categoria di «coloro che non hanno compiuto la maggiore età», l'incapacità dell'emancipato; *sub 2)* solo «gli interdetti per infermità di mente», avendo la l. 24 ottobre 1981, n. 689 modificato l'art. 32 c.p., il quale stabiliva l'incapacità di testare del condannato all'ergastolo; *sub 3)* l'incapace naturale. La mancata esclusione dell'inabilitato, così come dell'amministrato, porta ad ammettere la loro capacità di testare: le ipotesi previste dalla disposizione in esame vengono infatti considerate tassative e, pertanto, non suscettibili di applicazione analogica⁽¹⁴⁶⁾.

⁽¹⁴²⁾ V. Cass., 22 luglio 2005, n. 15497, in *Guida al dir.*, 2005, 39, 59 e, più di recente, Cass., sez. un., 4 settembre 2012, n. 14828, cit.

⁽¹⁴³⁾ Con riferimento all'interesse ad agire di un ente per la declaratoria di nullità di un testamento precedente a quello che lo istituiva erede, v. App. Palermo, 30 maggio 1981, in *Rass. dir. civ.*, 1983, 533, con nota di D'ASARO, *Acquisto di eredità o di legato ed impugnazione di testamento nulla*.

⁽¹⁴⁴⁾ Cfr. in tal senso Cass., 14 febbraio 1980, n. 1112, in *Vita not.*, 1981, 363, la quale inoltre precisa come si risolva in una valutazione di fatto l'accertamento del giudice di merito che, negando l'esistenza di due negozi distinti ritenga, invece, che il testatore abbia inteso revocare le precedenti disposizioni testamentarie solo ed in quanto ad esse sostituiva disposizioni testamentarie nuove.

⁽¹⁴⁵⁾ Cfr., in proposito, Cass., 6 dicembre 1984, n. 6398, in *Mass. Giur. it.*, 1984.

⁽¹⁴⁶⁾ V. Cass., 18 gennaio 1968, n. 130, in *Rep. Foro it.*, 1968, voce «Testamento», n. 20; Cass., 2 agosto 1966, n. 2152, *ivi*, 1996, voce «Testamento», n. 42; ma v. anche *Id.*, 5 novembre 1987, n. 8169, in *Arch. civ.*, 1988, 158, e Cass., 9 aprile 2008, n. 9274, in *bd44.leggiditalia.it*.

Come correttamente evidenziato⁽¹⁴⁷⁾, l'incapacità di disporre per testamento presenta, in ogni caso, tratti tipici e peculiari che la rendono differente da quella richiesta per qualunque altra attività dispositiva.

Quanto alla natura giuridica dell'incapacità, in dottrina si è molto dibattuto se si tratti d'incapacità giuridica ovvero di agire: l'opinione assolutamente prevalente ritiene correttamente trattarsi d'incapacità di agire⁽¹⁴⁸⁾, fattispecie generalmente ricondotta dal sistema alla possibilità di compiere validamente atti giuridici aventi contenuto e rilevanza patrimoniale. Infatti, la limitazione non riguarda le situazioni giuridiche soggettive in loro considerate, bensì il relativo potere di disposizione, il quale, tuttavia, non può essere demandato ad un rappresentante (con il controllo del giudice tutelare), tenuto conto della natura liberale del negozio dispositivo, sia esso *mortis causa* (cfr. art. 591 c.c.) ovvero *inter vivos* (cfr. art. 774 c.c.)⁽¹⁴⁹⁾.

Altro dibattito sorto in dottrina è quello relativo alla legge temporalmente applicabile (c.d. capacità di testare nel tempo): se, in sostanza, la

⁽¹⁴⁷⁾ Cfr., in tal senso, BIGLIAZZI GERI, *Il testamento. Profilo negoziale dell'atto*, Milano, 1976, 146; GIARDINA, *La condizione giuridica del minore*, Napoli, 1984, 121 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *La capacità di disporre per testamento*, in RESCIGNO (a cura di), *Successioni e donazioni*, I, Padova, 1994, 674 s. V. inoltre, più di recente, VENTURELLI, *La capacità di disporre per testamento*, in *Tratt. Bonilini*, II, Milano, 2009, 87; M. GAMBINI, *Art. 591*, in *Comm. Gabrielli, Delle successioni. 2. Artt. 565-712*, a cura di Cuffaro e Delfini, Torino, 2010, 207 ss.

⁽¹⁴⁸⁾ Cfr. ALLARA, *Principi di diritto testamentario*, Torino, 1957, 32; CICU, *Il testamento*, cit., 103 s.; GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, I, cit., 61 s.; BIGLIAZZI GERI, *Il testamento. Profilo negoziale dell'atto*, cit., 146; ID., *Della successione testamentaria*, cit., 168; ID., *Il testamento*, in *Tratt. Rescigno*, 6, 2^a ed., Torino, 1997, 50; G. GROSSO, BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1977, 35; CRISCUOLI, *Il testamento. Norme e casi*, cit., 185 s.; AUTORINO, STANZIONE, *Diritto civile e situazioni esistenziali*, Torino, 1997, 59 s.; BONILINI, *Testamento*, in *Digesto civ.*, XIX, Torino, 1999, 366; M.C. TATARANO, *Il testamento*, in *Tratt. dir. civ. Cons. Naz. Notariato* diretto da Perlingieri, VIII, 4, Napoli, 2004, 48; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2, *La Famiglia. Le successioni*, cit., 744 s. *Contra*, nel senso di capacità giuridica speciale, *ex multis*, TORRENTE, *La donazione*, 2^a ed., cit., 403 s.; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 677.

⁽¹⁴⁹⁾ Peraltro, gli argomenti posti a fondamento della tesi dell'incapacità giuridica hanno perso consistenza col mutare del quadro legislativo di riferimento: dapprima il legislatore del 1942 ha qualificato espressamente in termini di annullabilità la patologia testamentaria derivante dall'incapacità, superando così il dibattito sorto nel vigore del codice abrogato, il cui art. 763 definiva ambiguamente l'incapacità come causa che «nuoce alla validità del testamento», tanto che l'opinione dominante, sul modello del diritto romano, riteneva si trattasse di un'ipotesi di nullità (sul punto v. ALLARA, *Il testamento*, cit., 44 ss.). Successivamente, con le modifiche all'art. 591 c.c. attuale, è stato eliminato il riferimento alla capacità di testare del diciottenne, a seguito della modifica all'art. 2 c.c. e alla riduzione (da ventuno a diciotto) dell'età per acquistare generalmente la capacità di agire, abolendo, di conseguenza, lo speciale regime previsto per la capacità testamentaria; inoltre, con le già richiamate modifiche al codice penale, è stata anche eliminata la previsione della perdita della capacità di testare per gli ergastolani, abrogando in tal modo anche questo regime speciale di incapacità.

capacità debba essere valutata secondo la legge in essere al momento della redazione del testamento, ovvero sulla base di quella vigente all'apertura della successione. L'opinione diffusa propende correttamente per la prima soluzione, essenzialmente sul presupposto che una nuova legge non può estendere i suoi effetti ad atti compiuti nel vigore di una precedente (c.d. teoria del fatto compiuto); a ciò si aggiunge che l'art. 591 c.c. fa riferimento al momento della redazione del testamento e che le ipotesi d'incapacità sono, come si è anticipato, eccezionali⁽¹⁵⁰⁾. Tale assunto necessita tuttavia di essere ulteriormente precisato, in quanto, trattandosi certamente di requisiti per compiere un valido negozio testamentario, questi debbono sussistere al momento della sua redazione: va comunque osservato che tutto il sistema delle patologie testamentarie è improntato a tutela e conservazione della volontà dell'ereditando, con la conseguenza che, se un requisito previsto e non soddisfatto venisse meno a seguito di una modifica legislativa (ad esempio, riduzione della maggiore età o attribuzione della facoltà di testare al minore che abbia raggiunto una certa età, ovvero, com'è avvenuto, abolizione del divieto per gli interdetti legali), è comunque preferibile ritenere la validità dell'atto in precedenza posto in essere, tanto più che esso acquista efficacia nel vigore della novella.

Quanto detto sinora evidenzia i tratti tipici dell'incapacità di testare, i quali sono anche rinvenibili riguardo a presupposti e caratteri della relativa azione di annullamento: la legittimazione attiva spetta a chiunque abbia interesse – diretto ed attuale – a contestare la validità dell'atto, il quale dev'essere idoneo, quindi, ad incidere sulla propria sfera patrimoniale. Secondo la S.C., infatti, è inammissibile per difetto d'interesse l'impugnazione del testamento per incapacità del testatore proposta, ex art. 591 c.c., da potenziali eredi legittimi (nella specie, cugini del *de cuius*) esclusi dall'ordine della successione a fronte dell'esistenza in vita di altri eredi legittimi di grado poziore (nella specie, le sorelle del testatore) i quali non abbiano, invece, impugnato la scheda testamentaria: ciò, in quanto nessun vantaggio concreto potrebbe loro derivare dall'eventuale accoglimento dell'azione in tal modo proposta, dal momento che l'eredità è destinata a devolversi, in tal caso, ai predetti eredi di grado poziore⁽¹⁵¹⁾.

L'interesse ad agire non risiede, quindi, solo in coloro che sono contemplati nel testamento, bensì in tutti coloro sul cui patrimonio la validità o l'invalidità delle disposizioni del *de cuius* può avere diretta e immediata influenza: pertanto, anche sugli eredi legittimi che sarebbero chiamati alla successione nell'ipotesi di caducazione del testamento. Questi sono, infatti, litisconsorti necessari rispetto all'impugnazione del testamento per

⁽¹⁵⁰⁾ G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 677 s. V. inoltre, in precedenza, ALLARA, *Il testamento*, cit., 35 ss.; GIANNATTASIO, *Delle successioni. Successioni testamentarie*, cit., 49; CARAMAZZA, *Delle successioni testamentarie*. Artt. 587-712, cit., 69.

⁽¹⁵¹⁾ Cass., 4 dicembre 1998, n. 12291, in *Corr. giur.*, 1999, 35.

incapacità del *de cuius*, in quanto l'azione è rivolta ad affermare l'apertura di una categoria di successione piuttosto che un'altra, e la decisione, ove non pronunciata nei confronti di tutti i soggetti del rapporto successorio, rimarrebbe *inutiliter data*⁽¹⁵²⁾.

Per i medesimi principi non ricorre, invece, il litisconsorzio necessario tra eredi e legatari nei giudizi riguardanti l'esclusiva validità giuridica della istituzione ereditaria, e nei quali non siano individuabili contestazioni in ordine ai diritti sui beni legati.

L'azione di annullamento si prescrive *ex art.* 591, 3° comma c.c. in cinque anni, i quali decorrono «dal giorno in cui è stata data esecuzione alle disposizioni testamentarie». Tale norma deve intendersi nel senso che per la decorrenza del termine è richiesta, oltre all'accettazione, anche l'ulteriore attività dell'esecuzione delle disposizioni: pertanto, ove l'erede legittimo sia possessore dei beni ereditari e li consegni dopo sei anni dalla morte del testatore a chi è erede o legatario in base al testamento impugnabile, da questo momento decorrerà il termine prescrizionale⁽¹⁵³⁾.

Si tratta di concetti ormai chiari nella giurisprudenza di legittimità⁽¹⁵⁴⁾: pertanto, non valgono a far decorrere il termine predetto né la pubblicazione del testamento olografo (atto anteriore ed esclusivamente preparatorio alla sua effettiva esecuzione), né la presentazione della denuncia di successione e il pagamento dell'imposta (atti dovuti), né l'istanza di sequestro giudiziario diretto alla mera custodia o gestione temporanea (atto non attributivo o dichiarativo della proprietà né del possesso dei beni, per ottenere i quali è necessaria la citazione per la convalida e per il merito)⁽¹⁵⁵⁾.

11. Per ciò che concerne le persone prive di autonomia, come si è avuto

⁽¹⁵²⁾ Cass., 14 gennaio 2010, n. 474, cit.; Cass., 27 aprile 2005, n. 8728, cit.; Cass., 12 luglio 1986, n. 4533, cit.; Cass., 21 maggio 1980, n. 3339, cit.; ma v. anche Cass., 3 marzo 2010, n. 5091, in *Foro it.*, 2010, I, 3450, con nota di richiami di PALMIERI, in base alla quale è rilevabile d'ufficio, in sede di legittimità, il giudicato esterno che si sia formato sulla questione relativa all'invalidità di un testamento per incapacità del testatore, sollevata nell'ambito di una controversia insorta tra le medesime parti (nella specie, i cugini del *de cuius* contro gli eredi testamentari) che si erano fronteggiate in una causa precedente, nella quale era stata discussa l'identica questione, definita da una pronuncia della Cassazione, che aveva dichiarato inammissibile l'impugnazione del testamento per difetto d'interesse, tenendo conto delle medesime circostanze di fatto, ivi compreso l'elemento sopravvenuto nel corso della prima controversia, e costituito dalla morte della sorella del *de cuius*. Sull'esistenza di litisconsorzio necessario tra eredi testamentari e legittimi nel caso di impugnazione del testamento v. SASSI, *Testamento e garanzie giurisdizionali*, cit., 1428, nt. 67.

⁽¹⁵³⁾ V. G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 685.

⁽¹⁵⁴⁾ V. Cass., 20 agosto 2009, n. 18560, in *Mass. Giur. it.*, 2009; ma v. anche Cass., 4 marzo 1983, n. 1635, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, 868.

⁽¹⁵⁵⁾ Cass., 30 gennaio 1987, n. 892, cit.; conf., di recente, Cass., 20 agosto 2009, n. 18560, cit.

modo di anticipare, il n. 2 dell'art. 591 c.c. contempla esclusivamente il riferimento agli interdetti per infermità di mente; la norma non è applicabile all'ipotesi in cui il sottoposto a tutela disponga in favore di tutore o protutore nel corso dell'ufficio: per tale situazione il successivo art. 596 c.c. commina, infatti, la nullità radicale delle disposizioni.

L'incapacità legale che derivi dalla sentenza d'interdizione decorre solo dal giorno della sua pubblicazione: risultano conseguentemente operative, sino a tale momento, la generale capacità dell'interdicendo e l'irretroattività degli effetti di suddetta decisione⁽¹⁵⁶⁾.

Tuttavia, nel caso in cui il giudice nomini un tutore provvisorio ex art. 419, ult. comma c.c. e segua la sentenza interdittiva, gli effetti dell'incapacità decorrono, ex art. 427, 2° comma, ult. periodo, dal provvedimento di nomina da parte del giudice in modo automatico e senza necessità di specifica menzione del divieto di testare nel provvedimento medesimo, con conseguente annullabilità, ex art. 591, n. 2 c.c., del testamento redatto dopo la suddetta nomina⁽¹⁵⁷⁾. Non può condividersi, infatti, l'opinione che limita l'operatività del citato art. 427, 2° comma c.c. ai soli atti *inter vivos*⁽¹⁵⁸⁾, e ciò almeno per due motivi: anzitutto, l'art. 427, 2° comma c.c. contiene una norma generale, la quale è rivolta a tutti gli atti compiuti – indipendentemente dalla loro natura – posteriormente alla nomina del tutore provvisorio e anteriormente alla pronuncia interdittiva; d'altra parte, se la funzione della nomina provvisoria è quella di tutelare l'interdicendo precedentemente alla pubblicazione della sentenza d'interdizione, tale esigenza indubbiamente sussiste anche riguardo all'atto *mortis causa*, il quale, sebbene improduttivo di effetti immediati, può costituire un pregiudizio, anche perché la revoca può avvenire esclusivamente secondo le modalità di cui agli artt. 679 ss. c.c.⁽¹⁵⁹⁾.

Per gli interdetti giudiziali è, quindi, preclusa la possibilità di disporre per testamento in modo valido. Parte della dottrina ha tentato, recentemente, di attribuire loro eccezionalmente la capacità di testare, dietro specifica autorizzazione del giudice, in applicazione del novellato art. 427, 1°

⁽¹⁵⁶⁾ Cass., 31 marzo 2011, n. 7477, in *www.leggiditalia.it*; conf. Cass., 30 luglio 1983, n. 5248, in *Giust. civ.*, 1984, I, 173. In dottrina v., di recente, G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 679.

⁽¹⁵⁷⁾ Sul punto v. almeno CICU, *Il testamento*, cit., 141; LO SARDO, *Considerazioni sulla capacità testamentaria dell'interdicendo dopo la nomina del tutore provvisorio*, in *Vita not.*, 1989, 233 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *La capacità di disporre per testamento*, cit., 677 s. In giurisprudenza, l'operatività dell'art. 427 c.c. nella materia che ci occupa è affermata da Cass., 30 luglio 1983, n. 5248, cit.

⁽¹⁵⁸⁾ V. Giu. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, cit., 375; v. inoltre, più di recente, G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 680; VENTURELLI, *La capacità di disporre per testamento*, cit., 105 s., che ritiene necessario uno specifico provvedimento con cui il giudice dichiara provvisoriamente l'incapacità di testare da parte dell'interdicendo. In giurisprudenza, v. Cass., 18 gennaio 1968, n. 130, cit.

⁽¹⁵⁹⁾ Cfr. PALAZZO, SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 1, *Categorie e specie della successione*, cit., 398 ss.

comma c.c.⁽¹⁶⁰⁾; tale impostazione contraddice, tuttavia, la norma da ultimo richiamata: quest'ultima infatti, attraverso il riferimento alla possibilità di compiere «taluni atti di ordinaria amministrazione», si riferisce evidentemente a situazioni proprie della quotidianità dell'interdetto, non certo alla possibilità di disporre *mortis causa* del suo patrimonio. Il legislatore inoltre esclude, espressamente e in maniera specifica, che l'atto liberale possa essere compiuto dall'interdetto medesimo, e ciò con riferimento sia al testamento (cfr. art. 591, n. 2 c.c.) che alla donazione (cfr. art. 774 c.c.): previsioni che si pongono, peraltro, in rapporto di specialità rispetto alla disciplina generale di cui al citato art. 427 c.c.

D'altra parte, a seguito dell'introduzione della figura dell'amministratore di sostegno, nonché della conseguente rimodulazione degli istituti a tutela delle persone prive di autonomia, appare inutile introdurre deroghe alla regola che esclude l'interdetto dai soggetti ammessi a testare, deroghe che pure erano state auspiccate in passato⁽¹⁶¹⁾: laddove, in capo alla persona priva di autonomia, sia riscontrata una patologia che comunque le consenta di disporre per il tempo in cui avrà cessato di vivere, il giudice ricorrerà a misure di protezione meno limitative, quali inabilitazione o amministrazione di sostegno. La mancata esclusione di inabilitato e amministrato conduce, infatti, ad ammetterne la capacità di testare⁽¹⁶²⁾; in particolare, riguardo all'amministrato, la capacità di disporre per testamento viene generalmente ammessa sul presupposto che, ex art. 409, 1° comma c.c., l'amministrato conserva la capacità di agire per tutti gli atti per i quali il giudice non ha previsto la rappresentanza o l'assistenza⁽¹⁶³⁾: in sostanza, è solo il giudice tutelare che eccezionalmente ed espressamente può privare il soggetto

⁽¹⁶⁰⁾ Cfr., da ultimo, VENTURELLI, *La capacità di disporre per testamento*, cit., 97 ss.

⁽¹⁶¹⁾ Il riferimento è alla c.d. «Bozza Cendon» del 1986, in *Giur. it.*, 1988, IV, 134 ss., la quale prevedeva l'introduzione di due nuovi articoli nel codice, il 591-*bis* e il 591-*ter*: il primo, rubricato «Ammissione giudiziale dell'interdetto a testare», consentiva al giudice di ammettere l'interdetto a testare, ove assistito da tutore o da curatore appositamente nominato; il secondo, rubricato «Nomina di curatore testamentario per la persona disabile», prevedeva la possibilità per il giudice di nominare un curatore che potesse prestare assistenza nella redazione o nella revocazione del testamento. Su tale proposta di legge v. LISELLA, *Infermità fisica o mentale e codice civile. Note su una proposta di riforma*, in *Rass. dir. civ.*, 1989, 53 ss.; MARELLA, *La protezione giuridica dell'infermo di mente*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1991, 229 ss.

⁽¹⁶²⁾ Per quanto concerne l'inabilitato, cfr. Cass., 18 gennaio 1968, n. 130, cit.; ma v. anche Cass., 9 aprile 2008, n. 9274, cit., la quale conferma in punto la decisione del merito (App. Torino, 27 marzo 2003, ined.), secondo cui «lo stato di inabilitazione non preclude la capacità di testare ai sensi dell'art. 591 c.c.». In dottrina v., di recente, G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 681 s.; VENTURELLI, *La capacità di disporre per testamento*, cit., 102.

⁽¹⁶³⁾ Cfr. sul punto BONILINI, *La capacità di disporre per testamento del beneficiario di amministrazione di sostegno*, in *Tratt. Bonilini*, II, Milano, 2009, 147 ss., spec. 160 s.; ma v. anche G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 682.

sottoposto a detta misura di protezione della capacità di testare⁽¹⁶⁴⁾.

Si tratta di un principio ribadito anche in un recente provvedimento del giudice di merito, il quale ha dato ingresso alla possibilità, per l'amministrato non in grado di scrivere e sottoscrivere, di redigere un testamento olografo con la rappresentanza sostitutiva di un curatore speciale all'uopo nominato, e in presenza dell'amministratore di sostegno⁽¹⁶⁵⁾. Pur muovendo da apprezzabili intenti, il provvedimento è errato sul piano giuridico, ed ha autorizzato la redazione di un testamento irrimediabilmente nullo ex art. 606 c.c. per difetto di olografia e sottoscrizione del testatore, anche se – essendo la volontà dell'ereditando ben presente – confermabile ex art. 590 c.c.

I requisiti di olografia e sottoscrizione autografa non possono mai venire meno nel testamento olografo dal momento che, come si è detto, qualunque intervento di un terzo nella sua confezione, indipendentemente dal grado di significatività, ne comporta la nullità. Tale principio non può certamente essere disatteso nell'ipotesi in cui, per qualsiasi motivo, il testatore non possa scrivere e sottoscrivere, né può essere derogato da un provvedimento del giudice il quale, altrimenti, si porrebbe *contra legem*.

L'ordinamento prevede, del resto, altre forme di testamento. Detti soggetti, in particolare, possono rivolgersi al testamento pubblico, nel quale, peraltro, l'intervento del notaio e la presenza dei testimoni risultano idonei a garantire in massima misura la persona priva di autonomia, senza necessità di ricorrere a provvedimenti abnormi, nonché forieri di complicazioni pratiche di non poco conto, specialmente riguardanti conservazione della scheda e revoca del testamento (aspetti che il giudice di Varese ha ritenuto necessario compiutamente disciplinare nel decreto): riguardo a quest'ultima, in particolare, i caratteri previsti dal legislatore vengono ad essere mutati, con particolare riferimento

⁽¹⁶⁴⁾ Si tratta della fattispecie oggetto di decisione da parte di Trib. Milano (decr.), 26 febbraio 2007, sintetizzata in VENTURELLI, *La capacità di disporre per testamento*, cit., 102 s., nella quale un soggetto affetto da idrocefalia triventricolare – patologia che comporta ritardo mentale, smemoratezza e capacità intellettive molto limitate –, il quale intratteneva relazione affettiva con una donna straniera con vari precedenti penali e denunciata per maltrattamenti verso il soggetto medesimo, veniva espressamente privato della capacità di testare e contrarre matrimonio, al fine di «evitare possa essere pericolosamente esposto all'azione persuasiva di chi, con modalità minatorie, aggressive o all'opposto falsamente suadenti, intenda unicamente ottenere vantaggi economici o di altra natura, quale l'acquisizione della cittadinanza italiana».

⁽¹⁶⁵⁾ Cfr. Trib. Varese (decr.), 12 marzo 2012, in *Giur. it.*, 2013, 345, con nota di SGOBBO, *Capacità e modalità di testare nelle persone affette da Sla fra necessità di tutela ed esigenze dell'ordinamento: prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Fam. e dir.*, 2012, 492, con nota di SCALERA, *Testamento olografo e malato di Sla: un caso di rappresentanza in atti personalissimi?*, in *Fam. pers. e succ.*, 2012, 436, con nota di V. BARBA, *Testamento olografo scritto di mano dal curatore del beneficiario di amministrazione di sostegno*, *ivi*, 597, con nota di MATTIONI, *Il testamento eterografo o per rappresentanza: un nuovo ritrovato giurisprudenziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, 779, con nota di LANDINI, *Autonomia testamentaria dei soggetti beneficiari di sostegno e formalismo degli atti di ultima volontà*, e in *Corr. merito*, 2012, 654.

alle ipotesi tipiche di revoca tacita (cfr. art. 684 c.c.) e al loro inquadramento nei fatti di prova quali presunzioni legali relative, dovendosi, nella specie, necessariamente far ricorso ad un atto negoziale.

Con riferimento al testamento pubblico, l'ultimo periodo del 3° comma dell'art. 603 c.c. espressamente contempla l'ipotesi in esame, disciplinando, in linea con l'art. 51, n. 10 l. not., proprio l'ipotesi in cui il testatore non possa sottoscrivere l'atto; la norma dispone che «Se il testatore non può sottoscrivere, o può farlo solo con grave difficoltà, deve dichiararne la causa, e il notaio deve menzionare questa dichiarazione prima della lettura dell'atto»: è sufficiente quindi che nel testamento, oltre a darsi atto dell'impossibilità di sottoscrivere, sia contenuta la dichiarazione che ne indichi la causa (nella specie, malattia invalidante)⁽¹⁶⁶⁾.

Non è necessario, tuttavia, che la dichiarazione contenga la menzione dettagliata delle circostanze specifiche e contingenti per le quali il fatto allegato si attegga concretamente in maniera tale da determinare detta impossibilità: ai fini della regolarità formale del negozio è sufficiente invece che il fatto medesimo si profili, in linea di massima, potenzialmente dotato di efficienza causale, ed offra elementi che consentano un controllo e orientino la relativa indagine. È fatta salva la facoltà, in capo alla parte che abbia interesse a invalidare il negozio, di dedurre e dimostrare che la causa indicata era in realtà del tutto insussistente o era inidonea, in concreto, a costituire un impedimento a sottoscrivere: nel caso in cui si alleghi una impossibilità causata da malattia non è necessario, quindi, che siano precisati natura e grado d'intensità della stessa, o le specifiche manifestazioni patologiche che impediscano la sottoscrizione⁽¹⁶⁷⁾.

SILVIO PIETRO CERRI

⁽¹⁶⁶⁾ La giurisprudenza, in proposito, ha dichiarato la nullità del testamento pubblico contenente la mera attestazione del notaio che il testatore è impossibilitato a sottoscrivere l'atto per infermità, senza che risulti nell'atto stesso la menzione dell'analoga dichiarazione del testatore ricevuta dal notaio, come stabilito ex art. 603 c.c.: v., sul punto, Cass., 17 giugno 1991, n. 6838, in *Vita not.*, 1992, 337.

⁽¹⁶⁷⁾ Cfr., in tal senso, Cass., 22 febbraio 1963, n. 430, in *Giur. it.*, 1964, I, 1, 103.

Riguardo al soggetto non vedente, si è tuttavia precisato (cfr. Cass., 9 dicembre 1997, n. 12437, in *Giust. civ.*, 1997, I, 2979, con nota di richiami di ANNUNZIATA, in *Vita not.*, 1998, 961, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, I, 934, con nota di MOSCA, *Capacità negoziale delle persone cieche e rapporti tra L. 3 febbraio 1975, n. 18 e L.N.*) che il testamento pubblico da questi non sottoscritto non può essere dichiarato valido sull'erroneo presupposto dell'idoneità a costituire utile succedaneo alla sottoscrizione la mera dichiarazione resa dal testatore al notaio rogante (e da questo trasfusa nell'atto) di essere impossibilitato a sottoscrivere in quanto cieco, in mancanza di qualsiasi verifica riguardo alla correlabilità, a tale situazione, di una effettiva e non ovviabile incapacità a vergare la propria firma e, quindi, di ogni accertamento sulla effettiva veridicità e valenza di tale professione d'incapacità a sottoscrivere, che, viceversa, va riscontrata ed accertata in concreto. Riguardo al testamento del cieco e ai relativi requisiti formali, v. PALAZZO, SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successivi*, 1, *Categorie e specie della successione*, 352 ss.

DIRITTO PENALE

CORTE DI APPELLO DI PERUGIA – 15 ottobre 2013 – *Pres. Est. Ricciarelli – Triaca*

Revisione – Svolgimento del giudizio – Acquisizione di nuove prove documentali – Assunzione di nuove prove dichiarative – Pluralità di nuove fonti di prova – Idoneità delle stesse a colmare l'assenza di prove di segno opposto rispetto ad argomenti di ordine logico posti a fondamento della sentenza di condanna irrevocabile – Impossibilità di affermare ogni oltre ragionevole dubbio la colpevolezza del condannato in via definitiva – Sussistenza – Accoglimento dell'istanza di revisione – Revoca della sentenza di condanna *in parte qua* – Assoluzione perché il fatto non sussiste (c.p.p., artt. 530 comma 1; 533 comma 1; 636; 637).

Qualora nell'ambito del giudizio di revisione siano acquisiti plurime nuove fonti di prova idonee a colmare l'assenza di prove dirimenti di segno opposto originariamente mancanti e tali da scalfire gli argomenti di ordine logico posti a fondamento della sentenza di condanna soggetta a revisione, non si può più affermare, con un grado di certezza oltre ogni ragionevole dubbio, che il condannato abbia commesso la fattispecie di reato ascrittagli in via definitiva, con la conseguenza che deve essere accolta l'istanza di revisione e, per l'effetto, revocata la sentenza di condanna e pronunciato il proscioglimento con la relativa formula di giustizia (fattispecie nella quale, rilevato come, per effetto della acquisizione di nuove prove documentali e della assunzione di nuove prove dichiarative, non potesse più sostenersi, oltre ogni ragionevole dubbio, la colpevolezza del condannato per il delitto di calunnia, la Corte territoriale, in accoglimento dell'istanza di revisione, ha revocato la sentenza di condanna in parte qua ed ha prosciolto l'imputato con la formula "perché il fatto non sussiste") (1).

(*Omissis*). Enrico Triaca, tratto in arresto il 17.5.1978 nell'ambito delle indagini riguardanti il sequestro e l'uccisione di Aldo Moro da parte delle Brigate Rosse, fu sottoposto quello stesso giorno ad interrogatorio

(*Omissis*). Nel corso di esso il Triaca (*Omissis*) non fornì ulteriori notizie di elevato rilievo ed anzi aggiunse che non intendeva effettuare riconoscimenti fotografici (*Omissis*).

Nel corso di un interrogatorio (*Omissis*) svoltosi lo stesso 18 maggio 1978 il Triaca (*Omissis*) cominciò a fornire informazioni più dettagliate in ordine a svariati personaggi con i quali aveva avuto rapporti.

Di analogo tenore furono altri interrogatori (*Omissis*), finché, per la prima volta, (*Omissis*) in data 19 giugno il Triaca parlò di quanto avvenuto verso le 23,30 del giorno in cui aveva sostenuto il primo interrogatorio (*Omissis*) il predetto riferì di essere stato prelevato e fatto salire a bordo di un furgone, di essere stato condotto in luogo posto a distanza dal Commissariato (*Omissis*), di essere stato legato ad un "tavolaccio" e di essere stato infine sottoposto ad uno speciale trattamento, consistente nel tappargli il naso e nel fargli ingurgitare dalla bocca acqua in cui era stata disciolta una polverina dal sapore non meglio definito.

Tale racconto fu posto alla base di indagini volte ad accertare i fatti e da ultimo a fondamento dell'accusa di calunnia per la quale poi il Triaca venne giudicato colpevole.

A ben guardare il giudizio di colpevolezza essenzialmente si fondò, per quanto emerge dalla sentenza (*Omissis*), su argomenti logici, in assenza di qualsivoglia preciso elemento probatorio tale da far apparire impossibile che l'episodio si fosse realmente verificato.

Tale premessa è necessaria per comprendere il significato del presente giudizio di revisione, volto ad introdurre per contro testimonianze, aventi la funzione di accreditare specificamente l'episodio della sottoposizione del Triaca allo speciale trattamento denominato "*waterboarding*", consistente nel creare nel soggetto una particolare pressione psicologica attraverso il senso di soffocamento indotto dall'introduzione in bocca di acqua e sale a naso tappato.

Orbene, la prova deve ritenersi nella sostanza riuscita, essendo stati acquisiti elementi volti a colmare quell'assenza di prove dirimenti di segno opposto e tali da rendere non più idonei gli argomenti di ordine logico valorizzati nel corso dell'originario giudizio, peraltro non del tutto univoci. (*Omissis*).

Valutando tali dichiarazioni [n.d.r. ossia quelle assunte nel corso del giudizio di revisione] nel quadro di tutte le risultanze processuali (*Omissis*) deve necessariamente concludersi che un funzionario (*Omissis*) rispondente al nome di N.C., dopo aver sperimentato (*Omissis*) pratiche di *waterboarding* nei confronti di criminalità comune, le utilizzò all'epoca del terrorismo nei confronti di alcuni soggetti arrestati, al fine di sottoporre costoro ad una pressione psicologica che avrebbe dovuto indebolirne la resistenza e indurli a parlare. (*Omissis*).

La pluralità delle fonti consente dunque di ritenere provato che

un soggetto, rispondente al nome di N.C., (*Omissis*) confermò di aver (*Omissis*) al tempo del terrorismo, utilizzato più volte la pratica del *waterboarding* (*Omissis*).

La stessa pluralità delle fonti, sia pur - sotto tale profilo - indirette, consente inoltre di ritenere suffragato l'assunto fondamentale che a tale pratica fu sottoposto anche Enrico Triaca.

L'attendibilità della fonte principale è invero suffragata dall'ammesso diretto coinvolgimento in pratiche illecite, che non si possono certo rivelare a cuor leggero, al di là delle surrettizie giustificazioni che si vogliano all'uopo rinvenire, nonché dal fatto che in origine il C. aveva tenuto a tener nascoste le proprie generalità, a dimostrazione della piena consapevolezza di addentrarsi in un terreno minato. (*Omissis*).

Non è dirimente il fatto che la Corte si sia trovata nell'impossibilità di escutere la fonte diretta, cioè il C., il quale fin dal primo momento risultava comunque gravato da indizi di reità agli effetti dell'art. 63 co. 2 c.p.p., senza che d'altro canto possa assumere rilievo il fatto che per il decorso del tempo siano ormai maturati i termini di prescrizione dei reati se del caso ipotizzabili, prescrizione che va comunque dichiarata e alla quale il C. potrebbe anche rinunciare.

Del resto in un caso siffatto la mancata escussione della fonte diretta non comporta inutilizzabilità di quella indiretta, peraltro costituente fonte diretta del fatto di per sé rilevante della personale rivelazione da parte del C.

Inoltre si è già detto di come la pluralità delle fonti valga ampiamente a colmare quella solo apparente alcuna, conferendo capacità di tenuta al quadro complessivo emergente dalle varie narrazioni. (*Omissis*).

Val comunque la pena sottolineare come gli elementi acquisiti, che pur possono considerarsi nella sostanza probanti circa la pratica cui il Triaca fu all'epoca sottoposto, debbano quanto meno ritenersi idonei ad aprire insuperabili smagliature nel compendio probatorio che aveva sorretto la sentenza di condanna, ingenerando più che ragionevoli dubbi in ordine al carattere oggettivamente calunnioso del racconto a suo tempo fatto dal Triaca, nella sostanza rivolto contro una pluralità di ufficiali prestatasi a rendere possibile e poi a occultare la pratica speciale di *waterboarding*.

Ciò val quanto dire che, per effetto delle nuove prove, non si potrebbe più affermare con un grado di certezza, oltre ogni ragionevole dubbio, che il Triaca avesse a suo tempo incolpato di reati soggetti che egli sapeva innocenti.

Il risultato non può dunque che essere quello di addivenire, in accoglimento dell'istanza di revisione, alla revoca, limitatamente al delitto di calunnia, della sentenza pronunciata nei confronti di Triaca Enrico dalla Corte di Appello di Roma in data 26.10.1984, passata in giudicato

il 4.10.1985, e di prosciogliere il Triaca dal reato di calunnia all'epoca a lui ascritto per insussistenza del fatto. (*Omissis*).

(1) Revisione del processo al vaglio dell'«oltre ogni ragionevole dubbio».

1. Tratto in arresto nell'ambito di una assai nota vicenda di cronaca giudiziaria degli anni settanta, Enrico Triaca - l'odierno istante in revisione - fu sottoposto, lo stesso giorno, ad interrogatorio, nel corso del quale oppose ferma resistenza a qualsivoglia collaborazione con le Autorità inquirenti, lasciando chiaramente intendere che non avrebbe effettuato riconoscimenti fotografici di sorta.

Sentito, successivamente, più volte dagli organi investigativi, iniziò a fornire informazioni più dettagliate sui partecipi dell'organizzazione criminale sospettata di aver ideato e realizzato il sequestro e l'omicidio sul quale si stava indagando.

Solo un mese dopo rispetto all'arresto, nel giugno del 1978, nuovamente sentito, il Triaca ritrattò le precedenti propalazioni accusatorie, narrando di quanto avvenuto nella tarda serata del giorno in cui aveva sostenuto il primo interrogatorio.

In quell'occasione, riferì di essere stato prelevato dal Commissariato, fatto salire su un furgone e, quindi, condotto, bendato, in una località imprecisata nella quale, denudato e legato ad un tavolo, era stato sottoposto ad uno speciale trattamento: tappatogli il naso, gli era stato versato in bocca dell'acqua nella quale era stata disciolta una polverina dal sapore non meglio definito. Di seguito fu incitato a parlare.

Da tale racconto scaturirono le indagini volte ad accertare le presunte torture subite, che si conclusero, infine, con il rinvio a giudizio del Triaca per il delitto di calunnia.

Processato dal Tribunale di Roma, fu condannato con sentenza, prima confermata dalla Corte di Appello di Roma e poi divenuta irrevocabile a seguito del rigetto del proposto ricorso per cassazione.

Sulla base di molteplici prove documentali e dichiarative, apparse anche su quotidiani e trasmissioni televisive nazionali, nelle quali si disvelava la pratica - usata dalle forze di polizia dell'epoca come mezzo di contrasto dei fenomeni terroristici e nota con il nome di *waterboarding* - alla quale si sarebbe fatto ricorso, per stessa ammissione, non smentita, del relativo autore, anche nei confronti del Triaca, quest'ultimo rivolgeva alla Corte di Appello di Perugia istanza di revisione della sopra citata sentenza di condanna.

Ed invero, le molteplici e convergenti nuove acquisizioni documentali e dichiarative - a detta del ricorrente - avrebbero inequivocabilmente confermato la veridicità delle dichiarazioni rese nell'interrogatorio del giugno

del 1978, che, invece, erano state poste a base della condanna per il delitto di calunnia.

Acquisite le prove documentali allegate all'istanza di revisione ed escussi i testi ammessi, la Corte di Appello perugina, ritenuto che le nuove risultanze processuali fossero idonee a scalfire quegli argomenti di ordine logico valorizzati nel corso dell'originario giudizio, ha statuito che «per effetto delle nuove prove, non si [potesse] più affermare con un grado di certezza, oltre ogni ragionevole dubbio, che [l'istante] avesse a suo tempo incolpato di reati soggetti che egli sapeva essere innocenti».

Di qui l'accoglimento dell'istanza di revisione, la revoca, seppur limitatamente al solo delitto di calunnia, della sentenza di condanna ed il proscioglimento per insussistenza del fatto.

Nei paragrafi seguenti, dopo qualche breve cenno all'istituto di cui agli artt. 629 e ss. c.p.p. ed, in particolare, agli aspetti presi in esame dalla pronuncia annotata, ci si soffermerà sui principi di diritto ricavabili, da un punto di vista squisitamente processualpenalistico, dalla dirompente decisione della Corte di Appello perugina, già, peraltro, ampiamente studiata sotto i profili strettamente penalistici della vicenda⁽¹⁾.

2. Come insegna la migliore dottrina, la revisione è sinteticamente definibile quale «mezzo di impugnazione straordinario esperibile, senza preclusioni temporali, avverso le sentenze [ivi comprese quelle emesse ai sensi dell'art. 444, comma 2, c.p.p.] o i decreti penali divenuti irrevocabili, anche se la pena risulti già eseguita o ... estinta»⁽²⁾.

⁽¹⁾ Cfr., al riguardo, la nota di MASERA, *I prof. De Tormentis e la pratica del waterboarding in Italia*, in www.penalecontemporaneo.it e l'interessante contributo di LOSCHI, *Il delitto di tortura nell'ordinamento italiano: una fattispecie incriminatrice in cerca d'Autore*, in www.archiviopenale.it, nel quale l'A., dopo aver passato in rassegna le fonti, nazionali e sovranazionali, costitutive dell'obbligo di incriminazione della tortura, si sofferma sulle fattispecie di reato impiegate, nella prassi giudiziaria, per contrastare i fenomeni riconducibili alla nozione di tortura, per poi analizzare il recente testo unificato, adottato dal Senato della Repubblica lo scorso 5 marzo 2014, recante norme finalizzate all'«introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano» mediante la previsione dell'inedito delitto di tortura all'art. 613 bis c.p. e di quello dell'«istigazione del pubblico ufficiale a commettere tortura» al successivo art. 613 ter c.p.

⁽²⁾ Per una simile configurazione dell'istituto, DEAN, *Provvedimenti soggetti a revisione ed ambiti della declaratoria di inammissibilità della richiesta*, in *Giur. it.*, 1999, 806.

Sulla tematica, v., specialmente, DEAN, *La revisione*, in GAITO (diretto da), *Le impugnazioni penali*, II, Torino, 1998, 795; ID., *La revisione*, Padova, 1999, *passim*; ID., *La revisione*, in DOMINIONI – CORSO – GAITO – SPANGHER – DEAN – GARUTI – MAZZA, *Procedura penale*, II ed., Torino, 2012, 823; GIALUZ, *Sub. artt. 629 - 642 c.p.p.*, in GIARDA - SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, 4^a ed., Milano, 2010, 7589; JANNELLI, *Sub artt. 629 - 642 c.p.p.*, in CHIAVARIO (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, VI, Torino, 1991, 325; ID., *La revisione*, in CHIAVARIO - MARZADURI (a cura di), *Giurisprudenza sistematica di diritto*

Usualmente ricompreso nel novero dei rimedi revocatori del giudicato penale⁽³⁾, l'istituto in questione si connota per la peculiare «attitudine rescissoria del giudicato penale», finalizzata ad «asseconda[re] esigenze di giustizia “postume”»⁽⁴⁾.

Preceduto dalla delibazione preliminare sull'ammissibilità della richiesta prevista dall'art. 634 c.p.p.⁽⁵⁾ - preordinata, per ovvie ragioni di economia processuale⁽⁶⁾, alla verifica in ordine alla sussistenza delle condizioni di ammissibilità della stessa e destinata a concludersi con un'ordinanza con la quale viene consentito o negato l'accesso al giudizio⁽⁷⁾ - , il giudizio

processuale penale. Le impugnazioni coordinato da Aimonetto, Torino, 2005, 653; MARCHETTI, *La revisione*, in SPANGHER (diretto da), *Trattato di procedura penale*, VI (*Impugnazioni*) a cura di Spangher, Torino, 2009, 925; PRESUTTI, *Revisione del processo penale*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991, 1; RAMAJOLI, *Le impugnazioni penali: appello, cassazione, revisione*, Padova, 1994, 199; SPANGHER, *Revisione*, in *Dig. disc. pen.*, XII, Torino, 1997, 131; VANNI, *Revisione del giudicato penale*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 157.

⁽³⁾ Espressione, quest'ultima, con la quale si individuano l'istituto del ricorso straordinario per cassazione *ex art. 625 bis c.p.p.*, nonché alcuni rimedi processuali attivabili in fase esecutiva, quali quelli contemplati dagli artt. 669 (“Pluralità di sentenze per il medesimo fatto contro la stessa persona”), 671 (“Applicazione della disciplina del concorso formale e del reato continuato”) e 673 (“Revoca della sentenza per abolizione del reato”) c.p.p., oltre che l'ipotesi dell'estensione, in sede esecutiva, al soggetto non impugnante della statuizione più favorevole conseguita dal coimputato all'esito dell'impugnazione, qualora non vi abbia provveduto, *ex artt. 587 e 601 c.p.p.*, il giudice della cognizione. In argomento, per tutti, NORMANDO, *Il sistema dei rimedi revocatori del giudicato penale*, Torino, 1996, *passim*. All'elenco di cui sopra deve aggiungersi, ora, l'inedito istituto della rescissione del giudicato di cui all'art. 625 *ter* c.p.p., introdotto nel tessuto codicistico dalla legge 28 aprile 2014, n. 67, a mente del quale «il condannato o il sottoposto a misura di sicurezza con sentenza passata in giudicato, nei cui confronti si sia proceduto in assenza per tutta la durata del processo, può chiedere la rescissione del giudicato qualora provi che l'assenza [sia] stata dovuta ad una incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo». Per un primo commento alle novità normative relative al processo *in absentia*, cfr. QUATTROCOLO, *Il contumace cede la scena processuale all'assente, mentre l'irreperibile l'abbandona. Riflessioni a prima lettura sulla nuova disciplina del procedimento senza imputato*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁽⁴⁾ In questi termini, DEAN, *La revisione*, cit., 11.

⁽⁵⁾ A proposito della quale, cfr. SCALFATI, *L'esame sul merito nel giudizio preliminare di revisione*, Padova, 1995, 65 e ss.

⁽⁶⁾ E ciò «al fine di evitare impugnazioni pretestuose o palesemente infondate, per cui si spiega la possibilità e la previsione di una condanna del richiedente al pagamento di una somma determinata a favore della cassa delle ammende»: così la *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, in *Supplemento ordinario n. 2 alla G.U. del 24 ottobre 1988, Serie generale n. 250*, 137.

⁽⁷⁾ Sulla delibazione demandata alla Corte di Appello, v., specialmente, BRONZO, *Il giudizio di ammissibilità nel nuovo procedimento di revisione: requisiti sostanziali della richiesta e non manifesta infondatezza*, in *Cass. pen.*, 1998, 901. Quanto alle coordinate spazio-temporali della declaratoria di inammissibilità della richiesta di revisione, ci si limita a ricordare che, a seguito di una significativa decisione della

di revisione vero e proprio si apre con l'emissione, da parte del presidente della Corte di appello funzionalmente competente⁽⁸⁾, del decreto di citazione a giudizio a norma dell'art. 601 c.p.p., prosegue secondo le regole usuali del dibattimento di primo grado⁽⁹⁾ e si conclude con pronuncia di accoglimento o rigetto dell'istanza.

Nel primo caso, ai sensi dell'art. 637 c.p.p., il giudice revoca la sentenza (o il decreto penale) di condanna e pronuncia il proscioglimento indicandone la causa nel dispositivo⁽¹⁰⁾, nel secondo, il giudice condanna la parte privata che l'ha proposta al pagamento delle spese processuali ed eventualmente dispone l'immediata ripresa dell'esecuzione della pena o della misura se in precedenza sospesa *ex art. 635 c.p.p.*⁽¹¹⁾.

Quanto ai criteri di giudizio adottabili ai fini della pronuncia, la prognosi preliminare richiesta dall'art. 631 c.p.p., quale requisito intrinseco ai fini dell'ammissibilità della richiesta di revisione, conferma la completa osmosi processuale, nell'ambito dell'impugnazione straordinaria in parola, delle usuali formule decisorie proprie del giudizio di cognizione ordinario.

Si è detto, in proposito, efficacemente, che la «portata revocatoria dell'impugnazione straordinaria» si nutre anche di «tutte quelle specifiche situazioni di insufficienza e contraddittorietà probatoria, che in passato risultavano inidonee a rimettere legittimamente in discussione il giudicato penale»⁽¹²⁾.

Cassazione a Sezioni unite, si è riconosciuta la possibilità di dichiarare l'inammissibilità della richiesta medesima anche successivamente alla verifica *in limine litis* prevista dall'art. 634 c.p.p., e, dunque, anche nel corso dell'udienza fissata a seguito del decreto di citazione *ex art. 636 c.p.p.*, nonché con la sentenza conclusiva del giudizio di revisione (cfr. Cass., sez. un., 10 dicembre 1997, Pisco, in *Giur. it.*, 1999, 806, con nota di DEAN, *Provvedimenti soggetti a revisione*, cit., nonché, successivamente, anche Cass., sez. un., 26 settembre 2001, Pisano, in *Mass. Uff.*, 220441, annotata da LONATI, *Ancora sulle coordinate spaziali del giudizio di ammissibilità della richiesta di revisione*, in *Giur. merito*, 2003, 228).

⁽⁸⁾ Individuata, come noto, a seguito delle modifiche apportate all'art. 633, comma 1, c.p.p. dalle leggi 23 novembre 1998, n. 405 e 2 dicembre 1998, n. 420, secondo i criteri di cui all'art. 11 c.p.p.

⁽⁹⁾ «In quanto... applicabili e nei limiti delle ragioni indicate nella richiesta di revisione»: così l'art. 636, comma 2, c.p.p. Sul punto, DEAN, *La revisione*, cit., 106-108.

⁽¹⁰⁾ Quanto ai provvedimenti accessori eventualmente adottabili in caso di accoglimento della richiesta di revisione, cfr. l'art. 639 c.p.p.

⁽¹¹⁾ Già si è accennato al terzo possibile epilogo del giudizio di revisione con la declaratoria di inammissibilità della richiesta, che, come si è visto, a seguito di un importante intervento della Suprema Corte a Sezioni unite, è, ora, pronunciabile anche con la sentenza conclusiva del relativo giudizio. Sul punto, v. *supra* la nota n. 7. In ordine ai limiti di riproponibilità della richiesta nel caso di declaratoria di inammissibilità o di rigetto della stessa, l'art. 641 c.p.p. ne sancisce la non ostatività a patto che la «nuova richiesta» sia «fondata su elementi diversi». Al riguardo, cfr., *amplius*, DEAN, *La revisione*, cit., 111-113.

⁽¹²⁾ Così si esprime CALLARI, *La revisione. La giustizia penale tra forma e sostanza*, II ed., Torino, 2012, 362.

Nessun dubbio, pertanto, che qualsivoglia incertezza probatoria circa la colpevolezza del soggetto condannato con sentenza definitiva, in ossequio al canone dell'oltre ogni ragionevole dubbio⁽¹³⁾, debba condurre inevitabilmente alla revisione del giudicato⁽¹⁴⁾.

È su tale aspetto specifico che la Corte di appello perugina ha focalizzato la propria attenzione.

3. Posto che il giudizio di colpevolezza si fondò essenzialmente «su argomenti logici, in assenza di qualsivoglia preciso elemento probatorio tale da far apparire impossibile che l'episodio si fosse realmente verificato», si comprende - secondo il Collegio perugino - «il significato del presente giudizio di revisione, volto ad introdurre per contro testimonianze, aventi la funzione di accreditare specificamente l'episodio della sottoposizione del Triaca allo speciale trattamento denominato “waterboarding”»⁽¹⁵⁾.

Senza volersi addentrare nelle tematiche dischiuse dal concetto del *novum* probatorio nel giudizio di revisione⁽¹⁶⁾, nella fattispecie in esame nessun dubbio poteva insorgere in ordine alla acquisizione di molteplici «elementi volti a colmare quell'assenza di prove dirimenti di segno opposto e tali da rendere non più idonei gli argomenti di ordine logico valorizzati nel corso dell'originario giudizio»⁽¹⁷⁾.

Ed invero, dalla complessiva valutazione delle dichiarazioni assunte nel corso del giudizio di revisione effettuata alla luce di tutte le risultanze

⁽¹³⁾ Consacrato, a seguito della novella del 2006, nella regola posta dall'art. 533, comma 1, c.p.p. Sul canone decisorio *de quo*, ancor prima della riforma legislativa operata dalla legge 20 febbraio 2006 n. 46, restano imprescindibili i contributi di CANZIO, *L'“oltre il ragionevole dubbio” come regola probatoria e di giudizio nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 303 e ss. e di STELLA, *Oltre il ragionevole dubbio: il libero convincimento del giudice penale. Vecchie e nuove esperienze*, *Atti del Convegno. Siracusa 6-8 dicembre 2002*, Milano, 2004, 79 e ss. A commento della modifica del 2006, cfr., tra i tanti, CHINNICI, *L'“oltre ogni ragionevole dubbio: nuovo criterio del giudizio di condanna*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 1553; CONTI, *Al di là del ragionevole dubbio*, in SCALFATI (a cura di), *Novità su impugnazioni penali e regole di giudizio. Legge 20 febbraio 2006, n. 46 “legge Pecorella”*, Milano, 2006, 87; FERRUA, *La colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio*, in FILIPPI (a cura di), *Il nuovo regime delle impugnazioni tra Corte costituzionale e Sezioni Unite*, Padova, 2007, 137. Per una ricostruzione evolutiva della formula anglosassone del B.A.R.D. (acronimo del *beyond any reasonable doubt*), cfr., invece, specialmente, SCARCELLA, *Regola del B.A.R.D. nel giudizio d'appello e riforma «contra reum» della sentenza assolutoria*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 205 e ss.

⁽¹⁴⁾ Cfr., ancora, CALLARI, *La revisione*, cit., 362.

⁽¹⁵⁾ Così si esprime la sentenza in commento, consultabile in www.penalecon-temporaneo.it.

⁽¹⁶⁾ Per una esaustiva trattazione delle quali, si rinvia, specialmente, a CAVALARO, *Il novum probatorio nel giudizio di revisione*, Torino, 2011, 53 e ss., nonché a DEAN, *La revisione*, cit., 61 e ss. e FIORIO, *La prova nuova nel processo penale*, Padova, 2008, 223 e ss.

⁽¹⁷⁾ In questi termini si esprime ancora la pronuncia annotata.

processuali, secondo la Corte di Appello di Perugia, deve ragionevolmente ritenersi che, al tempo a cui si riferiscono i fatti contestati all'istante in revisione, «un funzionario ..., dopo aver sperimentato ... pratiche di *waterboarding* nei confronti di criminalità comune, le [abbia utilizzate] all'epoca del terrorismo nei confronti di alcuni soggetti arrestati [ivi compreso anche Enrico Triaca], al fine di sottoporre costoro ad una pressione psicologica che avrebbe dovuto indebolirne la resistenza e indurli a parlare».

Alla luce delle considerazioni che precedono, la Corte afferma la piena idoneità degli elementi acquisiti «ad aprire insuperabili smagliature nel compendio probatorio che aveva sorretto la sentenza di condanna, ingenerando più che ragionevoli dubbi in ordine al carattere oggettivamente calunnioso del racconto a suo tempo fatto dal Triaca».

Detto in altri termini, per effetto delle risultanze emerse nel corso del giudizio di revisione, non potrebbe più ritenersi provata, oltre ogni ragionevole dubbio, la colpevolezza del ricorrente per la fattispecie delittuosa di cui all'art. 368 c.p.⁽¹⁸⁾.

Sulla base di tale condivisibile assunto interpretativo, è accolta l'istanza di revisione e, conseguentemente, è revocata, limitatamente al delitto di calunnia, la sentenza irrevocabile pronunciata nei confronti dell'istante, che, nel contempo, è prosciolto dal delitto di calunnia all'epoca ascrittogli per insussistenza del fatto.

ERICA FARINELLI

⁽¹⁸⁾ Sul tema specifico, v., in particolare, CALLARI, *La revisione*, cit., 363 ed ivi i riferimenti contenuti nella nota n. 81; CAVALLARO, *Il novum probatorio*, cit., 60.

CORTE DI APPELLO DI PERUGIA – 20 agosto 2013 – *Pres. Est. Massei*
– P.C.

Giudizio abbreviato – Mezzi di prova – Utilizzabilità – In genere – Dichiarazioni spontanee – Presenza della Polizia Giudiziaria – Assenza difensore – Ammissibilità – Sussistenza (c.p.p., artt. 350, comma 5; 350, comma 7).

L'imputato, in un procedimento caratterizzato dalla scelta del rito abbreviato a norma dell'art. 438 ss. c.p.p., può essere giudicato mediante l'utilizzazione di materiale probatorio, quale le proprie dichiarazioni e

quelle degli altri soggetti fermati nell'immediatezza dei fatti, anche in assenza di difensore e alla sola presenza della polizia giudiziaria, pur non raccolte in apposito verbale ma contenute nel verbale di perquisizione (1).

(*Omissis.*) Con sentenza emessa in data 30.6.2005 il Tribunale di Perugia sezione distaccata di Foligno dichiarava P.C. colpevole del reato di illecita detenzione di hashish e lo condannava alla pena di anni 1 mesi 8 di reclusione ed Euro 4.000,00 di multa previa concessione delle generiche e operata la diminuzione per il rito. Il primo giudice nel pervenire alla sentenza di condanna muoveva dalla testimonianza di M.A. che aveva dichiarato di riferirsi all'attuale imputato per il procacciamento della droga, nonché dalle analoghe dichiarazioni di M.M., L.P., B.L., B.S. Richiamava altresì l'esito della indagine tossicologica sulla droga rinvenuta dagli Operanti in possesso dell'attuale imputato. Con le generiche e la riduzione del rito era inflitta la pena di cui sopra con i benefici di legge.

Proponeva appello l'imputato. Con un primo motivo la sentenza era censurata perché erano state utilizzate le dichiarazioni dei soggetti fermati insieme all'imputato mentre erano intenti a consumare uno spinello. Evidenziava l'appellante che dalle dichiarazioni di tali soggetti non emergeva che taluno di questi avesse indicato in P.C. il proprietario della droga o il soggetto che della stessa si fosse liberato. Il solo dato che da tali dichiarazioni emergeva era che l'odierno imputato era stato contattato e poi avvicinato per il procacciamento della droga. L'imputazione attiene però ad una diversa fattispecie e cioè alla detenzione di grammi 70,930 rinvenuti dai CC nel parco di via Ciangaretti la sera del 23.6.2005. Non era quindi chiaro il ruolo del P. e veniva altresì evidenziato che negli atti di PG talora la proprietà della droga era attribuita al P., talora al P. e al B. e talora a tutto il gruppo.

L'unica perquisizione con esito positivo era stata quella nei confronti del B. al quale erano stati rinvenuti grammi 4,16 di hashish ed un coltello multiuso con la lama sporca di una sostanza tipo hashish e tale dato era stato trascurato.

Veniva altresì osservato che nella comunicazione della notizia di reato si fa riferimento all'ammissione di colpevolezza da parte dell'imputato ma non risulta l'atto nel quale la stessa sarebbe stata dichiarata e quindi di ciò non può tenersi conto.

L'unico dato era quindi costituito dalle dichiarazioni dei soggetti dediti all'uso di sostanza stupefacente, dichiarazioni da valutare con quelle cautele non usate nella sentenza appellata.

Oltre che dubbi sulla attendibilità venivano avanzati dubbi sulla loro utilizzabilità e veniva al riguardo richiamato l'insegnamento della SC

per il quale le dichiarazioni di un indagato nell'immediatezza del fatto non possono essere utilizzate a carico di altro indagato.

Con riguardo all'entità della pena veniva lamentato il mancato riferimento ai criteri indicati dall'art. 133 c.p.

All'udienza del 25.6.2013 verificata la regolarità delle notifiche le parti concludevano come in atti. La Difesa oltre a riportarsi ai motivi chiedeva declaratoria di estinzione del reato per intervenuta prescrizione e l'applicazione dell'indulto.

Questa Corte emetteva la decisione e dava immediata lettura del dispositivo. Riservava in giorni 90 il termine per la stesura della motivazione.

Come primo motivo di gravame l'appellante evidenzia che le persone sentite in ordine alla vicenda per cui è processo hanno riferito di essersi talora procurata la droga tramite l'attuale imputato. Il capo di imputazione attiene però ad un comportamento diverso e cioè alla illecita detenzione di grammi 70 circa di hashish.

In ordine a tale imputazione viene chiesta l'assoluzione e quindi censurata la sentenza del primo giudice anche in considerazione del fatto che gli Operanti non avevano chiaramente individuato il proprietario della droga e in sede di perquisizione personale e domiciliare nulla di significativo era stato trovato al P.. Quanto poi all'ammissione da parte del P. di essere proprietario della maggior parte della sostanza che era stata rinvenuta veniva sottolineato che una tale dichiarazione non era dato sapere quando e in quali circostanze sarebbe stata resa.

Non ritiene questa Corte condivisibile tale motivo di gravame.

Premesso che l'imputato ha scelto il rito abbreviato così che possono essere utilizzati tutti gli atti acquisiti, salva ovviamente l'applicabilità della previsione contenuta nell'art. 191 c.p.p., va osservato quanto segue: nel verbale di udienza di convalida dell'arresto l'attuale imputato si avvaleva della facoltà di non rispondere. Nel verbale di perquisizione personale del 24.6.2004 gli Operanti davano atto che l'attuale imputato "dichiarava agli operanti che parte dello stupefacente rinvenuto a terra e precisamente quello ricoperto da carta trasparente di tipo cellophane, quello ricoperto con plastica di colore bianco ed infine i due pezzi più grandi senza alcuna ricopertura..era di sua proprietà e nell'occasione se ne era disfatto". Nella comunicazione di notizia di reato gli Operanti davano quindi conto che il P. riconosceva la proprietà di complessivi grammi 70,930 suddivisi come da verbale di perquisizione.

Pur non risultando alcuna specifica verbalizzazione di tali dichiarazioni le stesse risulta che sono state rese in sede di perquisizione e sequestro e ribadite nella comunicazione della notizia di reato. Quanto poi alla loro utilizzabilità in sede di giudizio abbreviato e nei confronti dello stesso soggetto che le ha rese, va richiamato l'insegnamento della

Corte di Cassazione per il quale sono utilizzabili nel giudizio abbreviato le dichiarazioni spontanee rese dalla persona sottoposta alle indagini alla polizia giudiziaria, anche se inserite in un verbale di perquisizione e sequestro e non in un autonomo verbale (Cass. Sez. 6 26.10.2011 n. 8675, Labonia). Trattasi di orientamento ribadito nella sentenza emessa dalla IV sezione della Cassazione, n. 6962/2013 (imp. Memoli). In detta sentenza la S.C. ha sottolineato che le dichiarazioni rese dall'imputato agli investigatori durante l'esecuzione della perquisizione domiciliare vanno ricondotte alla previsione dell'art. 350 co. 5 c.p.p. e per esse non c'è alcuna preclusione di utilizzabilità nell'ambito del giudizio abbreviato che ha natura e caratteri del tutto peculiari in quanto svolto allo stato degli atti.

Peraltro gli Operanti, pur non avendo potuto stabilire al momento del loro intervento la precisa proprietà della droga poi rinvenuta hanno tuttavia evidenziato che nell'avvicinarsi causavano "l'immediata reazione del P. e del B. i quali subitaneamente gettavano alle proprie spalle degli involucri di varie dimensioni".

I ragazzi sentiti dai carabinieri e che stavano con il P. oltre che con il Bartolo hanno poi riferito che si rifornivano da hashish dal P. e che quando avevano necessità di acquistare hashish il P. era in condizioni di cederlo. Dichiarazioni già riportate nella sentenza impugnata che va quindi sul punto richiamata. Va altresì evidenziato che uno di tali ragazzi e cioè L.P.B. oltre a dichiarare che aveva contattato il P. il quale gli aveva detto di raggiungerlo e che stava preparando uno spinello che gettava dietro di sé quando arrivarono i carabinieri, ha anche riferito che i carabinieri effettuavano una perquisizione e rinvenivano un notevole quantitativo di stupefacente tipo hashish "la cui proprietà veniva riconosciuta dal P. per la quasi totalità".

In relazione a quanto precede (dichiarazioni dei vari ragazzi; rinvenimento della droga; ammissione della proprietà di quasi la totalità della stessa da parte del P. secondo quanto gli Operanti hanno riferito e secondo quanto anche il teste L. ha riferito) la declaratoria di responsabilità emessa dal primo giudice si sottrae alle censure mosse.

L'appellante sostiene che i soggetti coinvolti sono scarsamente credibili.

Quanto sopra rilevato e quanto già evidenziato dal primo giudice non consente di condividere tale affermazione. Gli Operanti hanno visto il P. ed il B. disfarsi di qualcosa e con loro c'erano alcuni ragazzi che concordemente hanno riferito di acquistare hashish dal P. La sostanza stupefacente è stata effettivamente rinvenuta ed il P. nelle immediatezze ha dichiarato che la droga era quasi tutta la sua, consentendo, come si è visto, di stabilire la quantità a lui appartenente.

Con riguardo al trattamento sanzionatorio l'appello si ritiene accoglibile. (*Omissis*).

(1) Giudizio abbreviato e materiali decisori.

SOMMARIO: 1. *Premessa* – 2. *Giudizio abbreviato e forme di inutilizzabilità* – 3. *Dichiarazioni spontanee tra utilizzabilità e inutilizzabilità* – 4. *Dichiarazioni rese nei confronti dei coindagati* – 5. *Conclusioni*

1. La sentenza in commento si segnala per la rilevante questione giuridica posta in merito all'utilizzabilità o meno di dichiarazioni assunte in sede di indagini preliminari, nell'ambito di un procedimento caratterizzato dalla scelta del rito abbreviato.

L'imputato, accusato in primo grado per il delitto di cui all'art. 73, comma 4, d.P.R. n. 309 del 1990, veniva condannato, concesse le attenuanti generiche cui all'art. 62 *bis* c.p., nonchè la diminuzione per la scelta del rito.

Appellava, quindi, il provvedimento del Tribunale, ponendo a fondamento del gravame una carenza di prove a sostegno dell'imputazione di detenzione di sostanze stupefacenti.

Il ricorrente, oltre ad evidenziare che dalle dichiarazioni rese dagli soggetti fermati in sede di perquisizione non risultasse la proprietà dell'hashish ritrovata in capo a P., invocava la disciplina dell'art. 63 c.p.p. L'articolo al suo secondo comma, infatti, statuisce l'inutilizzabilità delle dichiarazioni indizianti rese dal soggetto che fin dall'inizio doveva essere sentito in qualità di indagato o imputato.

2. L'analisi dell'apparato argomentativo della pronuncia non può prescindere da un sintetico *excursus* sulla disciplina del rito abbreviato. Il giudizio abbreviato si caratterizza per la mancanza della fase dibattimentale e la definizione del giudizio in udienza preliminare, allo stato degli atti, fatte salve alcune eccezioni (art. 438 c.p.p.). Si osservano, quindi, le disposizioni previste per la stessa, come statuisce l'art. 441, comma 1, c.p.p.⁽¹⁾. Ne discende la facoltà di utilizzare tutti gli atti legittimamente acquisiti al fascicolo del pubblico ministero⁽²⁾.

Per ciò che riguarda l'area di utilizzabilità degli atti di indagine, che caratterizza il rito alternativo di celebrazione del processo rispetto al rito ordinario, occorre *in primis* richiamare la distinzione, di matrice giurisprudenziale, tra inutilizzabilità "patologiche" e "fisiologiche", e la rispettiva applicazione all'interno del suddetto rito speciale. La prima forma di inutilizzabilità è inerente agli atti assunti *contra legem*, che quindi rileva in sede procedimentale. Al contrario, le inutilizzabilità "fisiologiche", relative al connotato investigativo, derivano da difetto di contraddittorio e sono destinate a soccombere su espressa volontà dell'imputato di volersene av-

⁽¹⁾ In prospettiva generale e di fondo v. STORELLI, *I riti alternativi nel processo penale*, Milano, 2007, 57 ss.

⁽²⁾ BARBUTO, *Il nuovo giudizio abbreviato*, 2006, 163 ss.

valere⁽³⁾. L'introduzione dell'istituto dell'inutilizzabilità nel codice Rocco del 1930 aveva il fine di effettuare una scelta radicale tra ciò che è prova e ciò che non lo è. Questa netta differenziazione, tuttavia, è diventata un punto dolente: l'istituto appare fortemente legato agli sviluppi giurisprudenziali e la previsione di sempre nuove ipotesi di inutilizzabilità espressa⁽⁴⁾ crea sempre più frequenti dubbi circa gli snodi centrali della sanzione.

Norma di riferimento per cogliere l'area di inutilizzabilità è l'art. 442 comma 1 *bis* c.p.p., che indica, oltre agli atti contenuti nel fascicolo di cui all'art. 416, comma 2, c.p.p., la documentazione dell'attività "suppletiva" di indagine, il materiale raccolto nel fascicolo del difensore e le prove "assunte in udienza". Occorre poi precisare che se si intendesse identificare il termine "udienza" con quella propria del giudizio abbreviato, si avrebbe una valutazione completamente deviata rispetto alla realtà. Sembrerebbe, infatti, che il rito speciale non ricomprenda tutte le prove assunte in udienza preliminare. L'interpretazione preferibile è, invero, quella di applicare l'espressione normativa all'udienza preliminare, alle prove dichiarative assunte in via integrativa *ex* art. 422 c.p.p. prima dell'innesto del rito speciale⁽⁵⁾. Deve comunque trattarsi di atti probatori non affetti da nullità assoluta e, quindi, da inutilizzabilità patologica.

3. La Corte d'Appello, pronunciandosi sulla possibile applicazione dell'art. 63 c.p.p. alle dichiarazioni spontanee rilasciate durante la perquisizione nell'immediatezza del fatto, ha *in primis* valutato la distinzione tra dichiarazioni spontanee e dichiarazioni rese.

L'art. 350, comma 7, c.p.p. dispone che le dichiarazioni spontanee rilasciate dall'indagato alla polizia giudiziaria, in assenza di domande poste dalla stessa⁽⁶⁾, non possano essere utilizzate in fase dibattimentale. Dalla norma si rileva la differenza tra il comma citato e il caso previsto al comma 5 dello stesso articolo, ove dichiarazioni sollecitate dalle domande degli inquirenti possono essere utilizzate dagli stessi per la prosecuzione delle

⁽³⁾ Cass., sez. un., 21 giugno 2000, Tammaro, in *Cass. pen.*, 2000, 3259 ss.; AMODIO, *Fascicolo processuale e utilizzabilità degli atti*, in AA.VV., *Lezioni sul nuovo processo penale*, Milano, 1990, 172 ss.; GALANTINI, voce *Inutilizzabilità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, 1997, 691; GRIFANTINI, voce *Inutilizzabilità*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1993, 249 ss.; NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, Milano, 2004, 185 ss.; NOBILI, *Concetto di prova e regime di utilizzabilità degli atti nel nuovo codice di procedura penale*, in *Foro it.*, 1989, 225 ss.; SCELLA, voce *Inutilizzabilità della prova (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. II, Milano, 2009, 484 ss.; ID., *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, Torino, 2000, 152 ss.; SIRACUSANO, *Le prove*, in SIRACUSANO - GALATI - TRANCHINA - ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, Milano, 2004, 343 ss.

⁽⁴⁾ CONTI, *Il volto attuale dell'inutilizzabilità: derive sostanzialistiche e bussola della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 781 ss.

⁽⁵⁾ CONTE- GEMELLI- LICATA, *Le prove penali*, Milano, 2011, 545 ss.

⁽⁶⁾ FERRUA, *Dichiarazioni spontanee dell'indiziato, nullità dell'interrogatorio di polizia e invalidità derivata*, in *Cass. pen.*, 1984, 1893 ss.

indagini⁽⁷⁾, ma non per le fasi procedurali⁽⁸⁾.

Altro fondamentale elemento appare poi l'analisi circa la qualità del soggetto dichiarante. L'applicazione del comma 7 dell'art. 350 c.p.p. risulta, infatti, condizionata dalla qualità di indagato del dichiarante stesso.

Indagato può essere inteso in senso formale o sostanziale. Nel caso specifico, non è necessario che il soggetto abbia acquisito la qualità di persona sottoposta ad indagini in senso formale, iscritto quindi nel registro degli indagati, ma è sufficiente la sussistenza di elementi concreti di colpevolezza che possano quanto meno far sospettare che si sia reso responsabile della consumazione del reato⁽⁹⁾.

Altra peculiarità è la non necessità degli avvisi ex art. 64 c.p.p. e della presenza del difensore nel caso in cui vengano assunte dagli operatori di p.g. notizie o informazioni nell'immediatezza dei fatti (ex art. 350 comma 5 c.p.p.), oltre la previsione di un verbale che attesti il rilascio di suddette dichiarazioni ex art. 357 comma 2, lett. b) c.p.p.

Sul punto, la Suprema Corte si è espressa consentendo l'utilizzo delle dichiarazioni rese in fase di indagini preliminari. In particolare, si è affermata la possibilità di valersi di dichiarazioni non verbalizzate, ma raccolte in atti di indagine e nell'informativa di reato, ai fini della emissione di una misura cautelare. Questo in quanto in fase di indagini non è prescritta la verbalizzazione, a pena di nullità, degli atti indicati nell'art. 357, comma 2, c.p.p.⁽¹⁰⁾. Al contrario, in fase dibattimentale, la mancanza di verbalizzazione rende le dichiarazioni inutilizzabili per eventuali contestazioni⁽¹¹⁾ salvo i casi previsti dall'art. 503 c.p.p.⁽¹²⁾.

⁽⁷⁾ CARDONE-VERRI, *L'utilizzabilità nel procedimento penale delle dichiarazioni rese spontaneamente dal contribuente alla Guardia di finanza in assenza del difensore*, in *Fisco*, 2011, 42, 6907 ss.

⁽⁸⁾ Cfr. Cass., sez. V, 8 novembre 2004, Calabrese, in *Cass. pen.*, 2004, 3300 ss. La Suprema Corte sostiene, infatti, che «sono inutilizzabili le dichiarazioni 'provocate' da un operatore della polizia giudiziaria il quale, dissimulando tale sua qualifica e funzione, rivolga domande inerenti ai fatti criminosi oggetto di indagine a chi appaia fin dall'inizio in tali fatti coinvolto quale indiziato di reità, allo scopo di ottenere dalla persona, già colpita da indizi di un reato, dichiarazioni che possano servire alla prova di questo e della relativa responsabilità».

⁽⁹⁾ Cass., sez. IV, 17 dicembre 2003, D'Urso, in *Cass. pen.*, 2005, 2651 ss.

⁽¹⁰⁾ Cass., sez. I, 10 aprile 2009, Siotto, in *Mass. Uff.*, 243734; conforme Cass., sez. I, 22 aprile 2010, Chieffi, in *Mass. Uff.*, 247554. La Suprema Corte afferma che «nel caso (...) di sommarie informazioni non verbalizzate ma solo riportate nella informativa di reato (...) e cioè documentate in forme diverse da quelle previste dall'art. 351 c.p.p., la loro utilizzazione nelle indagini non può essere preclusa, stante anche la atipicità degli atti di indagine della polizia giudiziaria, in assenza di qualsiasi previsione di nullità o di inutilizzabilità generale di cui all'art. 191 c.p.p. ovvero di inutilizzabilità specifica». Vedi anche BARBARANO, *Utilizzabilità delle dichiarazioni spontanee rese dall'indagato alla p.g. e non verbalizzate*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 1286 ss.

⁽¹¹⁾ Cfr. Cass., sez. I, 22 gennaio 2004, Romano, in *Cass. pen.*, 2005, 3032 ss.

⁽¹²⁾ Discusso è se le dichiarazioni spontanee rese dall'indagato in assenza del

La giurisprudenza, inoltre, sulla base dell'art. 350, comma 7, c.p.p., estende l'utilizzo di dette provalazioni all'udienza preliminare e ai fini dell'emissione di misure cautelari personali e reali⁽¹³⁾. Si ritiene, infatti, che alle dichiarazioni spontanee del soggetto, avvertito della qualità di imputato o indagato, non si applichi la disciplina dell'art. 63 c.p.p., ma dell'art. 350, comma 7, c.p.p., con conseguente apprezzamento delle stesse in fase di indagini o per l'applicazione di un provvedimento cautelare.

4. L'analisi dell'apparato argomentativo non può prescindere dal quadro giurisprudenziale relativo alle suddette dichiarazioni qualora non siano autoindizianti, ma riguardino un altro coindagato.

La giurisprudenza si è infatti cristallizzata su orientamenti opposti.

Il primo manifesta l'impossibilità di utilizzare le dichiarazioni, seppur nel rito abbreviato, qualora non siano nei confronti del dichiarante, ma dei coindagati, neppure al fine di adottare misure cautelari⁽¹⁴⁾. Si ritiene, motivando la posizione presa, che il giudizio abbreviato sia un procedimento "a prova contratta", alla base del quale si configura una sorta di patteggiamento negoziale sul rito e si accetta la definizione del giudizio allo stato degli atti, senza l'acquisizione di ulteriori mezzi di prova. Questo comporta un diverso valore attribuito a tutti gli elementi raccolti in fase di indagini preliminari, che come sopra esposto sono inutilizzabili in fase dibattimentale, ma acquistano valore probatorio nel rito speciale in questione. Il giudice, anche in tale negozio processuale di tipo abdicativo, risulta sempre garante della legalità del procedimento. Di conseguenza, pur non rilevando le inutilizzabilità fisiologiche, relative al processo accusatorio, nè quelle "relative", stabilite in via esclusiva con riferimento alla fase dibattimentale, assume piena rilevanza l'inutilizzabilità "patologica" inerente agli atti assunti *contra legem*, la cui utilizzazione è vietata in modo assoluto, non solo nel dibattimento, ma in tutte le fasi procedurali.

difensore possano essere utilizzate in dibattimento per le contestazioni *ex art.* 503 c.p.p. Sul punto la giurisprudenza ha ritenuto che tale tipologia di dichiarazioni non sia utilizzabile al predetto fine, contrariamente a parte della dottrina, la quale evidenzia che l'elemento tipico delle dichiarazioni spontanee è rappresentato proprio dall'assenza del difensore. Così Cass. pen., sez. I, 8 aprile 2008, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2009, 256 ss. *Contra* BARBARANO, *Utilizzabilità delle dichiarazioni spontanee rese dall'indagato alla p.g. e non verbalizzate*, cit., 1286.

⁽¹³⁾ Cfr. Cass., sez. I, 22 aprile 2010, Chieffi, cit.; Cass., sez. I, 25 giugno 2009, Giordano, in *Mass. Uff.*, 244039; Cass., sez. Un., 13 gennaio 2009, Carbone, in *Mass. Uff.*, 241886; Cass., sez. VI, 17 luglio 2006, Ambrosini, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2007, 654 ss.; Cass., sez. II, 1 luglio 2005, Morgigni, in *Cass. pen.*, 2006, 3288 ss.; Cass., sez. VI, 4 febbraio 2005, Fulgenzi, in *Riv. pen.*, 2006, 579 ss.; Cass., sez. II, 5 maggio 2000, Zingale, in *Cass. pen.*, 2001, 1847 ss.

⁽¹⁴⁾ Cfr. Cass., sez. IV, 9 aprile 2003, Olivieri, in *Cass. pen.*, 2004, 2908 ss.; Cass., sez. Un., 21 giugno 2000, cit.

Nonostante ciò, non mancano pronunce di senso opposto, nelle quali la Suprema Corte ha ammesso l'utilizzazione di siffatte dichiarazioni rese nell'immediatezza dei fatti, da chi formalmente non ha acquisito qualità di indagato⁽¹⁵⁾. La Corte ha ritenuto fossero utilizzabili le dichiarazioni spontanee rese dal soggetto nei cui confronti si era disposta perquisizione domiciliare senza l'applicazione dell'art. 63 c.p.p. Il divieto di testimonianza sulle dichiarazioni dell'imputato o indagato *ex* art. 62 c.p.p. riguarda le dichiarazioni rese nel corso del procedimento stesso, e non quando siano state rese antecedentemente⁽¹⁶⁾.

Orbene, si afferma, in merito alla distinzione tra inutilizzabilità fisiologica e patologica, che il caso in esame rientra nella prima fattispecie, in quanto le dichiarazioni possono essere utilizzate per le contestazioni in caso di esame dibattimentale.

5. Alla luce di quanto sopra, si ritiene che i giudici della Corte d'Appello nella sentenza in commento, abbiano correttamente disapplicato l'art. 63 c.p. e reso possibile l'utilizzo, seppur in assenza di un'apposita ed autonoma verbalizzazione, delle dichiarazioni, rese dall'imputato, inserite nel verbale di perquisizione reso dalla Polizia Giudiziaria. Suddette dichiarazioni rilevano quindi coerentemente con la disciplina suesposta, come elementi probatori nel rito speciale in questione.

La giurisprudenza come sopra citata ha evidenziato la corretta applicazione dell'art. 350 c.p.p., posto che i coindagati hanno reso dichiarazioni nella consapevolezza del loro *status*, pur non formalmente acquisito, in assenza di sollecitazione alcuna da parte della Polizia Giudiziaria.

La Corte ha avvalorato la tesi giurisprudenziale maggioritaria relativa alla possibile utilizzabilità delle dichiarazioni spontanee, rese nell'immediatezza dei fatti e in assenza di difensore, anche se riguardano altri coindagati. In definitiva, appare pienamente condivisibile il risultato posto in evidenza dalla sentenza in esame, come pure le motivazioni argomentate e plasmate sull'analisi dell'ambito applicativo dell'art. 62 c.p.p., relativo a dichiarazioni rese nel corso di un procedimento iniziato e non antecedentemente allo stesso, oltre che sulla differenziazione tra inutilizzabilità patologica e fisiologica, nella quale rientra il caso in esame.

GIULIA MOSCATELLI

⁽¹⁵⁾ Cass., sez. II, 24 gennaio 2006, Rizzo, in *Cass. pen.*, 2007, 225 ss.

⁽¹⁶⁾ Cass., sez. III, 27 maggio 1998, Avitabile, in *Mass. Uff.*, 211349.

G.I.P. TRIBUNALE DI PERUGIA – 16 ottobre 2009 – *Est.* MICHELI
– U.D. S.C. A R.L. e ALTRI

Responsabilità amministrativa degli enti – Reato commesso nell'interesse esclusivo di terzi – Insussistenza dell'illecito amministrativo
(D.lgs. n. 231 del 2001, art. 5 c. 2).

Deve escludersi la responsabilità amministrativa dell'ente nel caso in cui l'autore del reato presupposto abbia agito nell'interesse esclusivo di terzi (1).

(*Omissis*) Motivi della decisione.

(*Omissis*) In concreto, dunque, il reato sub A) non sussiste: del resto, è appena il caso di rilevare che sarebbe stato comunque necessario dimostrare la sussistenza di condotte fraudolente, tali da poter configurare gli artifici e raggiri richiesti dalla fattispecie astratta, a forma vincolata, di cui all'art. 640 *bis* cod. pen.; nessuno, invece, pare aver dissimulato qualità insussistenti, in particolare la società U.D. (come più volte sottolineato) non ha mai inteso rappresentare di avere capacità tecniche o strutture adeguate per la diretta realizzazione delle opere appaltate, ma si è sempre atteggiata come mera società consortile al solo fine di poter concentrare su un unico soggetto – anche nell'interesse della stazione appaltante – ogni questione afferente la gestione dell'appalto, dalle incombenze tributarie fino all'accesso al credito bancario. Ne deriva la conclusione di insussistenza anche degli illeciti contestati al capo F), ai sensi del d. lgs. n. 231/2001.

(*Omissis*) Resta da esaminare la posizione della società U.D., quale presunta responsabile di illeciti in base al d. lgs. n. 231/2001 con riguardo ai capi G) ed H). Senza qui dover analizzare *funditus* gli elementi che debbono portare all'emissione del decreto ex art. 429 c.p.p. nei confronti della M.C. S.r.l. e della M.C. S.p.a. (desumibili in particolare dal contenuto delle intercettazioni sopra riportate), appare evidente che i reati presupposti, rispettivamente di cui ai capi B) e C), vennero in ipotesi commessi per assecondare le esigenze delle stesse M. e M. Da un lato, secondo la ricostruzione accusatoria si ricorse ad un escamotage per far figurare come oggetto dell'affidamento alla prima società lavori differenti da quelli in concreto realizzati; dall'altro, vennero liquidate alla seconda spettanze a fronte di lavori non ancora eseguiti. È pertanto di immediata evidenza che quelle condotte illecite, già nella prospettazione degli inquirenti, furono commesse nell'esclusivo interesse delle altre due società e non della subappaltante, con la conseguente necessità di applicare la causa di esclusione della punibilità prevista dall'art. 5 comma 2 del citato decreto legislativo. (*Omissis*).

(1) Sui criteri di imputazione della responsabilità amministrativa degli enti.

SOMMARIO: 1. *Premessa.* – 2. *La struttura dell'illecito amministrativo.* – 3. *L'irresponsabilità dell'ente per reato commessi nell'interesse esclusivo di terzi.*

1. La sentenza che si annota, le cui motivazioni sono state depositate diversi anni dopo la celebrazione dell'udienza preliminare all'esito della quale venne pronunciato il relativo dispositivo in ragione della complessità delle posizioni sottoposte al vaglio dell'autorità giurisdizionale, offre lo spunto per analizzare alcuni dei tratti caratteristici dell'illecito amministrativo ascrivibile alla persona giuridica alla stregua delle previsioni contemplate dal Decreto Legislativo n. 231 del 2001.

Nel dettaglio, il Pubblico Ministero aveva provveduto a contestare, tra gli altri, anche al legale rappresentante e ad alcuni dipendenti della società U.D. s.c. a r.l. l'avvenuta perpetrazione di una serie di condotte di truffa aggravata ai danni dello Stato in quanto costoro per un verso «*con artifici e raggiri consistiti nel rappresentare di avere la reale capacità ed intenzione di eseguire le opere civili per la realizzazione dell'opera cosiddetta "Minimetro", costituendo solo a tal fine una società consortile a responsabilità limitata, inducevano in errore il Ministero dei Lavori Pubblici ed il Ministero dell'Economia, ente finanziatore tramite il Comune di Perugia dell'opera stessa, per un importo di circa 40 milioni di euro, subappaltando o affidando le medesime ad altre ditte, anche con lo svolgimento di gare "informali" al ribasso, eludendo in tal modo i limiti consentiti dalla normativa vigente. Così facendo si assicuravano un ingiusto profitto, derivante dall'aggiudicazione degli appalti delle opere civili, per la cui realizzazione in realtà non utilizzavano le proprie capacità tecnico-professionali, come previsto dal bando di gara e dal contratto di affidamento per l'esecuzione delle opere civili*» (capo A); per altro verso i medesimi avevano dato atto dell'avvenuto affidamento ad una società terza (la M.C. S.r.l.) di lavori diversi da quelli alla stessa effettivamente commissionati (consentendo a quest'ultima, pur priva dei requisiti di legge per l'esecuzione dei lavori concretamente eseguiti, di conseguirne il corrispettivo) (capo G); infine, avevano proceduto a contabilizzare uno stato di avanzamento lavori con riferimento ad opere in realtà non eseguite da un'ulteriore e diversa società (M.C. S.p.a.) alla quale, pertanto, era stato assicurato un ingiusto profitto «*consistito nell'utilizzare l'importo relativo alla sopra citata contabilizzazione [...] per la copertura di debiti bancari*» (capo H).

In riferimento a ciascuno dei suddetti delitti l'organo dell'accusa aveva conseguentemente prefigurato in capo alla U.D. s.c. a r.l. una responsabilità amministrativa secondo lo schema di imputazione previsto dal Decreto n. 231, predicando a tal fine la sussistenza delle condizioni postulate dalla normativa *de qua* ai fini della condanna dell'ente.

L'assunto accusatorio veniva tuttavia sconfessato dal giudice dell'udienza preliminare il quale addiveniva ad una declaratoria di non luogo a procedere in favore della società sostenendo da un lato l'evidenza della mancata perpetrazione di uno dei reati presupposto alla medesima contestati, dall'altro la commissione dell'ulteriore delitto oggetto di addebito nell'interesse esclusivo di enti terzi rispetto a quello sottoposto a processo, giungendo a predicare l'operatività della previsione di cui all'art. 5 comma 2 del Decreto dallo stesso qualificata come causa di non punibilità.

2. La realizzazione di uno dei reati presupposto richiamati dal D.Lgs. n. 231 del 2001 integra la prima componente della fattispecie complessa al cospetto della quale l'ordinamento vigente prefigura la sussistenza in capo all'ente di una forma peculiare di responsabilità la quale, pur normativamente qualificata come amministrativa, muove dal riscontro di condotte di rilievo penale poste in essere da persone fisiche che, all'interno della struttura collettiva di riferimento, o rivestono una posizione qualificata dall'esercizio di funzioni di rappresentanza, amministrazione, direzione o di effettiva gestione e controllo della medesima o, al contrario, risultano sottoposti alla direzione o alla vigilanza delle figure in posizione apicale.

Pur essendo stata prospettata a tal proposito, soprattutto da parte della giurisprudenza di legittimità prevalente⁽¹⁾, l'esistenza di un *tertium genus* di responsabilità che si affianca a quelli tradizionali di matrice penale e amministrativa, rispetto ai quali può essere chiamata a rispondere in via esclusiva la persona fisica⁽²⁾, è indubbio che l'impianto normativo radichi l'illecito *de societate* sull'accertata perpetrazione di un reato che rientri nel novero delle fattispecie tipiche oggetto di esplicito riferimento all'interno degli artt. 24 e ss. del Decreto e che, pur se in forma tentata, risulti essere stato compiuto nell'interesse o a vantaggio della persona giuridica.

In altri termini, l'indagine sull'effettiva sussistenza di un illecito suscettibile di giustificare l'applicazione dell'ingente apparato cautelare e sanzionatorio apprestato dal legislatore del 2001 postula a monte il riscontro di una condotta penalmente rilevante riconducibile tra quelle poste a fondamento di ogni singolo illecito amministrativo, risultando dirimenti in tal senso non solo il dato letterale della prescrizione cardine contenuta nell'art. 5 del Decreto («*L'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio*»), ma anche l'ulteriore previsione cristallizzata

⁽¹⁾ Cfr. Cass., sez. VI, 18 febbraio 2010, Brill Rover, in *Cass. pen.*, 2011, 1876; Id., Sez. VI, 9 luglio 2009, Mussoni e altri, *ivi*, 2010, 1938.

⁽²⁾ Per un'esauritiva ricognizione degli orientamenti delineatisi in dottrina e giurisprudenza relativamente alla natura giuridica della responsabilità degli enti v. SCOLETTA, *La responsabilità da reato delle società: principi generali e criteri imputativi nel d. lgs. n. 231/2001*, in CANZIO-CERQUA-LUPARIA (a cura di), *Diritto penale delle società*, Padova, 2014, I, 867 e ss.

all'interno dell'art. 8⁽³⁾ la quale, nel sancire il principio dell'autonomia della responsabilità della persona giuridica rispetto a quella ascrivibile al soggetto in posizione apicale o a quello sottoposto ai poteri di vigilanza e controllo esercitati dal primo, delinea la sussistenza dell'illecito *de societate* anche nelle ipotesi in cui l'autore della condotta non sia stato identificabile, non sia imputabile ovvero ricorra una causa di estinzione del reato diversa dall'amnistia⁽⁴⁾.

Ciascuna delle predette fattispecie, invero, postula un riscontro del fatto di reato quanto meno nelle sue componenti oggettive da parte del giudice precedente⁽⁵⁾ il quale, in tale ottica, è pur sempre tenuto a compiere una

⁽³⁾ Cfr. BELLACOSA, *Art. 8*, in LEVIS-PERINI (diretto da), *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, Bologna, 2014, 216; PASCARELLI, *Art. 8*, in CADOPPI-GARUTI-VENEZIANI (a cura di), *Enti e responsabilità da reato*, Torino, 2010, 147; BERNASCONI, *Art. 8*, in PRESUTTI-BERNASCONI-FIORIO, *La responsabilità degli enti*, Padova, 2008, 167.

⁽⁴⁾ «Una scelta di tal fatta non incontra alcun ostacolo dal punto di vista del sistema. È chiaro, infatti, che in entrambi i casi ci si trova di fronte ad un reato completo di tutti i suoi elementi (oggettivi e soggettivi) e giudizialmente accertato, sebbene il reo, per l'una o l'altra ragione, non risulti punibile. [...] non vi sarebbe ragione di escludere, in queste ipotesi, la responsabilità dell'ente. Se, infatti, il caso di autore non imputabile ha un sapore più teorico che pratico (è stato previsto per ragioni di completezza), quello della mancata identificazione della persona fisica che ha commesso il reato è, al contrario, un fenomeno tipico nell'ambito della responsabilità d'impresa: anzi, esso rientra proprio nel novero delle ipotesi in relazione alle quali più forte si avvertiva l'esigenza di sancire la responsabilità degli enti. [...] La responsabilità dell'ente resta ferma anche nel caso in cui il reato sussiste, ma subisce una vicenda estintiva. [...] La configurazione della responsabilità dell'ente come un illecito amministrativo (sebbene *sui generis*) non poteva non implicare una conclusione di questo tipo. L'unica eccezione meritevole è stata rinvenuta nell'amnistia (evidentemente, "propria"), in presenza della quale, dunque, non potrà procedersi neanche nei confronti dell'ente. Si è infatti pensato che le valutazioni politiche sottese al relativo provvedimento siano suscettibili, in linea di massima, di valere anche nei confronti degli enti [...]», così la *Relazione al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231*.

⁽⁵⁾ V. BARTOLUCCI-DE PAOLIS, *Assoluzione dell'imputato per non aver commesso il fatto e irresponsabilità dell'ente: la Corte nega un «automatismo» contra legem (commento a Cass. Pen., Sez. V, 4 aprile 2013, n. 20060)*, in *Resp. amm. soc. e enti*, 2014, 2, 245, i quali offrono contezza dell'esistenza di «due orientamenti di massima nettamente distinti. Il primo ritiene che per l'applicabilità dell'art. 8 sia necessario accertare un reato perfetto. [...] Pertanto, secondo questo orientamento restrittivo, il giudice potrà condannare l'ente solo allorché sia raggiunta la prova non solo della commissione da parte del *ghost defendant* di un fatto tipico, ma dovrà esserne provata la relativa componente soggettiva. A tale indirizzo, si oppone chi sottolinea come una tale conclusione sminuirebbe enormemente l'importanza della previsione di cui all'art. 8 rendendola praticamente inutile». Per una panoramica delle diverse posizioni v. *ex plurimis*, BELLACOSA, *Art. 8*, in LEVIS-PERINI (diretto da), *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, cit., 220, nonché, in senso contrario, PASCARELLI, *Art. 8*, in CADOPPI-GARUTI-VENEZIANI (a cura di), *Enti e responsabilità da reato*, cit., 150.

valutazione incidentale, prodromica rispetto all'ulteriore apprezzamento dei profili di responsabilità della persona giuridica ⁽⁶⁾. Tanto si verifica, ad esempio, nel caso in cui, nel corso del giudizio, maturi la prescrizione del reato presupposto la quale non pregiudica la prosecuzione del processo a carico dell'ente ⁽⁷⁾, non operando in tale evenienza un congegno assimilabile alla preclusione all'esercizio dell'azione nei confronti della persona giuridica normativamente sancita per le situazioni nelle quali la prescrizione sia intervenuta antecedentemente alla formulazione della contestazione dell'illecito amministrativo nelle forme previste dall'art. 59 del Decreto n. 231 ⁽⁸⁾.

⁽⁶⁾ Cfr. Cass., sez. V, 4 aprile 2013, Citibank, in *Mass. Uff.*, 255414, la quale ha statuito che «[i]n tema di responsabilità da reato degli enti, all'assoluzione della persona fisica imputata del reato presupposto per una causa diversa dalla rilevata insussistenza di quest'ultimo non consegue automaticamente l'esclusione della responsabilità dell'ente per la sua commissione, poiché tale responsabilità, ai sensi dell'art. 8 del D.Lgs. n. 231 del 2001, deve essere affermata anche nel caso in cui l'autore del suddetto reato non sia stato identificato». In motivazione, il giudice di legittimità ha nell'occasione sottolineato che «[i]l senso letterale della norma è chiarissimo nell'evidenziare non tanto l'autonomia delle due fattispecie (che anzi l'illecito amministrativo presuppone - e quindi dipende da - quello penale), quanto piuttosto l'autonomia delle due condanne sotto il profilo processuale. Per la responsabilità amministrativa, cioè, è necessario che venga compiuto un reato da parte del soggetto riconducibile all'ente, ma non è anche necessario che tale reato venga accertato con individuazione e condanna del responsabile. La responsabilità penale presupposta può essere ritenuta *incidenter tantum* (ad esempio perché non si è potuto individuare il soggetto responsabile o perché questi è non imputabile) e ciò nonostante può essere sanzionata in via amministrativa la società».

⁽⁷⁾ V. Cass., sez. VI, 25 gennaio 2013, Barla e altri, in *Mass. Uff.*, 255369, secondo la quale «[i]n tema di responsabilità degli enti, in presenza di una declaratoria di prescrizione del reato presupposto, il giudice, ai sensi dell'art. 8, comma primo, lett. b) D.Lgs. n. 231 del 2001, deve procedere all'accertamento autonomo della responsabilità amministrativa della persona giuridica nel cui interesse e nel cui vantaggio l'illecito fu commesso che, però, non può prescindere da una verifica, quantomeno incidentale, della sussistenza del fatto di reato».

⁽⁸⁾ In ordine a tali profili v. AMATO, *Qualche riflessione sulla autonomia delle responsabilità dell'ente e dell'autore del reato presupposto (commento a Cass. pen. n. 20060, 9 maggio 2013)*, in *Resp. amm. soc. e enti*, 2013, 4, 236, il quale, peraltro, esprime perplessità in merito all'applicabilità in via analogica della disciplina civilistica della prescrizione nell'ambito della responsabilità amministrativa propugnata dal giudice di legittimità in quanto «[l]a Corte sembra aver trascurato di considerare la norma dell'art. 22, d.lgs. 231/2001, laddove la disciplina della prescrizione dell'illecito amministrativo è totalmente e satisfattivamente spiegata senza che occorra fare ricorso all'analogia con la disciplina civilistica (del resto non immediatamente trasferibile nella *subiecta materia*): l'illecito amministrativo si prescrive in cinque anni dalla data di consumazione del reato; mentre la prescrizione è interrotta dalla richiesta di applicazione di misure cautelari interdittive e dalla contestazione dell'illecito a norma dell'art. 59, d. lgs. 231/2001: nel primo caso, per effetto dell'interruzione inizia a decorrere un nuovo periodo di prescrizione; nell'altro caso, la prescrizione non corre fino al momento in cui passa in giudicato la sentenza

Trattasi, in definitiva, di una delle fattispecie declinate all'interno del Decreto nelle quali l'opzione normativa per l'esperimento del *simultaneus processus* nei confronti della persona fisica e dell'ente è suscettibile di essere derogata, con la conseguenza che l'accertamento della responsabilità amministrativa della società nel cui interesse o per il cui vantaggio il reato è stato commesso diviene oggetto di una vicenda processuale autonoma, nel cui ambito viene comunque in rilievo, sia pure in via incidentale, la cognizione del fatto di rilievo penale nei suoi elementi costitutivi⁽⁹⁾.

Nel caso di specie, l'acclarata impossibilità di sussumere la condotta contestata alle persone fisiche riconducibili alla U.D. s.c. a r.l. all'interno della fattispecie tipica della truffa aggravata ai danni dello Stato ha pertanto determinato l'adozione all'esito dell'udienza preliminare di una sentenza di non luogo a procedere in favore dell'ente per insussistenza dell'illecito amministrativo, stante la riscontrata carenza dell'elemento costitutivo principale tra quelli indicati dal legislatore (ovvero il reato presupposto) la quale pregiudica la verifica delle componenti della fattispecie complessa delineata all'interno della normativa in questione.

3. L'ulteriore declaratoria di non luogo a procedere emessa dal giudice perugino in favore di U.D. s.c. a r.l. evoca l'operatività dei criteri di imputazione della responsabilità amministrativa enucleati dall'art. 5 del Decreto⁽¹⁰⁾. Tale prescrizione definisce le condizioni oggettive al cospetto delle quali, laddove ricorra in concreto la perpetrazione di uno dei reati presupposto richiamati dal legislatore, è possibile formulare un addebito nei confronti

che definisce il giudizio». In senso contrario v. BELTRANI, *La responsabilità dell'ente da reato prescritto (commento a Cass. pen., n. 21192, 25 gennaio 2013)*, *ivi*, 2014, 2, 224, secondo cui «l'espressa opzione lessicale del Legislatore per l'estinzione per prescrizione della sola sanzione, non anche dell'illecito, non sembra agevolmente superabile. [...] Attraverso la disciplina della prescrizione dettata *ad hoc* dall'art. 22 sembra, pertanto, affermata l'imprescrittibilità dell'illecito (quello che si estingue per prescrizione è, infatti, la sola sanzione): in tal modo, la disciplina speciale dettata in materia dal d. lgs. 231/2001 sembra evocare, più che la prescrizione del reato (art. 157 ss. c.p.), quella della pena (art. 172 c.p.)».

⁽⁹⁾ Ritieni al riguardo BERNASCONI, *Art. 8*, in PRESUTTI-BERNASCONI-FIORIO, *La responsabilità degli enti*, cit., 168, che la norma in questione prefiguri un «alleggerimento probatorio dell'onere dimostrativo della pubblica accusa che si accinge a perseguire una *corporate crime*» in quanto «nelle situazioni in cui l'accusa si trovi sgarnita di una adeguata piattaforma probatoria nei confronti delle persone fisiche responsabili del reato, essa potrà avvalersi della contestazione dell'illecito amministrativo alla persona giuridica e, per questa via, incrementare le probabilità di ottenere una sentenza di condanna per il medesimo fatto storico».

⁽¹⁰⁾ Cfr. SGUBBI-ASTROLOGO, *Art. 5*, in LEVIS-PERINI (diretto da), *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, cit., 145; VENEZIANI, *Art. 5*, in CADOPPI-GARUTI-VENEZIANI (a cura di), *Enti e responsabilità da reato*, cit., 103; BERNASCONI, *Art. 5*, in PRESUTTI-BERNASCONI-FIORIO, *La responsabilità degli enti*, cit., 97.

dell'ente collettivo, delineando in tal modo il primo tratto di un percorso valutativo che solo in un momento successivo all'intervenuto riscontro degli elementi dallo stesso indicati attinge i profili soggettivi dell'imputazione dettagliati negli artt. 6 e 7 e riconducibili allo statuto generale della colpa di organizzazione ⁽¹¹⁾.

Nel dettaglio, mentre la questione della sussumibilità della posizione rivestita in concreto dal reo all'interno di una delle categorie delineate dall'art. 5 è passaggio prodromico all'identificazione del paradigma di colpevolezza alla stregua del quale deve essere vagliata la responsabilità dell'ente collettivo, valenza prioritaria e più propriamente attinente all'oggettività dell'addebito *de societate* deve riconoscersi alla verifica relativa al se il reato sia stato perpetrato nell'interesse o a vantaggio della persona giuridica.

La responsabilità amministrativa è, cioè, suscettibile di concretizzarsi solo e unicamente in presenza di un reato presupposto rispetto al quale, secondo la visuale della persona giuridica, possa apprezzarsi una specifica direzione finalistica dell'azione realizzata in favore dell'ente dal soggetto in posizione apicale o da quello sottoposto all'altrui direzione e controllo (omettendo in tal caso di considerare gli esiti prodotti nella sfera giuridica e patrimoniale della struttura collettiva di riferimento), ovvero, in via alternativa, risulti possibile considerare *ex post* gli effetti vantaggiosi oggettivamente derivati all'ente a prescindere dall'interesse perseguito dal reo ⁽¹²⁾.

Trattasi all'evidenza di elementi costitutivi dell'illecito amministrativo i quali, dovendo essere vagliati alla luce della connotazione assunta o degli esiti generati dalla condotta posta in essere da una persona che riveste una posizione qualificata all'interno della persona giuridica, consentono di formulare nei riguardi di quest'ultima un addebito di colpevolezza per fatto proprio, il quale, in ragione di tanto, si palesa conforme al canone del divieto di responsabilità penale per fatto altrui sancito dall'art. 27 della Costituzione ⁽¹³⁾.

⁽¹¹⁾ Sul tema v., *ex plurimis*, PALIERO-PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *Resp. amm. soc. e enti*, 2006, 3, 167, nonché, più di recente, PATERNITI, *La colpevolezza di impresa. Note sull'imputazione soggettiva dell'illecito all'ente*, *ivi*, 2013, 2, 45.

⁽¹²⁾ Cfr. Cass., sez. II, 20 dicembre 2005, Jolly Mediterraneo s.r.l. e D'Azzo, in *Riv. pen.*, 2006, 814, secondo la quale «[i]n tema di responsabilità da reato delle persone giuridiche e delle società, l'espressione normativa, con cui se ne individua il presupposto nella commissione dei reati "nel suo interesse o a suo vantaggio", non contiene un'endiadi, perché i termini hanno riguardo a concetti giuridicamente diversi, potendosi distinguere un interesse "a monte" per effetto di un indebito arricchimento, prefigurato e magari non realizzato, in conseguenza dell'illecito, da un vantaggio obbiettivamente conseguito con la commissione del reato, seppure non prospettato "ex ante", sicché l'interesse ed il vantaggio sono in concorso reale».

⁽¹³⁾ V. Cass., sez. VI, 18 febbraio 2010, Scarafia e altro, in *Mass. Uff.*, 247665, la quale ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 5 D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231, sollevata con riferimento all'art. 27 Cost., in ragione del fatto che «l'ente non è chiamato a rispondere di un fatto altrui,

Il fattore dell'immedesimazione organica valorizzato dall'art. 5 ai fini della contestazione nei riguardi dell'ente collettivo si rivela, al contrario, insussistente nel caso in cui la persona fisica agisca nell'interesse esclusivo proprio o di terzi.

Laddove ricorra una tale evenienza, infatti, il secondo comma della disposizione in esame esclude esplicitamente la responsabilità della persona giuridica in quanto «*il reato della persona fisica non [è] in alcun modo riconducibile all'ente perché non realizzato neppure in parte nell'interesse di questo*»⁽¹⁴⁾.

Risulta, pertanto, codificata una causa oggettiva di esclusione della responsabilità che rinviene la propria *ratio* nella riscontrata "rottura" della relazione di immedesimazione organica tra persona fisica che abbia agito in concreto e struttura collettiva di riferimento, alla quale, di conseguenza, non possono in alcun modo estendersi in termini di addebito amministrativo gli effetti della condotta di rilievo penale realizzata dall'autore del reato presupposto⁽¹⁵⁾.

Deve al contempo rilevarsi come l'irresponsabilità dell'ente, normativamente stabilita in costanza di condotte criminose realizzate dall'apicale o dal sottoposto nell'interesse esclusivo proprio o di terzi, sia destinata a permanere anche nelle ipotesi in cui la persona giuridica abbia tratto comunque un vantaggio dalle condotte in questione, concretizzandosi in tal caso un'evenienza fortuita in relazione alla quale non può essere mosso alcun rimprovero all'ente collettivo.

bensì proprio, atteso che il reato commesso nel suo interesse o a suo vantaggio da soggetti inseriti nella compagine della persona giuridica deve considerarsi tale in forza del rapporto di immedesimazione organica che lega i primi alla seconda».

⁽¹⁴⁾ Così, testualmente, la *Relazione al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231* la quale specifica altresì che «ove risulti per tal via la manifesta estraneità della persona morale, il giudice non dovrà neanche verificare se la persona morale abbia per caso tratto un vantaggio (la previsione opera dunque in deroga al primo comma)».

⁽¹⁵⁾ Sul punto rileva EPIDENDIO, *Art. 5 D. Lg. 8 giugno 2001, n. 231*, in GIARDA-SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Milano, 2010, III, 9453, come «alcuni autori ritengono che l'aspetto determinante dell'interesse sia il limite negativo, rappresentato dall'interesse esclusivo di terzi o dell'autore del reato, ritenuto perciò causa oggettiva di esclusione della responsabilità o circostanza interruttiva del nesso di ascrizione oggettiva dell'illecito all'ente con dirompenti conseguenze in punto di onere della prova (*rectius* rischio per la mancata prova) ritenuto da taluni gravante sulla difesa. Simili conclusioni non paiono giustificate dalla lettera della disposizione, che consente di ritenere l'interesse o il vantaggio come elementi costitutivi dell'illecito e il relativo onere probatorio gravante sull'accusa, secondo una articolazione di strategie processuali di accusa e difesa, che vede l'accusa onerata della dimostrazione di un interesse dell'ente, ancorché non esclusivo, e la difesa impegnata, solo in replica ai risultati eventualmente raggiunti sul punto dall'accusa, a dimostrare che invece l'interesse è esclusivamente dell'autore del reato o di terzi, ovvero che sussistono elementi impeditivi della responsabilità o di determinate sanzioni».

Il combinato disposto tra la previsione in oggetto e la norma codificata nell'art. 12 comma 1 lett. a) del Decreto, la quale dispone la riduzione della pena pecuniaria irrogabile nei confronti dell'ente responsabile nel caso in cui l'autore del reato abbia commesso il fatto nel prevalente interesse proprio o di terzi (e l'ente non ne ha ricavato vantaggio o ne ha ricavato un vantaggio minimo), consente, peraltro, di ritenere integrato l'illecito amministrativo anche in tutte le situazioni in cui l'interesse (proprio o di terzi) per il perseguimento del quale la persona fisica abbia effettivamente agito concorra con quello dell'ente collettivo cui la medesima afferisce⁽¹⁶⁾, non essendo viceversa necessario ai fini dell'addebito di responsabilità amministrativa che il reato sia stato perpetrato nell'interesse esclusivo dell'ente⁽¹⁷⁾.

È stato inoltre evidenziato come, alla luce dell'impianto normativo, la nozione di interesse evocata nel comma 1 dell'art. 5 debba essere intesa secondo una dimensione oggettiva, determinandosi diversamente una deriva "psicologica" nell'accertamento dell'illecito *de societate* che non rinviene alcun appiglio in un dato legislativo al quale risulta estranea la considerazione della sfera interiore dell'autore del reato presupposto. L'elemento dell'interesse deve, cioè, palesare una caratterizzazione indipendente dalle convinzioni personali o dal movente perseguito dal reo, dovendo radicarsi su fattori suscettibili di verifica e apprezzamento da parte di qualunque osservatore esterno. In tale ottica, pertanto, è possibile sostenere che l'interesse dell'autore del reato può coincidere con quello dell'ente, ma la responsabilità di quest'ultimo sussiste anche quando, perseguendo un interesse diverso e autonomo, la condotta illecita realizzata dalla persona fisica appaia *ex ante* in grado di realizzare (essendo irrilevante che lo stesso effettivamente venga conseguito) anche quello dell'ente⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁶⁾ Cfr. Cass., sez. VI, 22 maggio 2013, p.m. in proc. House Building S.p.a., in *Mass. Uff.*, 255442.

⁽¹⁷⁾ In tale prospettiva v. Cass., sez. V, 28 novembre 2013, Banca Italease S.p.a., in *Soc.*, 2014, 1003, secondo cui «ai fini della configurabilità della responsabilità dell'ente, è sufficiente che venga provato che lo stesso abbia ricavato dal reato un vantaggio, anche quando non è stato possibile determinare l'effettivo interesse vantato *ex ante* alla consumazione dell'illecito e purché non sia contestualmente accertato che quest'ultimo sia stato commesso nell'esclusivo interesse del suo autore persona fisica o di terzi. In definitiva, perché possa ascrivere all'ente la responsabilità per il reato, è sufficiente che la condotta dell'autore di quest'ultimo tenda oggettivamente e concretamente a realizzare, nella prospettiva del soggetto collettivo, "anche" l'interesse del medesimo».

⁽¹⁸⁾ Cfr. EPIDENDIO, *Art. 5 D. Lg. 8 giugno 2001, n. 231*, in GIARDA-SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, cit., 9455, per il quale «[l']oggettività, la concretezza e l'attualità dell'interesse si ricavano da una interpretazione costituzionalmente orientata delle disposizioni in esame: infatti, in assenza dei predetti caratteri dell'interesse, l'ente non sarebbe punito per un "fatto", ma per una mera congettura sul suo possibile verificarsi e, quand'anche questo effettivamente si verificasse successivamente, si punirebbe l'ente per un "fatto" che, al momento della sua realizzazione, non costituiva illecito ai sensi della legge in vigore, in quanto il

In definitiva, anche la seconda statuizione di non luogo a procedere oggetto di esame svela una lucida applicazione dei criteri di imputazione dell'illecito *de societate* tratteggiati dal Decreto n. 231, manifestando un unico profilo di criticità nella parte in cui, richiamando l'operatività del disposto di cui al secondo comma dell'art. 5, paventa la sussistenza di una causa di non punibilità la quale, a rigore, postulerebbe un illecito amministrativo completo di tutte le componenti normativamente previste. Diversamente, il rilevare che le condotte criminose perpetrate dalle persone fisiche sottoposte a processo furono realizzate nell'esclusivo interesse di società diverse da quella per conto della quale le stesse operavano impone di ritenere pienamente integrata la fattispecie negativa codificata nell'art. 5 comma 2 la quale, pregiudicando in radice il delinearsi dell'illecito collettivo, esime da qualunque tipo di valutazione in punto di rimproverabilità dell'ente *sub specie* di colpa di organizzazione e, *a fortiori*, di punibilità in concreto di una condotta priva dei requisiti oggettivi atti a consentirne la sussunzione nell'alveo delle figure considerate negli artt. 24 e ss. del Decreto.

GIUSEPPE MAGLIOCCA

reato compiuto non corrispondeva ad alcun interesse dell'ente, interesse necessario per l'integrazione dell'illecito».

UFFICIO DI SORVEGLIANZA DI SPOLETO – 29 aprile 2014, data
– Pres. Est. Gianfilippi – X.

Carceri e ordinamento penitenziario – Riconoscimento e tutela dei diritti costituzionalmente garantiti – Decreto svuotacarceri – Reclamo generico e reclamo giurisdizionale (C.e.d.u., artt. 3, 8; Cost., artt. 2, 15, 24 e 27; l. 26 luglio 1975, 354; d.p.r. 30 giugno 2000, n. 230; d.l. 23 dicembre 2013, n. 146).

È legittimo il reclamo ex artt. 35 bis e 69 ord. pen. (così come rispettivamente introdotto e modificato dal d.l. 146/2013) del detenuto, ristretto in regime di 41 bis ord. pen., che vanti la lesione di un diritto costituzionalmente garantito, ad opera dell'Amministrazione penitenziaria e da cui derivi un pregiudizio grave ed attuale (1).

(*Omissis*). Dall'istruttoria compiuta è emerso che il Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria – Direzione Generale Detenute e Trattamento, con nota 8845 – 2011 aveva disposto, insieme a molte altre limitazioni complementari, che fosse vietata ai detenuti 41 *bis* la ricezione di libri e riviste e l'inoltro degli stessi ai familiari, imponendone l'acquisto soltanto mediante il circuito penitenziario.

Il L. aveva impugnato dinanzi al Magistrato di sorveglianza di Spoleto i provvedimenti emessi in conseguenza della disposizione dalla Casa Circondariale di Terni, che gli impedivano l'ottenimento dei predetti beni e, con provvedimento in data 2506.2012, il Magistrato di sorveglianza aveva accolto il reclamo sul punto proposto dall'odierno interessato, ritenendo che le disposizioni amministrative in questione fossero lesive del diritto costituzionale alla libertà di corrispondenza, presidiato da riserva di legge rinforzata dalla garanzia giurisdizionale.

Ciò in particolare, per i detenuti e gli internati, è prescritto, ricordava l'ordinanza, dall'art. 18 *ter* ord. pen., introdotto nel 2004 anche a seguito di alcune condanne pervenute dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che avevano censurato l'assenza di un puntuale controllo giurisdizionale e di precisi limiti temporali sulle limitazioni imposte in materia di corrispondenza alle persone detenute.

L'art. 18 *ter* ord. pen., infatti, prevede che le limitazioni o la sottoposizione a visto di controllo della corrispondenza e della stampa (nozione ampia e dunque in grado di ben comprendere tanto le riviste quanto i libri) possono avvenire soltanto con decreto motivato emesso dall'a.g. competente, in presenza di precise condizioni e per periodi limitati di tempo, dunque non mediante un ordine di servizio od anche una circolare o disposizione generale comunque provenienti dall'amministrazione. Il magistrato di sorveglianza sottolineava come, per altro, nei confronti del L. tale procedura fosse stata sino ad allora correttamente eseguita mediante visto di controllo su tutta la stampa e la corrispondenza in partenza ed in arrivo all'interessato in forza di provvedimento emesso dall'autorità giudiziaria, controllo che sarebbe proseguito all'esito della disapplicazione che doveva farsi del divieto imposto illegittimamente dall'amministrazione.

In seguito a tale pronuncia la Casa Circondariale ha dunque consentito all'interessato di ricevere la stampa previa sottoposizione al visto di controllo (che consente, ove siano rilevati contenuti pericolosi per l'ordine e la sicurezza, che il magistrato di sorveglianza ne provveda al trattenimento), mentre il DAP ha più volte ribadito che il provvedimento disapplicativo esplicava i suoi effetti soltanto nei confronti dell'interessato, non potendosi invece estendere agli altri detenuti in regime differenziato che non avessero fatto reclamo all'a.g. sul punto.

Il 10.02.2014 il Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria

(in particolare DGGT) emetteva n. 3701 con la quale comunicava che la Corte di cassazione, con sentenza 23.09.2013, aveva accolto il ricorso proposto dal P.M. presso il Tribunale di Reggio Emilia avverso una ordinanza del Magistrato di sorveglianza di quel luogo che (nei confronti di detenuto diverso dall'odierno reclamante) aveva disapplicato le disposizioni emesse dall'amministrazione in materia di limitazioni nella ricezione ed inoltre da parte dei detenuti 41 *bis* di libri e riviste tramite pacco, nonché di sottoscrizioni di abbonamenti e riviste, ritenendo il ricorso fondato e le disposizioni emanate dall'amministrazione in linea con le finalità del regime differenziato.

Il DAP disponeva quindi che "alla luce di quanto sopra, (dovessero) intendersi integralmente ripristinate le disposizioni emanate da questa direzione generale sulle materie citate (con la già indicata nota 8845-2011)", raccomandando scrupolosa osservanza di quanto prescritto.

La Casa Circondariale di Terni con nota in data 26.02.2014, disponeva perciò che la disposizione di servizio a suo tempo emessa per recepire la nota 8845 fosse nuovamente applicata a tutti i detenuti sottoposti al regime speciale di cui all'art. 41 *bis* ord. pen. "compresi coloro i quali avevano visto disapplicare e sopra citate note, a seguito di ordinanze emesse dal Magistrato di sorveglianza di Spoleto".

Dalle conseguenze di tali decisioni origina dunque l'odierno reclamo del L. che, nella sua impugnazione, chiede il ripristino della situazione precedente all'ultima circolare dell'amministrazione, affermando di riconoscere nel Magistrato di sorveglianza l'organo posto dall'ordinamento a tutela dei diritti della persona detenuta, sottoposto soltanto alla legge, e nel provvedimento dallo stesso emesso la fonte di ordini che l'amministrazione deve eseguire, senza che in ciò possano influire valutazioni connesse a statuizioni della Corte di cassazione maturate in altri contesti. Occorre premettere che il reclamo odierno rientra pienamente nel disposto degli artt. 69 comma 6 e 35 *bis* ord. pen., norme risultanti dalla normativa contenuta nel Decreto Legge 146/2013, poi convertito in Legge 10/2014, poiché avente ad oggetto una doglianza che si concretizza nella ipotizzata inosservanza da parte dell'amministrazione di disposizioni previste dall'ordinamento penitenziario e dal relativo regolamento dalla quale derivi al detenuto un attuale e grave pregiudizio all'esercizio di diritti.

Il L. si duole infatti di una compressione attuale dei propri diritti alla libertà di corrispondenza e di informazione, presidiati addirittura a livello costituzionale e, su precisa richiesta di livello sovranazionale (CEDU), garantiti da riserva di giurisdizione per come previsto dall'art. 18 *ter* ord. pen., collocazione di rango costituzionale da cui deriva in tutta evidenza la gravità del pregiudizio asseritamente arrecato.

Nel merito, occorre accogliere il reclamo del condannato all'esito

della valutazione che si compie qui in via incidentale della illegittimità della disposizione emessa, come tale idonea a determinare effetti lesivi di diritti della persona detenuta.

L'amministrazione penitenziaria ha emesso infatti la nota 3701 che, per la parte che ci interessa, impone agli istituti penitenziari di tornare ad applicare una propria precedente disposizione in modo integrale, anche nei confronti, dunque, di quei detenuti che, come il reclamante, avessero ottenuto un provvedimento di accoglimento, e dunque di disapplicazione di tali disposizioni, da parte del competente magistrato di sorveglianza.

L'agire amministrativo viene motivato con il mero richiamo all'intervenuta decisione di accoglimento di un ricorso proposto da una Procura della Repubblica avverso il provvedimento di accoglimento di un reclamo da parte di un detenuto, elemento ritenuto sufficiente a porre nel nulla quanto statuito nei confronti di un diverso detenuto con ordinanza del Magistrato di sorveglianza non impugnata con successo nelle sedi e nei tempi previsti dall'ordinamento allora vigente (i.e.: ricorso in cassazione, ed oggi reclamo al Tribunale di sorveglianza ed eventuale successivo ricorso in cassazione *ex art. 35 bis ord. pen.*).

La motivazione del provvedimento emesso dal DAP – DGGT, che qui rileva per la lesione, che a breve più ampiamente si chiarirà, di diritti fondamentali del detenuto, come tali posti sotto la tutela dell'a.g. ed in particolare del Magistrato di sorveglianza, appare innanzitutto viziata da eccesso di potere sotto il particolare profilo del travisamento dei fatti, poiché si desumono erroneamente dall'intervenuta pronuncia della Corte di cassazione, come è noto riferibile alla situazione di fatto e di diritto concretamente dedotta in sede di impugnazione al suo giudizio, effetti *erga omnes* che l'ordinamento riconosce piuttosto alle pronunce della Corte Costituzionale.

In tal senso, invece, la valutazione compiuta dalla S.C., necessariamente legata alle ragioni proposte dal PM nel suo ricorso, ed alla lettura del provvedimento nel caso di specie emesso dal Magistrato di sorveglianza di Reggio Emilia, non può costituire ragione di invalidazione degli effetti ordinativi del provvedimento emesso dal Magistrato di sorveglianza di Spoleto che, al di là delle analogie in concreto rinvenibili nella fattispecie, era dotato di una autonoma motivazione ed era passibile nei termini di legge di eventuale impugnazione che, ove non avvenuta (o avvenuta senza successo), fissa i termini della decisione, salvo il sopravvenire di elementi fattuali nuovi.

L'agire dell'amministrazione, nel caso di specie, sembra esporsi anche al vizio di contraddittorietà nella condotta, poiché mentre a stretto rigore la stessa riteneva di non poter estendere la disapplicazione delle disposizioni ritenute in violazione di legge dal Magistrato di sorvegli-

anza all'esito del reclamo accolto con l'ordinanza del 2012, determina oggi l'indiscriminato ripristino di quei divieti nei confronti di chi abbia già ottenuto il provvedimento disapplicativo dell'a.g. soltanto in virtù di una pronuncia, pur autorevolmente resa, della Corte di cassazione, riferibile ad altro detenuto e sulla base, dunque, di elementi solo in parte sovrapponibili.

A tale riguardo non può nemmeno richiamarsi dunque la necessità di evitare disparità di trattamento nei confronti di detenuti nel medesimo regime, che si vorrebbe dirimente quando si tratta di estendere l'effetto di pronunce giurisdizionali *"in malam partem"* e non altrettanto quando invece di riconoscimento di diritti lesi della persona detenuta.

In definitiva la motivazione della disposizione in oggetto determina anche violazione di legge, immediatamente per la lesione della potestà ordinativa del provvedimento emesso dal Magistrato di sorveglianza (ed ormai irrevocabile, non essendo più esperibili rimedi impugnatori), per come definito da ultimo con le sentenze Corte Costituzionale 266/2009 e 135/2013, e per come ancor oggi deducibile dal nuovo art. 35 *bis* ord. pen., e mediatamente perché torna a configgere con il disposto dell'art. 18 *ter* ord. pen., attribuendo all'amministrazione un potere che la norma riserva alla giurisdizione e cioè la valutazione sulla necessità di limitazioni nella corrispondenza e nella ricezione della stampa (cfr. sul punto l'opinione della S.C. circa la onnicomprensività di tale indicazione rispetto a qualsiasi scritto o testo contenuto persino all'interno di pacchi anche insieme a beni di altro genere: sent. Cass. 16926/2010) che si appalesino necessarie per le ragioni e nei limiti individuati dalla norma.

La nota emessa, e i provvedimenti ed i trattenimenti che ne sono conseguiti, sulla base di tale viziata motivazione, determinano effetti lesivi attuali rispetto all'esercizio dei diritti sopra già citati della persona detenuta, per come riconosciuti già a livello costituzionale e poi anche nella normativa dell'ordinamento penitenziario.

Al fine di far cessare il grave pregiudizio che ne deriva all'interessato, si impone dunque la disapplicazione in via incidentale, secondo quanto statuito *ex art.* 4 all. E L. 2248/1865, delle disposizioni in oggetto e di quelle, conseguenti, emesse dalla Direzione della Casa Circondariale di Terni, che risultano in tal senso analogamente viziate ed occorre perciò accogliere il reclamo dell'interessato.

(1) Il nuovo reclamo giurisdizionale in materia penitenziaria.

SOMMARIO: 1. *Diritto alla corrispondenza e art. 15 Cost.* – 2. *La vicenda concreta* – 3. *Il contesto normativo.* – 4. *Il reclamo “giurisdizionalizzato”.* – 5. *Considerazioni di sintesi.*

1. Il diritto alla corrispondenza e ad altre forme di comunicazione è sancito dall'art. 15 Cost. che così recita: «La libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione sono inviolabili. La loro limitazione può avvenire soltanto per atto motivato dell'Autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge».

In via del tutto generale è possibile affermare che il primo comma della disposizione citata evidenzia l'inviolabilità della libertà e della segretezza delle comunicazioni, statuendone rigorosamente la tutela costituzionale e che il secondo comma regola, invece, le condizioni idonee per la limitazione delle stesse.

Tale disposizione normativa di rango costituzionale porta all'evidenza congiunta due concetti/principi: quello della libertà e quello della segretezza della corrispondenza.

La segretezza, nell'alveo della corrispondenza, può essere definita come elemento costitutivo ed essenziale della libertà, in quanto, garantisce ad ogni individuo (prescindendo dallo status di soggetto *in vinculis*) di poter interloquire con altri senza interferenza alcuna esprimendo, così, il proprio libero pensiero.

A riprova della fondamentale importanza del diritto sancito dall'art. 15 Cost., si rileva che, nel secondo comma dello stesso, eventuali limitazioni della libertà e della segretezza vengono, contemplate solo se sostenute da garanzie di legge che individuino finalità, tempistiche e modalità della restrizione. La necessità di una disposizione normativa prima e di un intervento dell'Autorità giudiziaria, poi, è la cifra della tutela fornita.

In quest'ottica, sentita l'esigenza di un intervento *ex ante* da parte del legislatore (riserva di legge) ed *ex post* dell'Autorità giudiziaria (riserva giurisdizionale), la libertà acquisisce struttura tipica e contenuto sostanziale di un diritto soggettivo.

La garanzia diventa, quindi, ulteriore nel momento in cui la norma costituzionale non solo richiede che sia l'Autorità giudiziaria a limitare la libertà e la segretezza della corrispondenza, escludendo, quindi, l'ingerenza di altri organi tra cui l'Autorità amministrativa, ma anche che tale intervento dell'Autorità giudiziaria sia compiuto attraverso atto motivato.

I soggetti titolari del diritto costituzionalmente garantito in commento, sono tutti gli individui, cittadini e stranieri; «se l'art. 15 Cost. costituisce uno dei diritti dell'uomo, la sua attribuzione dovrà considerarsi necessitata, a prescindere dall'approccio argomentativo prescelto, sia che si presuma che, per effetto dell'art. 2 Cost [...] in mancanza di una contraria norma

costituzionale [...], le libertà costituzionali spettano tanto al cittadino quanto allo straniero»⁽¹⁾.

Il citato diritto costituzionale deve essere preso in considerazione, necessariamente, in questa trattazione, alla luce del fatto che il soggetto che lo reclama è un detenuto considerato di particolare pericolosità sociale e ristretto, dunque, in regime di 41 *bis*, non comportando, però, tale circostanza la compressione dei diritti inalienabili dell'uomo.

«In effetti si può convenire sul fatto che la ricezione di libri o riviste da familiari o da persone ben individuate o individuabili da parte del detenuto presenta il rischio che costoro vi abbiano inserito messaggi che, per la ridottissima dimensione dei caratteri, per il tipo di inchiostro utilizzato (“simpatico”), per la difficoltà di controllare le numerose pagine dell’opera (specie se i testi da controllare sono molti), o per altri motivi, abbiano un contenuto pericoloso per l’ordine e la sicurezza»⁽²⁾.

Si può quindi affermare che un’eventuale circolare DAP che disciplini le modalità di diffusione della corrispondenza non è in senso assoluto illegittima, ma tali modalità devono rispondere ai requisiti della logicità; devono essere il risultato di una valutazione ponderata degli interessi da tutelare e non devono penalizzare eccessivamente il soggetto *in vinculis* (nel caso concreto in esame, per quanto concerne la reperibilità, le tempistiche ed i costi).

Mentre le limitazioni alla ricezione di libri e corrispondenza possono essere disposte solo dal Magistrato di sorveglianza, congruamente motivate, pena illegittimità.

2. Il reclamo, che ha portato alla definizione dell’ordinanza in commento, è stato a sua volta generato da un complesso intrecciarsi di statuizioni emanate dalle Autorità giudiziarie e dell’Amministrazione penitenziaria, che di seguito si rappresenta.

Con nota n. 8845 - 2011, il Dipartimento dell’Amministrazione penitenziaria – Direzione Generale Detenuti e Trattamento, disponeva l’interruzione della fruizione, in entrata ed in uscita, da parte dei detenuti in regime di 41 *bis* ordinamento penitenziario (in avanti ord. pen.), di libri e riviste, imponendo loro l’acquisto degli stessi esclusivamente attraverso il circuito interno della struttura detentiva.

I provvedimenti emessi dalla Casa Circondariale di Terni, in applicazione della suddetta disposizione, venivano impugnati, da un soggetto ivi detenuto, innanzi al Magistrato di sorveglianza, il quale accoglieva il reclamo.

Tale accoglimento si fondava sulla riscontrata lesione del diritto costituzionale alla libertà di corrispondenza e sulla corretta interpretazione ed applicazione dell’art. 18 *ter* ord. pen., che statuisce la legittimità in capo alla

⁽¹⁾ BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 31.

⁽²⁾ Ufficio di sorveglianza Macerata, ordinanza del 20/5/13.

sola Autorità giudiziaria, mediante decreto motivato, di limitare o sottoporre a visto di controllo la corrispondenza o stampa data in fruizione al soggetto *in vinculis* (salvo potere di delega ex art. 18 *ter*, comma 4, ord. pen.).

Contemporaneamente alla disapplicazione dei provvedimenti emessi dalla Casa Circondariale di Terni, però, il DAP sottolineava che gli effetti di tale disapplicazione dovevano ritenersi efficaci solamente nei confronti dei detenuti che avevano ritualmente presentato il reclamo all'autorità competente e non anche a tutti i detenuti reclusi in regime differenziato.

Con nota n. 3701 - 2014 il Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria divulgava l'accoglimento, da parte della Suprema Corte⁽³⁾, di un ricorso proposto dal Pubblico Ministero del Tribunale di Reggio Emilia, avverso un'ordinanza del Magistrato di sorveglianza che aveva, in precedenza, disapplicato le disposizioni emesse dall'Amministrazione penitenziaria in materia di limitazione alla ricezione ed inoltro di corrispondenza per i soggetti ristretti in regime di 41 *bis* ord. pen., al fine di disporre il ripristino delle disposizioni di cui alla nota 8845 - 2011.

Il ripristino, così come disposto dalla Casa Circondariale di Terni, estendeva gli effetti della sopracitata nota D.A.P. a tutti i soggetti ristretti, in regime di 41 *bis* ord pen., senza esclusione di coloro che si erano visti disapplicare i provvedimenti lesivi del diritto costituzionalmente garantito in seguito all'emanazione delle ordinanze del Magistrato di sorveglianza di Spoleto ovvero in seguito all'accoglimento dei ricorsi proposti in merito.

Tale ultima presa di posizione serba in seno un vizio di contraddittorietà della condotta, come correttamente apprezzato dal Magistrato di sorveglianza che ha emesso l'ordinanza in commento; il DAP, infatti, nel momento in cui il reclamo proposto avverso i provvedimenti presi dalla Casa Circondariale di Terni viene accolto, circoscrive l'applicabilità dell'ordinanza (che consentiva, dunque, il ripristino della fruibilità del diritto alla corrispondenza) soltanto ai detenuti che avessero proposto il reclamo ed ottenuto quindi "direttamente" accoglimento della propria istanza; nel momento in cui, invece, a seguito dell'interpretazione data alla statuizione della Corte di Cassazione, ad essere ripristinato è il divieto di reperire ed inviare corrispondenza e riviste dall'esterno, il DAP puntualizza che tale "rimessa in pristino" si sarebbe dovuta estendere a tutti i soggetti detenuti e non solo a coloro che avessero proposto il reclamo all'Autorità giudiziaria competente ed ottenuto accoglimento.

A questo punto necessita una riflessione su detta circostanza e sull'incisività concreta delle sentenze della Corte di Cassazione.

Innanzitutto si rileva la completa illogicità dell'estensione (palesando il vizio di eccesso di potere) di una pronuncia giurisdizionale, seppur della Suprema Corte, che nel caso concreto non è nemmeno riunita nella composizione a Sezioni Unite (solo in tal caso si sarebbe potuto, semmai, invocare una sorta di "precedente vincolante").

⁽³⁾ Cass., sez. I, 23 settembre 2013, G., in *Mass. Uff.*, 257473.

Ogni sentenza, anche della Corte di Cassazione, attiene necessariamente ad una fattispecie storica e giuridica aderente al caso concreto, epifania di una fattispecie situazionale precisa; risulta, quindi, non applicabile a tutti i detenuti il ripristino dei divieti, con una mera dichiarazione di estendibilità della pronuncia della Corte di Cassazione sulla base di elementi fattuali parzialmente coincidenti; estendibilità *erga omnes*, che non appartiene alle pronunce della Corte di Cassazione, non vincolanti, soprattutto in un ordinamento di *civil law* quale quello italiano.

Contro il principio cardine del diritto penale e processualpenalistico del *favor rei*, l'estendibilità della pronuncia della Corte di Cassazione del 23.9.13 comporterebbe, inoltre, il riverbero di effetti *in malam partem* in soggetti ristretti, estranei alla vicenda giurisdizionale conclusasi con la sentenza suindicata.

Giustificare tale asserzione con una presunta volontà di eliminare la possibile disparità di trattamento tra detenuti ristretti nel medesimo regime detentivo non può di certo essere condivisa, dato che la stessa volontà si sarebbe dovuta esprimere anche nella circostanza in cui il Magistrato di sorveglianza, a seguito del primo reclamo avverso i provvedimenti adottati dalla Casa Circondariale di Terni, accogliendo lo stesso, eliminava la compressione del diritto alla corrispondenza; tutti avrebbero dovuto usufruire di tale pronuncia e non solo i reclamanti.

L'unica motivazione addotta, dunque, dall'Amministrazione penitenziaria al ripristino del divieto di cui si tratta, rimanda al contenuto della statuizione della Suprema Corte, del 23.9.13, emessa in circostanze fattuali e giuridiche riferite ad altro detenuto.

Secondo il DAP, in conclusione, tale statuizione avrebbe dovuto produrre i suoi effetti dissolvendo quanto già deciso dal Magistrato di sorveglianza con ordinanza, tra l'altro non impugnata nei tempi e modi previsti dalla legge vigente, in relazione ad altro soggetto *in vinculis*.

Oltre all'evidente vizio di contraddittorietà, sopra argomentato, la motivazione della nota DAP, n. 3701 – 2014, concretizza, altresì, una violazione di legge.

La disposizione della nota DAP, circa l'estendibilità della sentenza della Suprema Corte, fa sì che l'Amministrazione attribuisca a se stessa il potere che la lettura in combinato disposto degli artt. 18 *ter*, 35 *bis* e 69 ord. pen., riserva all'Autorità giudiziaria, ovvero la parametrizzazione di eventuali limitazioni nella spedizione e/o ricezione di corrispondenza.

Il reclamo accolto con l'ordinanza in commento viene presentato in applicazione dei riformati artt. 69, comma 6 e 35 *bis* ord. pen.⁽⁴⁾, poiché volto a rilevare l'inosservanza da parte dell'Amministrazione penitenziaria di disposizioni normative contenute nell'ordinamento penitenziario e nel

⁽⁴⁾ Così come previsti dal d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito in Legge n. 10/2014, in vigore dal 22 febbraio 2014.

relativo regolamento di esecuzione ⁽⁵⁾, con conseguente violazione dei diritti del soggetto *in vinculis*.

Il reclamante sostiene le proprie ragioni riconoscendo formalmente e sostanzialmente il Magistrato di sorveglianza come organo deputato dall'ordinamento alla tutela dei diritti del soggetto *in vinculis* ed i provvedimenti dello stesso, come fonte primaria che l'Amministrazione deve riconoscere ed eseguire; con ciò negando la possibilità di eventuali ingerenze di ulteriori statuizioni, anche della Corte di Cassazione, sviluppatasi in altri contesti fattuali.

3. La (relativamente) recente sentenza della Corte di Strasburgo dell'8.1.2013 sul caso *Torreggiani e altri c/ Italia* ⁽⁶⁾ ha contribuito a mantenere vivo il principio secondo cui l'ingresso all'interno di una struttura detentiva non determina la perdita in capo al soggetto *in vinculis* della titolarità dei diritti fondamentali preesistenti alla diversa condizione, non impedendone, altresì, l'acquisizione di ulteriori e diversi insorti proprio in conseguenza dello *status* di detenuto.

Tale *status* comporta automaticamente una sopravvenuta "precarietà" della posizione giuridica del soggetto ristretto, dovuta a mancanza di libertà e condizioni ambientali sfavorevoli⁽⁷⁾; per corretta compensazione di tale precarietà risulta, quindi, necessaria, previo riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo, così come prescritto e cristallizzato dall'art. 2 della Carta Costituzionale, l'affermazione della titolarità del potere di adire il giudice competente per la tutela degli stessi, in sede giurisdizionale *ex artt.* 24 e 113 Cost..

Anche se la sentenza *Torreggiani* si iscrive nell'ambito di un sovraffollamento oramai risolto, le affermazioni in essa contenute sull'effettività dei rimedi giurisdizionali non possono non godere di un'interpretazione estensiva che comprenda tutti i diritti del detenuto in quanto tale ed in quanto uomo, andando, quindi, oltre la fattispecie concreta del trattamento degradante ed inumano dovuto al sovraffollamento.

«Lo Stato è obbligato a garantire che il sistema penitenziario rispetti la dignità dei detenuti e assicurati condizioni di vita conformi al canone di umanità»⁽⁸⁾.

⁽⁵⁾ d.p.r. 30 giugno 2000, n. 230.

⁽⁶⁾ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia*. Cfr. VIGANÒ, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in www.penalecontemporaneo.it, 9 gennaio 2013; M. MONTAGNA, *Torreggiani e rimedi "compensativi": prospettive de iure condendo*, in *Arch. pen.*, 2014, 1 ss.; FIORIO, *Torreggiani c. Italia: ultimo atto*, in *Antigone*, 2013, n. 1; FIORENTIN, *Sullo stato della tutela dei diritti fondamentali all'interno delle carceri italiane*, in www.penalecontemporaneo.it, 25 febbraio 2013; TAMBURINO, *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2013, 11 ss.

⁽⁷⁾ Così BORTOLATO, *Torreggiani e rimedi "preventivi": il nuovo reclamo giurisdizionale*, in *Arch. pen.*, 2014, 1 ss.

⁽⁸⁾ Sentenza CEDU dell'8.1.2013, *Torreggiani e Altri c/ Italia - Ricorsi nn.* 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10.

Il d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, “*Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria*”, convertito con modificazioni dalla L. 21 febbraio 2014, n. 10, è stato emanato proprio per rispondere concretamente e tempestivamente (si noti l’aggettivo “urgenti”) alla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo⁽⁹⁾.

Il decreto sopracitato, che recepisce in gran parte le indicazioni contenute nel documento conclusivo della Commissione di studio in tema di ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione, istituita presso il Ministero della Giustizia (Commissione Giostra), è stato strutturato in modo che potesse incidere sia sull’ormai incancrenito problema del sovraffollamento che sulla sostanziale ed effettiva tutela dei diritti dei soggetti *in vinculis*.

La presente trattazione si concentrerà, ovviamente, sulla seconda area d’intervento, dato che:

a) è indubbia l’attribuzione di uno *status* coerente con la titolarità di diritti e interessi non del tutto comprimibili neppure per l’effetto dell’esecuzione della pena⁽¹⁰⁾;

b) l’oggetto del reclamo che ha originato l’ordinanza in commento è rappresentato proprio dalla doglianza della mancata fruibilità del diritto alla libera corrispondenza *ex art. 15 Cost.*.

L’art. 3 del d.l. n. 146 del 2013, rubricato *Modifiche all’ordinamento penitenziario*, «racchiude la parte certamente più corposa delle modifiche ordinali portate dal provvedimento di urgenza, che si concentrano sulla legge di ordinamento penitenziario (L. 26 luglio 1975, n. 354)»⁽¹¹⁾.

La modifica che più interessa in questa sede è quella relativa all’istituto del reclamo.

Sempre riferendosi al corpo della sentenza della Corte Europea, Torreggiani e altri c/ Italia, nello stesso si evidenzia una precisa digressione in merito al principio di sussidiarietà per adire la Corte di Strasburgo ed una critica analisi sull’effettività e congruità dei rimedi interni, che proprio in virtù del principio di sussidiarietà devono essere primariamente esperiti ed esauriti⁽¹²⁾.

La sentenza della Corte e.d.u. sopracitata evidenzia come il reclamo “giurisdizionalizzato” (fino ad ora privo di riconoscimento normativo)⁽¹³⁾, *ex artt. 14 ter, 35 e 69 ord. pen.*, proposto innanzi al Magistrato di sorveglianza, non risulta sufficiente rispetto a parametri di adeguatezza ed effettività

⁽⁹⁾ Per approfondimenti, FIORIO, *Cronache del terzo millennio: politiche legislative e libertà personale*, in *Arch. pen.*, 2014, n. 2.

⁽¹⁰⁾ FIORENTIN, *Decreto svuotacarceri (d.l. 23 dicembre 2013, n. 146)*, *Il penalista*, 2013, 45.

⁽¹¹⁾ FIORENTIN, *Decreto svuotacarceri*, *cit.*, 40.

⁽¹²⁾ M. MONTAGNA, *Torreggiani e rimedi “compensativi*, *cit.*, 3.

⁽¹³⁾ FIORENTIN, *Senza riforme strutturali al nostro sistema penale l’Italia resta nella posizione di “sorvegliata speciale”*, in *Guida al diritto*, 2013, n. 43, 14 ss..

richiesti invece per strutturare una correzione sostanziale ed effettiva alla violazione dell'art. 3 CEDU.

Tale orientamento conferma quanto già espresso dalla sentenza della Corte costituzionale n. 26/1999, la quale statuisce l'incostituzionalità degli artt. 35 e 69 ord. pen., per difetto della garanzia cristallizzata nell'art. 24 Cost., nella parte in cui non prevedevano, a vantaggio dei soggetti *in vinculis*, rispettivamente una tutela ed un procedimento giurisdizionale contro gli atti dell'Amministrazione penitenziaria, lesivi dei diritti soggettivi di individui che subiscono, in esecuzione di pena, la restrizione della libertà personale.

La Corte Costituzionale rendeva, così, di fatto operante, concretamente, nella prassi il reclamo giurisdizionale non ancora tipizzato.

Tale arresto della giurisprudenza costituzionale per primo volge verso la giurisdizionalizzazione dell'esecuzione penitenziaria senza, pur tuttavia, individuare un modello procedimentale che sarà, successivamente, determinato dalla Suprema Corte di Cassazione⁽¹⁴⁾, in quello disciplinato dall'art. 14 *ter* ord. pen., ossia un modello a procedura semplificata ove non si reputa necessaria la presenza del reclamante e privo di una qualsivoglia forma di esecuzione forzata di un eventuale provvedimento rimasto inadempito.

Il perdurare di uno stato di inadeguatezza, a fronte di una completa tutela giurisdizionale dei diritti che appartengono al soggetto *in vinculis*, a causa della carente incisività delle statuizioni del magistrato di sorveglianza, dell'assenza del contraddittorio e di rimedi idonei a fronteggiare una perdurante inosservanza dell'Amministrazione penitenziaria, ha condotto anche la Corte e.d.u. a ritenere il reclamo, *ex artt.* 14 *ter*, 35 e 69 ord. pen., non idoneo a porre effettiva tutela al diritto vantato dal detenuto e violato dall'operato dell'Amministrazione penitenziaria.

La sentenza Torreggiani ha, quindi, sostanzialmente, costretto lo Stato Italiano a riorganizzare il proprio assetto ordinamentale, contemplando nuove forme di ricorsi e consentire, dunque, l'eliminazione della lesione ed il risarcimento del danno, ovvero, fornire sia i cc.dd. rimedi preventivi che rimedi compensatori.

Sarà la giurisprudenza della Corte Costituzionale, con sentenza del 2013 a stabilire che «le decisioni della magistratura di sorveglianza, rese su reclami proposti da detenuti a tutela dei propri diritti e secondo la procedura contenziosa di cui all'art. 14 *ter* della l. 26 luglio 1975, n. 354, devono ricevere concreta esecuzione e non possono essere private di effetti pratici da provvedimenti del Ministro della giustizia né di alcun'altra autorità»⁽¹⁵⁾.

Tale disposizione sancisce, quindi, la natura giurisdizionale del procedimento innanzi al Magistrato di sorveglianza, avviabile dai soggetti detenuti in strutture detentive, affermandone lo *status* di strumento di piena tutela.

⁽¹⁴⁾ Cass., sez. un., 26 febbraio 2003, Gianni, in *Giust. pen.*, 2004, II, 282.

⁽¹⁵⁾ Corte cost., 7 giugno 2013, n. 135.

La medesima sentenza sancisce, altresì, l'obbligo di rango costituzionale per cui l'eventuale limitazione di un diritto, primario, fondamentale, costituzionale, che deve essere garantito al soggetto detenuto, si possa compiere solo in caso di concrete esigenze a seguito di una valutazione bilanciata, poiché tali limitazioni, poste senza una parametrizzazione oggettiva degli interessi, potrebbero acquisire un «valore affittivo supplementare rispetto alla privazione della libertà personale, non compatibile con l'art. 27, comma 3, Cost.».

Ne consegue la necessaria e concreta applicazione dell'ulteriore garanzia, rappresentata dalla legittimazione in capo all'Autorità giudiziaria, ex art. 69, comma 5, ord. pen., di dettare prescrizioni vincolanti per l'Amministrazione penitenziaria senza alcuna ingerenza di altra autorità.

A tale proposito importante è osservare l'eliminazione dall'art. 69, comma 5, ord. pen. della precisazione «*nel corso del trattamento*» limitativa dei poteri ex officio del Magistrato di sorveglianza.

La carente effettività della tutela sostanziale dei diritti, sussistenti in capo ai soggetti ristretti, viene ribadita nella sentenza Torreggiani; è proprio la Corte e.d.u., in tale circostanza, a porre come termine ultimo il 27 maggio 2014 affinché l'Italia introduca nel proprio ordinamento «un ricorso o un insieme di ricorsi interni idonei ad offrire un ristoro⁽¹⁶⁾ adeguato e sufficiente per i casi di sovraffollamento carcerari, in conformità ai principi stabiliti dalla giurisprudenza della Corte».

Sentita la necessità di una forma di tutela, sostanziale e pienamente effettiva sul piano giurisdizionale, dei diritti del detenuto e al fine di costituire un rimedio concreto e preventivo delle lesioni subite (ad opera dell'attività dell'Amministrazione penitenziaria), il legislatore con il d.l. 146/2013 opera rilevanti modifiche incidendo sul già esistente art. 35 e introducendo il nuovo art. 35 bis, entrambi della l. 26 luglio 1975, n. 354.

Il legislatore, con la recente emanazione del d.l. 26 giugno 2014, n. 92⁽¹⁷⁾, ha, altresì, introdotto il nuovo art. 35 ter ord. pen. con il quale vengono stabiliti rimedi anche di carattere compensativo, ovvero rimedi di natura risarcitoria che determinano una riduzione della pena pari ad un giorno

⁽¹⁶⁾ FIORENTIN, *Un primo passo verso la riforma dell'ordinamento nella direttrice tracciata dal Piano sui nuovi istituti*, Guida al Diritto, 2013, n. 29, 26.

⁽¹⁷⁾ Decreto legge 26 giugno 2014, n. 92 «*Disposizioni urgenti in materia di rimedi risarcitori in favore dei detenuti e degli internati che hanno subito un trattamento in violazione dell'articolo 3 della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nonché di modifiche al codice di procedura penale e alle disposizioni di attuazione, all'ordinamento del Corpo di polizia penitenziaria e all'ordinamento penitenziario, anche minorile*». GU Serie Generale n.147 del 27-6-2014. Entrata in vigore del provvedimento: 28/06/2014. Per un primo, breve, commento VIGANO', *Pubblicato ed entrato in vigore un decreto legge sul risarcimento dei detenuti vittima di sovraffollamento (con una importante e problematica modifica in materia di custodia cautelare in carcere)*, in www.pena-lecontemporaneo.it, 30 giugno 2014.

per ogni dieci giorni trascorsi in condizioni tali da violare l'art. 3 CEDU⁽¹⁸⁾; quando il rimanente periodo di pena da scontare non consente tale calcolo detrattivo, il Magistrato di sorveglianza deve disporre in favore del detenuto, in relazione al periodo residuo e a titolo di risarcimento del danno, la liquidazione di una somma pari a euro 8,00 per ciascuna giornata di pregiudizio patito.

L'importante modifica che l'art. 3, comma 1, lett. a), del d.l. 146/2013 apporta all'art. 35 ord. pen. si sostanzia nell'ampliamento dell'elenco dei soggetti destinatari del reclamo di natura amministrativa.

Il previgente art. 35 ord. pen. prevedeva l'esperibilità di tale ricorso attraverso istanze o reclami orali o scritti al direttore dell'istituto, ispettori, direttore generale per gli istituti di prevenzione e di pena, al Ministro di grazia e giustizia, al magistrato di sorveglianza, alle autorità giudiziarie e sanitarie in visita nell'istituto, al presidente della Giunta regionale ed al Capo dello Stato.

Con la modifica del d.l. 146/13 il detenuto può, altresì, indirizzare il reclamo al provveditore regionale⁽¹⁹⁾, al garante nazionale e ai garanti regionali o locali dei diritti dei detenuti⁽²⁰⁾, tutti possibili destinatari dei c.d. reclami "generici".

Il reclamo generico consente al detenuto di rivolgersi al Magistrato di sorveglianza ed alle autorità indicate dalla norma, dando vita così ad un procedimento *de plano* senza formalità ed espletamento del contraddittorio.

La lettura in combinato disposto dell'art. 35 ord. pen. e dell'art. 75 reg. pen. consente al detenuto di interloquire direttamente con il Magistrato

⁽¹⁸⁾ Soluzione anticipata, anche in relazione dell'irragionevole durata dei processi, da VIGANÒ, *Riflessioni de lege lata e ferenda su prescrizione e tutela della ragionevole durata del processo*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 18 dicembre 2012.

⁽¹⁹⁾ I provveditorati regionali sono organi decentrati dal Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria. Essi operano nel settore degli istituti e servizi per adulti sulla base di programmi, indirizzi e direttive disposti dal Dipartimento stesso, in materia di personale, organizzazione dei servizi e degli istituti, detenuti ed internati, e nei rapporti con gli enti locali, le regioni ed il Servizio sanitario nazionale, nell'ambito delle rispettive circoscrizioni regionali. Sono inoltre titolari di ogni altra funzione amministrativa concernente il personale e gli istituti ed i servizi penitenziari, demandata dalle leggi vigenti alla data di entrata in vigore della riforma del 1990 al procuratore generale della Repubblica e al procuratore della Repubblica (art. 32, legge 395/1990). - Definizione da *Dossier Servizio Studi Camera D13146 - 7 gennaio 2014*, 19.

⁽²⁰⁾ «Si rammenta che già l'art. 12 *bis* del decreto-legge 207/2008 (conv. dalla legge 14/2009) ha aggiunto il garante dei diritti dei detenuti tra i soggetti con cui i detenuti e gli internati sono ammessi ad avere colloqui e corrispondenza, anche al fine di compiere atti giuridici (art. 18, comma 1, o.p.); ha aggiunto i garanti dei diritti dei detenuti comunque denominati tra i soggetti che possono essere visitati senza autorizzazione (art. 67, primo comma, lett. 1 *bis*, o.p.). Risultano allo stato esistenti 12 garanti regionali, 7 garanti provinciali, 25 garanti comunali». - *Dossier Servizio Studi Camera D13146 - 7 gennaio 2014*, 20.

di sorveglianza presentando istanze o reclami anche nel corso di semplici colloqui. La presentazione del reclamo, in tale fattispecie, non presuppone il rispetto di particolari formalità risultando sufficiente una forma libera, anche orale.

L'Autorità giudiziaria gode del potere di compiere accessi ispettivi presso le strutture detentive, su denuncia o d'ufficio, per riscontrare eventuali violazioni dell'ordinamento penitenziario o potenziali situazioni lesive di diritti costituzionali e, ad esito, emanare provvedimenti risolutivi.

«Nei casi previsti dall'art. 35 ord. pen. il magistrato di sorveglianza opera quale "garante", intervenendo al di fuori cioè di una procedura dotata di carattere giurisdizionale, adottando una procedura *de plano*, che si conclude con l'emissione di un decreto con il quale è accolto o respinto il reclamo»⁽²¹⁾.

Il provvedimento emesso dal magistrato di sorveglianza non ha però efficacia di titolo esecutivo vincolante per l'Amministrazione penitenziaria, ma solo di mera segnalazione o sollecitazione poiché è il risultato del reclamo generico, adottato *de plano* in carenza di contraddittorio e qualsivoglia formalità di carattere processuale.

4. «Il processo di consolidamento degli strumenti di tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti è ben lungi dall'essere concluso: è forte l'esigenza di proseguire nell'opera di diffusione delle garanzie giurisdizionali entro le istituzioni carcerarie con l'obiettivo di sottoporre la vita in tali istituti ai principi ed alle regole generali dello Stato di diritto»⁽²²⁾.

L'articolo 3, comma 1, lett. b) ed i), n. 2), del d.l. n. 146 del 2013, introducono e disciplinano l'ambito di applicazione dell'istituto del reclamo giurisdizionale.

Per chiarezza espositiva, l'art. 3, comma 1, lett. i), n. 2), ha sostituito il comma 6 dell'art. 69 della legge n. 354 del 1975, prevedendo che il reclamo giurisdizionale, disciplinato dal neo-introdotta art. 35 *bis* ord. pen., così come introdotto dalla lett. b) del medesimo art. 3, comma 1, è esperibile in merito alla materia disciplinare e all'inosservanza da parte della Amministrazione di disposizioni della legge n. 354 del 1975 o del regolamento di esecuzione, dalle quali derivi al detenuto o all'internato un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti.

L'art. 3, comma 1, lett. b), d.l. 146/2013 introduce l'art. 35 *bis* ord. pen., che disciplina il nuovo reclamo giurisdizionale.

Come evidenziato dalla relazione illustrativa del disegno di legge di conversione del decreto - legge, il nuovo articolo è «significativamente collocato dopo la norma sul reclamo generico, in modo da sottolineare la progressività

⁽²¹⁾ Cass., sez. I, 7 marzo 2001, Paolello.

⁽²²⁾ Così BORTOLATO, *Torreggiani e rimedi "preventivi": il nuovo reclamo giurisdizionale*, cit., 1.

dei meccanismi di tutela e la loro riconducibilità ad un sistema integrato ed unitario»⁽²³⁾.

L'art. 3 del d.l. n. 146 del 2013 introduce nel testo della l. 354/1975, l'art. 35 *bis* la cui trattazione compete sempre al Magistrato di sorveglianza.

Il decreto, dunque, attribuisce la competenza al Magistrato di sorveglianza sia nell'alveo del reclamo generico che in quello del reclamo giurisdizionale; ridisegna quindi la figura del Magistrato di sorveglianza che, già responsabile della finalità rieducativa della pena e delle modalità della sua esecuzione *ex art. 27 Cost.*, acquisisce ora il ruolo di «massimo garante del rispetto dei diritti dei reclusi, con ciò superando una volta per tutte l'autoreferenzialità dell'istituzione carceraria»⁽²⁴⁾.

Il reclamo di cui all'art. 35 *bis* ord. pen. rinvia, quindi, anche all'art. 69 ord. pen., oggetto anche questo di riforma, statuendo che il soggetto in *vinculis* può proporre il reclamo, al Magistrato di sorveglianza, avverso i provvedimenti di natura disciplinare adottati dall'Amministrazione penitenziaria ed avverso atti della stessa inosservanti delle disposizioni previste dalla l. 26 luglio 1975, n. 354 e dal d.p.r. 30 giugno 2000, n. 230 (ordinamento penitenziario e dal relativo regolamento di esecuzione) dai quali derivino al soggetto ristretto attuali e gravi pregiudizi all'esercizio dei propri diritti.

Rimanendo quindi su un piano di mera genericità, l'art. 35 *bis* ord. pen. estende la sua portata normativa su tutti i poteri dell'Amministrazione attraverso i quali la stessa può disporre la modificazione delle modalità del trattamento di ogni singolo detenuto e controllare la gestione ordinaria dell'istituto di pena.

In riferimento alla materia disciplinare, il reclamo deve essere proposto nel termine di 10 giorni (*ex art. 35 bis*, comma 2) ed è soggetto ad un primario controllo di legittimità da parte del Magistrato di sorveglianza, salvo quanto previsto dall'art. 69, comma 6, lett. a) ossia l'applicazione delle sanzioni dell'isolamento durante la permanenza all'aria aperta per non più di dieci giorni o della esclusione dalle attività in comune per non più di quindici giorni, perché in tali casi la valutazione giurisdizionale si estende anche al merito dei provvedimenti adottati.

Nel caso in cui si proceda all'accoglimento del reclamo, il provvedimento che emana la sanzione disciplinare è annullato⁽²⁵⁾ dovendosi ritenere

⁽²³⁾ Dossier Servizio studi Camera D13146 su d.l. 146/2013, 20.

⁽²⁴⁾ Così BORTOLATO, *Torreggiani e rimedi "preventivi": il nuovo reclamo giurisdizionale*, cit., 1.

⁽²⁵⁾ Nella relazione illustrativa del disegno di legge di conversione del decreto-legge è evidenziato che la via dell'annullamento (anziché quella della disapplicazione) è stata scelta «poiché l'impugnativa disciplinare non può che avere effetto demolitorio. Si tratta, infatti, di tutela giurisdizionale del giudice ordinario sugli atti della pubblica amministrazione, che incidono su diritti e per i quali sussiste riserva di legge (*ex art. 113 della Costituzione*); l'intervento normativo è dunque pienamente in linea con detta riserva. Non si è poi ritenuto di prevedere il potere di modifica-

fermo il potere dell'amministrazione di esercitare nuovamente il potere disciplinare⁽²⁶⁾.

Il Magistrato di sorveglianza, analizzato il reclamo e ritenuto sussistente il pregiudizio recato dall'atto adottato, ordina all'Amministrazione penitenziaria che lo ha emesso di porre rimedio con provvedimento ricorribile per cassazione solo per violazione di legge entro il termine di quindici giorni dalla comunicazione o notificazione dell'avviso di deposito (art. 35 *bis*, comma 4, ord. pen.).

L'intero procedimento ha luogo in camera di consiglio e segue lo schema procedurale tipico previsto per il procedimento di sorveglianza *ex artt.* 666 e 678 c.p.p., che «rappresenta, tra i vari procedimenti utilizzabili dalla magistratura di sorveglianza, quello più articolato e caratterizzato dalla più accentuata garanzia dei diritti della difesa»⁽²⁷⁾.

Sussiste però, diversamente dalla disciplina *ex artt.* 666 e 678 c.p.p, la possibilità/diritto per l'Amministrazione coinvolta di comparire o di formulare osservazioni e/o richieste, previo avviso della fissazione udienza.

Altro elemento innovativo presentato dal decreto è l'assenza di previsione di un termine per la proposizione del reclamo, il detenuto, infatti, può sempre proporre reclamo lamentando un pregiudizio "attuale e grave" ai propri diritti.

Ulteriore garanzia, introdotta con il nuovo art. 35 *bis* ord. pen., è data dalla possibilità di chiedere un adempimento in ottemperanza allo stesso Magistrato di sorveglianza che ha emesso il provvedimento.

In tale procedura il Magistrato deve indicare, ordinando all'Amministrazione di ottemperare, modalità e tempistiche di adempimento e può, se del caso, nominare un commissario *ad acta*.

Il Magistrato può, altresì, dichiarare nulli alcuni atti dell'Amministrazione in evidente violazione o elusione del provvedimento ineseguito e determinare la somma dovuta in riparazione del danno.

Alcuni osservano, in merito al giudizio in ottemperanza così formulato dal nuovo art. 35 *bis* ord. pen., che sarebbe stato opportuno da parte del legislatore individuare un termine «che fa per così dire 'scattare' il potere del magistrato di provvedere in caso di inerzia dell'amministrazione: trattandosi di diritti fondamentali, di cui si è accertato il perdurante pregiudizio, la previsione di rigide cadenze temporali può infatti servire per rendere

re la sanzione, volendosi evitare l'ingerenza nell'esercizio del potere disciplinare: se il magistrato di sorveglianza rileverà l'eccessività della sanzione, annullando quindi il provvedimento, l'amministrazione potrà provvedere *ex novo*, tenendo però conto delle ragioni dell'annullamento». Dossier Servizio Studi Camera D13146, 21.

⁽²⁶⁾ Relazione n. III/01/2014 – Roma 07.01.2014 e Relazione n. III/03/2014 – Roma, 27.02.2014

⁽²⁷⁾ DELLA BELLA, *Un nuovo decreto-legge sull'emergenza carceri: un secondo passo, non ancora risolutivo, per scongiurare il sovraffollamento*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 7 gennaio 2014.

tempestiva, e quindi effettiva, la tutela giurisdizionale» e che risulta manchevole un'espressa previsione in merito alla partecipazione in udienza dell'Amministrazione penitenziaria inadempiente, non assicurata dal solo richiamo presente negli artt. 666-678 c.p.p.⁽²⁸⁾.

Ultima riflessione⁽²⁹⁾ si rappresenta in merito alla impossibilità di ottenere l'esecuzione in forma coatta del provvedimento anche in data antecedente la sua definitività.

Il giudizio di ottemperanza, disciplinato dall'art. 114 del C.d.A. (codice del processo amministrativo) prevede espressamente tale possibilità.

Nonostante il provvedimento del Magistrato di sorveglianza abbia sin da subito efficacia esecutiva ex art. 666, comma 7 c.p.p., escludendo la previsione di un'esecuzione coatta ante definitività (così come nel processo amministrativo), si preclude, di fatto, al reclamante la possibilità di ottenere la produzione degli effetti del provvedimento ottenuto, se non fino alla definizione di tutti i gradi di giudizio con il rischio di ottenere il dovuto ma tardivamente.

Altro limite della procedura in ottemperanza è rappresentato dalla necessità di rimanere all'interno dell'alveo dei programmi attuativi predisposti dall'amministrazione, in quanto il soddisfacimento del diritto leso deve essere compatibile con tali programmi.

I soggetti legittimati a richiedere tale adempimento in ottemperanza sono, ovviamente, l'interessato o il difensore dello stesso munito di procura speciale.

Tale nuova previsione normativa è predisposta per rispondere all'esigenza indefettibile, riscontrata dalla Corte di Strasburgo, di dare una tutela sufficiente, adeguata ed effettiva al soggetto ristretto che vede violati i propri diritti, anche attraverso la costruzione di un sistema di tutela preventiva per interrompere una potenziale situazione lesiva ed i suoi effetti.

Una prima doverosa osservazione si delinea in merito all'assenza di tipizzazione dei diritti per la cui lesione sia possibile esperire reclamo ex art. 35 bis ord. pen.

A causa di tale assenza si potrebbe da un lato, garantire un ampio raggio di tutela applicativo a favore del detenuto e dall'altro venirsi a creare problematiche proprio sul piano applicativo, laddove la giurisprudenza individui autonomamente le fattispecie che ritiene violative di diritti ed adotti così provvedimenti invasivi della competenza amministrativa rendendo concreto il rischio di un controllo giudiziario nelle competenze e nelle responsabilità del potere esecutivo⁽³⁰⁾.

⁽²⁸⁾ DELLA BELLA, *Un nuovo decreto-legge sull'emergenza carceri*, cit.

⁽²⁹⁾ In tal senso, BORTOLATO, *Torreggiani e rimedi "preventivi": il nuovo reclamo giurisdizionale* cit., 11.

⁽³⁰⁾ FIORENTIN, *Decreto svuotacarceri (d.l. 23 dicembre 2013, n. 146)*, cit., 42.

Non vi è dubbio che, nonostante la mancata tipizzazione dei diritti tutelabili, tra questi non possano non ricomprendersi i diritti fondamentali ovvero i diritti inalienabili che la Costituzione riconosce in capo a qualsiasi individuo in quanto tale.

Maggiore attenzione, a tale proposito, deve essere riservata al soggetto *in vinculis* che al suo ingresso nella struttura detentiva deve continuare a vedersi riconosciuti i diritti fondamentali del suo essere individuo e vedersi riconosciuti e garantiti i “nuovi” diritti che gli derivano proprio dal suo *status* di detenuto.

Al detenuto devono, quindi, essere garantiti, anche nell’esecuzione della pena, modalità applicative della stessa in conformità al primario rispetto della dignità umana.

Pur in assenza di una tipizzazione dei diritti oggetto di tutela ad opera del reclamo giurisdizionale si deve, però, tenere presente che le direttrici fondamentali, che individuano i diritti del soggetto ristretto, a cui l’intera disciplina e giurisprudenza penitenziaria si orientano, rimangono comunque la l. 354/1975 ed il d.p.r. 230/2000 che vanno sempre interpretate ed applicate in combinato disposto con la Carta costituzionale e con la Convenzione Europea dei diritti dell’Uomo, che trova a sua volta diretta applicazione nell’ordinamento interno.

Nelle normative citate sono, ovviamente, inclusi diritti la cui effettiva e concreta fruizione è garantita dall’Amministrazione penitenziaria e che quindi non possono essere mutilati dal potere organizzativo della stessa.

Per quanto concerne la proponibilità del reclamo, il soggetto *in vinculis* deve rappresentare, *ex art. 69*, comma 6, nella sua nuova formulazione, la violazione concreta ed attuale del diritto.

L’oggetto del reclamo giurisdizionale per la difesa di diritti viene, infatti, individuato dal legislatore attraverso la definizione di alcuni criteri che si sostanziano:

a) nell’accertamento dell’inosservanza di una disposizione normativa contenuta nella legge 26 luglio 1975, n. 354 e nel d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230;

b) nella realizzazione di un pregiudizio attuale e grave in seguito all’inosservanza di cui al punto a).

Sempre al fine di circoscrivere l’oggetto del reclamo si precisa che, nell’ambito del trattamento penitenziario, non rileva la differenziazione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi dati: la competenza esclusiva del Magistrato di sorveglianza sul trattamento del detenuto (ancor più incisiva con le riforme apportate dal dl. 23 dicembre 2013, n. 146) e l’esercizio da parte dell’Amministrazione penitenziaria del proprio potere, immediato e costante, sul detenuto non appena si concretizza il suo ingresso nella struttura di pena.

Riportandosi alla classica teorizzazione della differenza tra diritto soggettivo ed interesse legittimo, le posizioni giuridiche di un qualsiasi individuo libero non sempre subiscono l’incidenza del potere dell’Ammi-

nistrazione, mentre, nell'ambito del trattamento penitenziario il potere dell'Amministrazione è geneticamente presente, insito nell'incidenza sfavorevole che la stessa opera in conseguenza della restrizione.

Non vengono, quindi, incluse nell'ambito della tutela offerta dall'art. 35 *bis* ord. pen., (non sono, quindi, esperibili con ricorso giurisdizionale) doglianze in merito ad aspettative di mero fatto o concernenti lesioni che non risultano attuali o gravi e fattispecie in cui ad essere vantate sono posizioni giuridiche soggettive sviluppatasi fuori dall'esecuzione penale.

L'interesse di mero fatto concerne, ad esempio, materie su cui all'Amministrazione viene riconosciuto un potere, organizzativo e decisionale delle modalità concrete di attuazione, il cui esercizio è nella sua piena discrezionalità. Per la tutela di detto interesse il detenuto può proporre reclamo generico, *ex art.* 35 ord. pen., innanzi al Magistrato di sorveglianza che, in tale contesto, esercita funzioni amministrative o comunque sempre innanzi ad autorità manchevoli di potestà giurisdizionale. Di contro, i diritti prima riconosciuti e poi considerati meritevoli di tutela dalla Costituzione e dalla CEDU non possono non essere vantati all'interno di un reclamo giurisdizionale, *ex art.* 35 *bis* ord. pen.

A tale assunto si associa anche la Corte Costituzionale con la sentenza n. 26/1999 che, anticipando il contenuto del corpo dell'art. 35 *bis* ord. pen., amplia l'alveo delle posizioni giuridiche tutelabili *ex art.* 35 *bis* ord. pen. riconoscendo detta tutela anche ai diritti soggettivi non aventi rango costituzionale ovvero derivanti da previsioni normative subordinate.

Per quanto affermato prima, circa l'assenza di una sostanziale differenziazione tra interessi legittimi e diritti soggettivi in ambito penitenziario (dato il costante esercizio del potere organizzatorio e decisionale dell'Amministrazione sul detenuto) la sentenza delle SS. UU. della Suprema Corte n. 25079/2003 (Gianni) riconoscendo una giurisdizione esclusiva al Magistrato di sorveglianza, *ratione materiae*, ha definitivamente superato detta distinzione riconoscendo la tutelabilità *ex art.* 35 *bis* ord. pen. anche a quelle posizioni giuridiche soggettive che la teorizzazione tradizionale avrebbe classificato come interesse legittimo ⁽³¹⁾.

Per quanto concerne, invece, i parametri stringenti dell'attualità e della gravità del pregiudizio, oltre ad avere un'immediata associazione mentale con il principio dell'economicità processuale e con le strategie deflattive per eliminare il carico lavorativo delle corti italiane, si riflette su due ordini di problemi.

Il primo concerne l'individuazione di un *range* all'interno del quale valutare la gravità del pregiudizio subito dal detenuto ad un suo diritto ed il secondo riguarda invece alla possibilità o meno di affermare che la lesione di un diritto costituzionalmente garantito non può essere perseguita perché non grave e attuale, nonostante l'accertamento della stessa.

⁽³¹⁾ Per approfondimento in tal senso, vedi BORTOLATO, *Torreggiani e rimedi "preventivi": il nuovo reclamo giurisdizionale* cit., 10 ss.

La necessità di valutare la gravità del pregiudizio sembra rimandare, quasi, al concetto civilistico di tenuità del danno o a quello penale d'innofensività e come accade per tali ultimi parametri, sarà il susseguirsi degli arresti giurisprudenziali, di volta in volta, a determinarne l'ampiezza applicativa ed un discrimine tra l'applicabilità del reclamo generico o quello giurisdizionale.

Di certo non di poco conto sarebbe, attraverso l'utilizzo di tale criterio, snellire il carico della magistratura troppe volte investita di questioni di natura bagatellare. Il profilo dell'attualità attiene invece alla doppia qualificazione, preventivo e compensativo, del rimedio esperito con proposizione del reclamo *ex art. 35 bis* ord. pen., introdotta dalla sentenza Torreggiani.

La sentenza citata include nell'alveo del reclamo giurisdizionale solamente il pregiudizio venuto ad esistenza in un tempo precedente alla domanda di reclamo ed ancora vivo al momento della presentazione della stessa.

Il pregiudizio oramai dissoltosi troverà secondo la Corte di Strasburgo soddisfazione mediante rimedi compensativi. Il reclamo giurisdizionale *ex art. 35 bis* ord. pen. è, infatti, rimedio di natura risarcitoria pur essendo sempre e comunque consentita l'azione in sede civile per l'eventuale risarcimento del danno.

5. Il quasi definibile "ultimatum" della Corte di Strasburgo al nostro paese, che impone di risolvere le problematiche inerenti il fenomeno dell'ormai sistematizzato sovraffollamento carcerario, nell'arco di tempo di un anno, ha condotto l'Italia a dover migliorare la tutela dei diritti incompressibili del soggetto *in vinculis*.

È innegabile, peraltro, che le vicende degli ultimi anni hanno evidenziato, sia sul piano legislativo che su quello della prassi, la sconfessione totale delle politiche penitenziarie caratterizzanti il periodo 2000-2010⁽³²⁾.

Con l'emanazione del d.l. 146/2013, nello specifico con la modifica dell'art. 35 ord. pen., si è arrivati, infatti, al rafforzamento della tutela amministrativa. Tale rafforzamento si concretizza con l'introduzione della figura del Garante nazionale (dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale) tra i soggetti legittimati a ricevere il reclamo del detenuto che vanti la lesione di un proprio diritto; «figura prevista dalle convenzioni europee, già presente in molti paesi europei e sollecitata da numerosi operatori del settore»⁽³³⁾.

Il medesimo decreto introduce poi, con il novellato art. 35 *bis* ord. pen., il c.d. reclamo giurisdizionale (esperibile innanzi al Magistrato di sorveglianza le cui decisioni acquistano valore vincolante per l'Amministrazione

⁽³²⁾ FIORIO, *Cronache del terzo millennio: politiche legislative e libertà personale*, cit.

⁽³³⁾ GASPARI, *Istituito il Garante nazionale dei diritti del detenuto*, in *Guida al diritto*, 2014, n. 4, 55.

penitenziaria) ed, altresì, una concreta efficacia del provvedimento emanato attraverso il giudizio di ottemperanza.

Con tale ultima forma di reclamo, in linea con quanto statuito dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 26/1999, il detenuto potrà vantare ristoro per la violazione di diritti conseguente al regime di restrizione e derivante da atti dell'Amministrazione penitenziaria. Il reclamo che ha originato l'ordinanza in commento è stato correttamente proposto attraverso la procedura giurisdizionale tipizzata dal novellato art. 35 *bis* ord. pen. e dal modificato art. 69, comma 6, ord. pen.

Nel caso di specie, infatti, ricorrono entrambi i requisiti richiesti per l'accesso a tale procedura: il reclamante vanta la violazione di un diritto costituzionalmente garantito (diritto alla corrispondenza *ex* art. 15 Cost) che subisce una compressione a causa degli effetti di una circolare DAP.

La corrispondenza ed i mezzi di informazione, che vengono indicati nella norma costituzionale, se contestualizzati all'interno dell'istituto di pena, formazione sociale ove il detenuto sviluppa comunque la sua personalità *ex* art. 2 Cost., diventano, altresì, veicolo di contatto con l'ambiente esterno e con i componenti della propria famiglia.

Tale contatto è considerato dall'ordinamento vigente come fondamentale per il recupero del soggetto detenuto e parte integrante del trattamento a cui ogni soggetto *in vinculis* è sottoposto.

Leggendo in combinato disposto l'art. 2 Cost. e la sentenza della Corte di Strasburgo (Torreggiani) si evidenzia nettamente che detta sentenza altro non fa che "spronare" l'Italia a rendere effettiva la tutela formale sancita dal primo comma dell'art. 2 Cost. e, soprattutto, la tutela sostanziale sancita nel secondo comma dello stesso.

La Corte, infatti, impone di adottare misure in rimedio alla violazione perpetrata ai danni dell'art. 3 CEDU, secondo il parametro delle sentenze pilota. Anche se si potesse ipotizzare l'esclusione del detenuto dall'essere soggetto titolare di diritti costituzionalmente garantiti (in quanto ristretto in struttura per l'esecuzione della pena) tale ipotesi verrebbe disgregata dalla mancanza di una previsione espressa di estendibilità o non estendibilità dei diritti primari anche al detenuto. Tale mancanza deve necessariamente essere interpretata in senso positivo ed estensivo alla luce della lettura in combinato disposto degli artt. 2, 3, 15 e 27 Cost., riconoscendo il detenuto titolare di tali diritti e del diritto di far valere giudizialmente la loro lesione *ex* art. 24 Cost. in quanto individuo.

È la stessa Corte Costituzionale con sent. 26/1999 che, come molte altre statuizioni in tal senso, afferma il verificarsi della sola limitazione dell'esercizio dei diritti fondamentali, compatibile con le esigenze proprie della detenzione e non l'eliminazione *tout court* della titolarità in capo al soggetto detenuto.

Nel caso in esame, dunque, la compressione del diritto alla corrispondenza del reclamante, detenuto peraltro in regime differenziato (art. 41 *bis* ord. penit.) sarebbe stata giustificata e correttamente applicata se tale

compressione fosse risultata evidentemente necessaria per rispondere alle esigenze di prevenzione e sicurezza proprie dello stato detentivo, sempre, ovviamente, nel rispetto delle “linee guida” poste dalla Costituzione e dalla C.e.d.u.

L’art. 15 Cost, letto in combinato disposto con l’art. 18, comma 6, ord. pen. e con la circolare ministeriale n. 1862/4319 del 14 febbraio 1970 porta alla definizione di una libera circolazione della corrispondenza (compresi libri e riviste) senza alcuna censura. La previgente versione dell’art. 18 ord. pen., contemplava la possibilità di sottoporre la corrispondenza del detenuto a visto di controllo del direttore dell’istituto o suo designato, autorizzando, altresì, lo stesso a definire limitazioni alla corrispondenza intesa in senso lato.

Tale potere discrezionale, di fatto, non era però controbilanciato dalla previsione di un’impugnazione del provvedimento limitativo se non con un ricorso da proporre innanzi al giudice amministrativo vantando la lesione di un interesse legittimo.

Quanto appena detto, non collima con quanto affermato in merito all’analisi dell’art. 15 Cost.. e la previsione normativa contenuta nello stesso in merito alla doppia riserva (di legge e giurisdizionale). Come precedentemente formulato, l’art. 18 ord. pen. è stato più volte oggetto di pronunce della Corte di Strasburgo per la violazione degli artt. 8⁽³⁴⁾ e 13⁽³⁵⁾ CEDU, ovvero, per eccessiva discrezionalità sull’emanazione e contenuto del provvedimento restrittivo da parte dell’Amministrazione. La Corte e.d.u. si è pronunciata, più volte⁽³⁶⁾, anche in merito all’assenza di un vero e proprio ricorso avverso il provvedimento asseritamente lesivo del diritto di cui all’art. 15 Cost.

Si può, quindi, concludere, affermando che due sono stati i momenti cardine che hanno condotto alla “maturazione” della posizione soggettiva del detenuto da mero interesse a diritto soggettivo in tema di corrispondenza prima ed alla piena tutelabilità dei diritti fondamentali del detenuto poi:

1 - l’entrata in vigore della l. 8 aprile 2004, n. 95⁽³⁷⁾ che ha, di fatto,

⁽³⁴⁾ Art. 8 CEDU - Diritto al rispetto della vita privata e familiare - 1. Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell’esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, per la pubblica sicurezza, per il benessere economico del paese, per la difesa dell’ordine e per la prevenzione dei reati, per la protezione della salute o della morale, o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui.

⁽³⁵⁾ Art. 13 CEDU - Diritto ad un ricorso effettivo - Ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto ad un ricorso effettivo davanti ad un’istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell’esercizio delle loro funzioni ufficiali.

⁽³⁶⁾ V., per tutte, Corte e.d.u. 15.11.1996 - Diana c/ Italia.

⁽³⁷⁾ Introduce l’indicazione tassativa dei presupposti per l’applicazione della misura restrittiva e attribuisce al magistrato di sorveglianza esclusiva competenza.

portato ad una giurisdizionalizzazione del procedimento di controllo della corrispondenza.

2 - l'emanazione della sentenza Torreggiani e altri c/ Italia che ha costretto quest'ultima ad emanare il d.l. 146/13, così come sinteticamente delineato nella presente trattazione.

Con l'ordinanza in commento il Magistrato di sorveglianza del Tribunale di Spoleto ha correttamente risposto ad una legittima azione processuale intrapresa da un detenuto, il quale, avvertendo la violazione di un proprio diritto e subendone di conseguenza la lesione, propone reclamo *ex artt. 35 bis e 69 ord. pen.* così come modificati dal d.l. 146/13. Il Magistrato, accogliendo, altresì, il reclamo del detenuto, ha consentito che il sacrificio concretamente patito dal soggetto *in vinculis* non fosse superiore a quello ritenuto sufficiente e necessario per l'esecuzione della pena.

La pena deve tendere, *ex art. 27 Cost.*, alla rieducazione del condannato senza gravare ulteriormente nel fisico e/o nella psiche dell'individuo ristretto, ove le misure di sicurezza apprestate siano sufficienti al raggiungimento delle finalità della detenzione. Il d.l. 146/13 consentendo al Magistrato di sorveglianza di accertare la lesione di un diritto di cui è titolare il detenuto (ma anche l'individuo che lo anima!) in un procedimento giurisdizionale e di presiedere ad un giudizio di ottemperanza facilita il complesso compito di rendere la pena effettivamente e concretamente rieducativa.

Senza tutela dei diritti non si da rieducazione poiché, come ci ricordava già nel 1955 una Risoluzione dell'ONU (*“Ensemble des règles minimales pour le traitement des détenus”* del 30.08.55), «il trattamento dei condannati a pene privative della libertà deve avere lo scopo di suscitare in essi la volontà e le capacità che permetteranno loro, dopo la liberazione, di vivere nel rispetto della legge e di provvedere a se stessi»⁽³⁸⁾.

SARA DILETTI

⁽³⁸⁾ BORTOLATO, *Torreggiani e rimedi “preventivi”: il nuovo reclamo giurisdizionale*, cit., 21.

DIRITTO PUBBLICO

T.A.R. UMBRIA – Sentenza non definitiva 16 gennaio 2014, n. 41 - *Pres.*
LAMBERTI - *Est.* AMOVILLI– M.S., M.G. e M.N. (Avv.G. Fregni) c. Co-
mune di Città della Pieve (Avv. M. Rampini) e ASL n. 2 – Perugia
(Avv.tiG. Marruco e G. Silvestri)

Espropriazione per p.u. – Occupazione illegittima della PA – Contenzioso relativo alle domande risarcitorie da occupazione divenuta *sine titulo* – Giurisdizione esclusiva giudice amministrativo – Sussistenza (art. 133, comma 1, lett. g) c.p.a.)

Espropriazione per p.u. – Occupazione illegittima della PA – Eccezione di intervenuta usucapione – Giurisdizione del giudice amministrativo – Sussistenza (art. 1158 c.c.; art. 8 c.p.a.)

Espropriazione per p.u. – Occupazioni illegittime della P.A. nell’ambito di un procedimento espropriativo protrattasi per oltre un ventennio – Usucapione – Impossibilità (art. 1158 c.c.; Protocollo Addizionale n. 1 alla CEDU)

Espropriazione per p.u. – Occupazione illegittima della PA – Contenzioso – Domanda di risarcimento danni per equivalente – Presupposti (art. 1158 c.c.; art. 42 *bis* 45 del d.p.r. 8 giugno 2001, n. 327 e s.m.i. art. 11, l. 30 agosto 1990, n. 241)

In materia di espropriazione per p.u., la cognizione della domanda di risarcimento dei danni derivanti dall’occupazione di aree private da parte della PA divenuta sine titulo per effetto dell’annullamento o scadenza dell’efficacia della dichiarazione di p.u. è devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (1).

Nell’ambito di un giudizio in materia di espropriazione instaurato dal privato per il risarcimento dei danni subiti per effetto dell’occupazione di aree di sua proprietà divenuta illegittima a seguito della scadenza del termine di efficacia della dichiarazione di p.u., rientrante nella giurisdizione

zione esclusiva del giudice amministrativo, a quest'ultimo spetta sia la cognizione dell'eccezione di intervenuta usucapione delle aree finalizzata a paralizzare l'azione risarcitoria del privato ricorrente (c.d. eccezione riconvenzionale) sia la cognizione della domanda riconvenzionale diretta a ottenere l'accertamento con efficacia di giudicato della medesima (2).

La PA non può usucapire un fondo, oggetto di procedura espropriativa non conclusasi ritualmente, in virtù della mera occupazione dello stesso protrattasi per un periodo di tempo superiore a venti anni. Qualora, infatti, il possesso derivante dalla suddetta occupazione dovesse considerarsi utile ai fini del maturare dell'usucapione, si finirebbe per reintrodurre nel nostro sistema forme di espropriazione indiretta, in contrasto con la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (3).

L'accoglimento della domanda di risarcimento per equivalente dei pregiudizi sofferti dal privato per effetto dell'occupazione da parte della PA di un'area oggetto di procedura espropriativa non ritualmente conclusasi è subordinato all'effettivo trasferimento della proprietà del bene predetto, da perfezionarsi tramite un accordo con il privato (o cessione volontaria) ovvero tramite l'adozione da parte della PA di un provvedimento amministrativo sanante traslativo ai sensi dell'art. 42 bis del D.P.R.n. 327/2000 (4).

(*Omissis*)¹. Espongono gli odierni ricorrenti di essere comproprietari *pro quota* di area sita nel Comune di Città della Pieve (*Omissis*), interessata da procedura espropriativa posta in essere dall'Amministrazione comunale per la realizzazione di opera pubblica (centrale termica, inceneritore e gruppo elettrogeno) come da progetto approvato con del. C.C. n. 40 del 17 marzo 1982.

Precisamente, con ordinanza n.16 del 18 maggio 1982 l'Amministrazione ha disposto l'occupazione dei terreni ed il 16 ottobre 1982 l'immissione in possesso, a cui è seguita la realizzazione dell'opera peraltro diversa (camera ardente) da quella programmata e senza l'emanazione nemmeno tardiva del decreto di esproprio.

Nel frattempo, ai sensi dell'art. 5 del D.lgs. 30 dicembre 1992 n. 502, l'intero patrimonio immobiliare comunale con destinazione sanitaria è stato trasferito all'ASL - 2 di Perugia.

Con il ricorso in epigrafe gli odierni istanti demandano l'accertamento del diritto al risarcimento di tutti i danni patiti a causa della predetta occupazione e dell'intervenuta irreversibile trasformazione del proprio fondo, divenuta illecita a decorrere dalla scadenza del termine di cinque anni dall'immissione in possesso, consistenti nel valore venale

dell'area illecitamente occupata (da aggiornarsi alla data del formale trasferimento della proprietà in favore dell'ASL secondo perizia di parte depositata in giudizio), nel mancato godimento del bene per il periodo di occupazione *sine titulo* ovvero dal 16 ottobre 1982 o in subordine dal 16 ottobre 1987 sino ad oggi, nel pregiudizio non patrimoniale sofferto con richiesta di applicazione in via estensiva o analogica dell'art. 42-bis del D.p.r.327/2001 (dieci per cento del valore venale del bene) o nella diversa misura ritenuta equa.

In via istruttoria chiedono l'espletamento di apposita CTU finalizzata alla stima del valore attuale di mercato dell'area per cui è causa.

Si è costituita l'ASL - 2 di Perugia, rappresentando che in data 18 giugno 1983 è intervenuta dichiarazione di cessione volontaria delle aree oggetto di esproprio da parte dei sig.ri(*Omissis*), cessione poi effettivamente disposta con deliberazione n.88 del 8 luglio 1983 e perfezionatosi con scrittura privata quanto alla sola (*Omissis*) in data 21 settembre 1996. L'Azienda sanitaria pur contestando la quantificazione operata dai ricorrenti, non si oppone alla domanda di condanna avanzata, chiedendo comunque l'accertamento del proprio diritto di rivalsa nei confronti del Comune di Città della Pieve.

Si è costituito il Comune di Città della Pieve, eccependo preliminarmente l'inammissibilità dell'azione risarcitoria, stante l'intervenuto perfezionamento dell'usucapione ventennale del terreno oggetto del decreto di occupazione, dovendosi individuare il *dies a quo* per la decorrenza del termine del possesso utile, ai sensi dell'art. 1158 c.c., nella stessa immissione in possesso (16 ottobre 1982) o, al più tardi, nella scadenza del quinquennio di efficacia dell'occupazione legittima, vale a dire il 17 ottobre 1987. L'intervenuto acquisto del bene a titolo originario per usucapione, stante la tipica retroattività reale, farebbe venir meno qualunque pretesa anche risarcitoria sul bene da parte degli originari proprietari.

Inoltre, la difesa comunale eccepisce in via subordinata:

- l'intervenuta prescrizione del diritto al risarcimento del danno richiesto;

- la riconducibilità del danno, ai sensi dell'art. 1227 c.c., anche al comportamento degli stessi ricorrenti, per non aver colpevolmente voluto concludere l'avviato procedimento per la cessione volontaria;

- l'inammissibilità della richiesta risarcitoria quanto al danno patrimoniale consistente nel valore venale dell'area, risultandone tutt'ora i ricorrenti proprietari, non potendosi riconnettere all'occupazione acquisitiva, per giurisprudenza pacifica, alcun effetto traslativo e potendosi soltanto ammettere una tutela in forma specifica, non chiesta;

- l'erroneità per eccesso della quantificazione del danno operata dal perito nominato dai ricorrenti.

Con successive memorie la difesa dei ricorrenti ha replicato, in particolare:

- il mancato perfezionamento delle avviate trattative per addivenire alla cessione volontaria, per cause ad essi non imputabili, non avrebbe potuto esimere il Comune resistente dall'obbligo di concludere il procedimento espropriativo mediante decreto di esproprio o atto di "acquisizione coattiva sanante" (oggi art. 42-bis t.u. espropriazioni);

- il mancato incameramento di somme di denaro a titolo di acconto dell'indennità dovuta, essendovi prova soltanto dell'emissione di mandati di pagamento;

- l'inammissibilità della domanda riconvenzionale di usucapione, ampliata del *thema decidendum* fissato con il ricorso introduttivo, perché contenuta in memoria non notificata;

- l'infondatezza comunque della domanda riconvenzionale, non essendo invocabile *in subiecta materia* l'istituto di cui all'art. 1158 c.c.; anche a volerne ammettere l'applicabilità, sarebbe risolutiva l'interruzione del termine utile per usucapire derivante dal ripetuto espresso riconoscimento da parte di entrambe le Amministrazioni convenute del diritto di proprietà da parte degli odierni istanti;

- l'ammissibilità della avanzata richiesta risarcitoria quanto al danno patrimoniale consistente nel valore venale dell'area, potendo il g.a. accoglierla subordinatamente all'ordine di adozione da parte dell'Amministrazione del provvedimento sanante di cui all'art. 42-bis t.u. espropriazioni, tanto più in considerazione della manifestazione per *facta concludentia* della volontà di mantenere l'utilizzo dell'area, irreversibilmente trasformata con la realizzazione di opera pubblica utilizzata e rispondente agli interessi della collettività.

Con ulteriore memoria la difesa comunale ha controdedotto sull'eccezione inammissibilità dell'eccezione di intervenuta usucapione, evidenziando di aver sollevato tale questione nell'atto di costituzione in giudizio sia quale vera e propria domanda riconvenzionale con richiesta di sospensione del giudizio ex art. 295 c.p.c. per l'esame della domanda da parte del g.o., sia quale eccezione volta a paralizzare la domanda risarcitoria, su cui sussisterebbe la giurisdizione del g.a. quale questione pregiudiziale su diritti ai sensi dell'art. 8 del cod.proc. amm. al fine di pervenire ad una declaratoria di inammissibilità del ricorso introduttivo per difetto di interesse.

Le parti hanno svolto difese in vista della pubblica udienza del 6 novembre 2013, nella quale la causa è passata in decisione.

2. E' materia del contendere l'azione risarcitoria promossa in solido nei confronti del Comune di Città della Pieve e dell'ASL 2 di Perugia per tutti i danni patrimoniali e non patrimoniali subiti dai ricorrenti in conseguenza dell'occupazione preordinata all'espropriazione effettuata

nel 1982 e mai conclusasi con l'emanazione del decreto di esproprio, pur a fronte della completa realizzazione dell'opera pubblica. Trattasi, pertanto, di domanda di risarcimento da occupazione divenuta *sine titulo*, avendo definitivamente espunto la giurisprudenza gli stessi istituti dell'occupazione acquisitiva ed usurpativa (*ex multis* Consiglio di Stato sez. IV, 15 febbraio 2013, n.914) pacificamente rientrando nella giurisdizione esclusiva del g.a. di cui alla lett. g) comma 1, dell'art. 133 del Codice del processo amministrativo approvato con D.lgs. 2 luglio 2010 n.104. Infatti, è oramai principio consolidato sia nella giurisprudenza amministrativa che della Cassazione, come siano devolute alla giurisdizione amministrativa esclusiva le controversie nelle quali si faccia questione - naturalmente anche ai fini complementari della tutela risarcitoria - di attività di occupazione e trasformazione di un bene conseguenti ad una dichiarazione di pubblica utilità e con essa congruenti, anche se il procedimento all'interno del quale sono state espletate non sia sfociato in un tempestivo atto traslativo ovvero sia caratterizzato dalla presenza di atti poi dichiarati illegittimi (*ex multis* Consiglio Stato Adunanza Plenaria, 30 luglio 2007, n. 9; id. 22 ottobre 2007, n.12; T.A.R. Lombardia Milano 30 marzo 2011, n.854; T.A.R. Sicilia Catania sez. III, 10 febbraio 2011, n.290; Consiglio di Stato sez IV, 28 gennaio 2011, n.676; id. sez V, 2 novembre 2011, n.5844, Cassazione Sezioni Unite, 9 luglio 2009, n.16093). Tale assunto, maturato a seguito delle sentenze della Corte Costituzionale 6 luglio 2004, n.204 e 11 maggio 2006, n.191 (dichiarativa dell'illegittimità costituzionale dell'art 53 comma 1 d.p.r. 327/2001) trova oggi riscontro anche sul piano normativo, in ragione della previsione contenuta nella lett. g) comma 1, dell'art. 133 del Codice del processo amministrativo approvato con d.lgs. 2 luglio 2010 n.104, ai sensi del quale sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo "le controversie aventi ad oggetto gli atti, i provvedimenti, gli accordi e i comportamenti riconducibili, anche mediamente, all'esercizio di un pubblico potere delle pubbliche amministrazioni in materia di espropriazione per pubblica utilità".

Ragion per cui costituisce ormai *ius receptum* l'appartenenza alla giurisdizione del g.a. delle domande di risarcimento di tutti i danni patiti in conseguenza dell'illegittima apprensione di terreni privati (T.A.R. Lombardia - Milano sez II, 30 marzo 2011, n.854; Consiglio di Stato sez V, 2 novembre 2011, n.5844; id. 15 febbraio 2013, n.914) ad eccezione delle sole occupazioni riconducibili a "mere vie di fatto", anche quindi in ipotesi di occupazione originariamente legittima ma divenuta illecita per effetto della perdita di efficacia della dichiarazione di pubblica utilità, circostanza che concreta un illecito di carattere permanente (*ex plurimis* Consiglio di Stato sez VI, 9 giugno 2010, n.3655, id. sez. IV, 21 aprile 2009, n.2420).

2.1. Ciò premesso in punto di giurisdizione quanto alla domanda di condanna formulata con il ricorso introduttivo, deve essere preliminarmente affrontata l'eccezione dell'intervenuta usucapione in favore dell'Amministrazione sull'area per cui è causa, idonea a determinare, se fondata, la definizione del giudizio con sentenza in rito di inammissibilità del ricorso per difetto di interesse (G.G.A.S. 14 gennaio 2013, n.9) a cui è pregiudizialmente sottesa l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata dai ricorrenti.

L'art. 133 comma 1, lett. g) c.p.a. devolve, come detto, alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi ad oggetto gli atti, i provvedimenti, gli accordi ed i comportamenti, riconducibili, anche mediatamente, all'esercizio di un pubblico potere della p.a. in materia di espropriazione per pubblica utilità.

Il giudice amministrativo, inoltre, ex art. 8 c.p.a. può conoscere, seppur solo in via incidentale e senza efficacia di giudicato "tutte le questioni pregiudiziali o incidentali relative a diritti la cui risoluzione sia necessaria per pronunciare sulla questione principale"; pertanto, ai sensi del citato art. 8, il giudice amministrativo ha il potere di pronunciarsi, *incidenter tantum*, soltanto su questioni pregiudiziali, ancorché veicolate in via di eccezione, attinenti a diritti (con esclusione, in ogni caso, dell'incidente di falso e delle questioni sullo stato e capacità delle persone), ai circoscritti fini della soluzione della vertenza ad esso demandata in via principale.

2.2. Ciò premesso, deve essere indagata la possibilità per il giudice amministrativo di esaminare la domanda riconvenzionale e/o l'eccezione (di tipo riconvenzionale) nell'ambito del presente giudizio, come detto avente ad oggetto *principaliter* unicamente la domanda di risarcimento dei danni per equivalente in conseguenza dell'irreversibile trasformazione del fondo in seguito all'occupazione preordinata all'espropriazione effettuata dall'Amministrazione, divenuta illecita a decorrere dalla scadenza della dichiarazione di pubblica utilità, pacificamente rientrante - come anticipato - nella giurisdizione esclusiva del g.a. in quanto comportamento pur sempre riconducibile all'esercizio di un potere autoritativo ovvero alla dichiarazione di pubblica utilità, pur se divenuta inefficace.

Secondo la tesi richiamata dalle stesse parti, ove la questione dell'intervenuta usucapione fosse oggetto di vera e propria domanda riconvenzionale tesa ad accertare con efficacia di giudicato l'intervenuto acquisto a titolo originario della proprietà da parte dell'Amministrazione, incompatibile con l'azione di risarcimento da occupazione *sine titulo*, difetterebbe la giurisdizione del g.a. (G.G.A.S. 14 gennaio 2013, n.9) in favore del g.o. Ove invece l'usucapione venga fatta valere in via di "eccezione riconvenzionale", cioè al solo fine di paralizzare l'azione

risarcitoria senza richiesta di accertamento della sussistenza di tale rapporto e connesso ampliamento del *thema decidendum*, la giurisdizione spetterebbe al g.a. in forza del generale principio di cui all'art. 8 cod.proc. amm.

Corollario non trascurabile di tale cognizione *incidenter tantum* sarebbe sia nell'ipotesi di rigetto che di accoglimento dell'eccezione, la possibilità per la parte soccombente di adire il giudice ordinario ai fini dell'esercizio di azione di rivendica o di accertamento dell'inesistenza del diritto di proprietà in capo all'Amministrazione, con evidenti problematiche in tema di violazione del principio di concentrazione ed effettività della tutela giurisdizionale, a meno di non voler considerare come questione deducibile e quindi coperta dal giudicato amministrativo la mancata rituale deduzione in tal giudizio del perfezionamento dell'usucapione quale fatto impeditivo rispetto al diritto al risarcimento del danno in forma specifica o per equivalente.

2.3. Ritieni il Collegio che in presenza di controversia - quale quella per cui è causa - rimessa alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ed interessata parallelamente da domanda consequenzialmente nascente da pretesa di diritto privato, possa affermarsi, in forza del principio di concentrazione ed effettività della tutela giurisdizionale, la necessità del giudizio unitario da parte del g.a. a prescindere dalla stessa distinzione tra eccezione riconvenzionale e domanda riconvenzionale; a questo proposito va evidenziato come le stesse Sezioni Unite della Cassazione - seppur in modo non univoco e comunque non in riferimento alla materia espropriativa - hanno ritenuto che le norme costituzionali sul giusto processo e sulla sua ragionevole durata (art. 111 Cost.) e sul diritto di difesa (art. 24 Cost.), coordinate con l'art. 103 Cost., escludono la possibilità di scindere il processo in tronconi affidati a giurisdizioni diverse ed impongono il giudizio unitario, di modo che è stata ritenuta prevalente la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e si è rimessa allo stesso anche la decisione sulle domande accessorie su cui avrebbe dovuto pronunciarsi il giudice ordinario (Sez. Un. 28 febbraio 2007, n. 4636; id. e 27 luglio 2005, n. 15660).

Ad ogni modo, il Comune resistente ha indubbiamente introdotto in giudizio il fatto della intervenuta usucapione nella forma della c.d. eccezione di tipo riconvenzionale, al solo fine di paralizzare la domanda risarcitoria *ex adverso* proposta, nel dichiarato presupposto della estraneità della domanda riconvenzionale alla giurisdizione pur esclusiva del g.a., senza chiedere alcun accertamento pieno dell'acquisto a titolo originario dell'area in questione ai sensi dell'art. 1158 c.c.

2.4. Va sul punto evidenziato che la giurisprudenza civile ha da tempo elaborato accanto alla domanda riconvenzionale e all'eccezione, la nozione della c.d. eccezione riconvenzionale, laddove il convenuto pur

chiedendo l'accertamento eventualmente anche costitutivo di un rapporto diverso e più ampio, si prefigge esclusivamente di paralizzare l'azione, con ciò differenziandosi dalla domanda riconvenzionale vera e propria, laddove l'accertamento del rapporto diverso mira ad ottenere qualcosa di più o di diverso (*ex multis* Cassazione 13 novembre 1997, n.11232; id. 17 marzo 1990, n. 2235; id. 20 gennaio 1997, n. 538) e applicando senza esitazioni alle eccezioni riconvenzionali la disciplina processuale propria delle eccezioni (Cassazione civ. sez. III 13 giugno 2013, n. 14852).

2.5. Ne consegue *de plano* la giurisdizione dell'adito T.A.R. ai sensi dell'art. 8 cod.proc. amm. sull'"eccezione riconvenzionale" di usucapione formulata dal Comune resistente e la sua ammissibilità con memoria non notificata.

2.6. Non merita condivisione, infine, l'eccezione dei ricorrenti di difetto di legittimazione del Comune, argomentata dal rilievo per cui sarebbe diretta al riconoscimento dell'acquisto della proprietà dei beni per cui è causa da parte di un ente terzo (appunto l'ASL resistente) per altro disinteressatasi dal rilevarla; ritiene il Collegio assorbente il rilievo per cui l'eccezione di intervenuta usucapione, se accolta, varrebbe a paralizzare la pretesa risarcitoria dei ricorrenti diretta anche nei confronti dell'Amministrazione comunale, il che comporta la piena legittimazione attiva anche sotto questo profilo.

3. Deve dunque essere esaminata la circostanza asseritamente affermata dal Comune in merito all'intervenuto acquisto a titolo originario ex art. 1158 c.c. a decorrere dal 16 ottobre 2012 o dal 17 ottobre 1987 del terreno originariamente appartenuto agli odierni ricorrenti.

3.1. La questione dei rapporti tra l'istituto civilistico dell'usucapione e quello dell'occupazione *sine titulo* e conseguente trasformazione da parte della P.A. di un bene privato e connessi aspetti in tema di tutela restitutoria e risarcitoria, risulta quanto mai delicata, non solo sotto il profilo strettamente civilistico, quanto e soprattutto in riferimento alla compatibilità con l'art. 1 del Protocollo Addizionale della C.E.D.U.

Secondo la prevalente tesi oggi invalsa sia presso la giurisprudenza amministrativa (T.A.R. Lazio Roma sez II *bis*, 2 ottobre 2009, n.9557; T.A.R. Abruzzo, 26 giugno 2008, n.860; T.A.R. Basilicata 2 gennaio 2008, n.4; T.A.R. Sicilia Palermo sez III, 5 luglio 2012, n. 1402; C.G.A.S. 14 gennaio 2013, n. 9; T.A.R. Puglia Lecce sez III, 15 novembre 2013, n.2310) che ordinaria (Cassazione civ. sez I, 4 luglio 2012, n. 11147; id. sez. III, 8 settembre 2008, n.17570) l'usucapione sarebbe pienamente applicabile in favore della PA anche alle occupazioni preordinate alla realizzazione di opere pubbliche laddove vi sia possesso protrattosi ininterrottamente per venti anni, quale "valvola di chiusura del sistema" (T.A.R. Lazio - Roma sez II *bis*, 2 ottobre 2009, n.9557) altrimenti dovendosi riconoscere la perpetuità di azione di *restitutio in integrum* o

risarcitoria da parte del soggetto privato vittima dell'occupazione, fermo restando la problematica della corretta individuazione del momento della "*interversio possessionis*".

Così opinando, il possesso da parte dell'Amministrazione non sarebbe né violento né clandestino (1163 c.c.) e sarebbe pertanto utile ai fini del perfezionamento dell'usucapione, fermo solo restando appunto la necessità di individuare l'*interversio possessionis* che la giurisprudenza identifica, non senza incertezze, nell'immissione in possesso (T.A.R. Abruzzo, 26 giugno 2008, n.860; T.A.R. Basilicata 2 gennaio 2008, n.4) o - più correttamente - nella intervenuta scadenza del periodo di occupazione legittima (T.A.R. Sicilia Palermo sez III, 5 luglio 2012, n. 1402; C.G.A.S. 14 gennaio 2013, n. 9; T.A.R. Puglia Lecce sez III, 15 novembre 2013, n. 2310) oppure ancora alla data di entrata in vigore del d.p.r. 8 giugno 2001 n. 327 (vedi l'isolata ma ampiamente motivata T.A.R. Lazio - Roma sez II bis, 2 ottobre 2009, n.9557).

Secondo invece altra tesi minoritaria, ai fini di una valida "*interversio possessionis*" devono ritenersi insufficienti i meri atti di esercizio del possesso, quali, nel caso dell'apprensione materiale di un terreno edificabile, l'inizio e finanche il compimento di una attività edificatoria (nella specie la realizzazione di una strada pubblica): e ciò, in quanto tali atti non sono specificamente rivolti "contro il possessore" (art. 1141 comma 2 c.c.), giacché, secondo i principi generali, tutto ciò che viene edificato sul suolo accede di diritto alla proprietà di esso (*omne quod inaedificatur solo cedit* - art. 934 c.c.); tali attività non concretano dunque una valida interversione del possesso, ma soltanto una ipotesi di abuso della situazione di vantaggio determinata dalla mera detenzione materiale del bene in forza del decreto di occupazione di urgenza (così T.A.R. Liguria sez. I, 23 novembre 2011, n. 1635; vedi anche T.A.R. Toscana sez I, 22 gennaio 2013, n.84 che nega radicalmente che il possesso *sine titulo* da parte dell'Amministrazione, integrando un illecito permanente, possa dirsi utile ai fini dell'usucapione).

Ciò evidenziato, deve riconoscersi come la Cassazione ritenga l'usucapione di contro invocabile anche in favore del privato, pur essendo pendente innanzi alle Sezioni Unite (Cassazione sez II, ordinanza 28 novembre 2012, n.21121) la questione concernente l'individuazione, anche in tal caso, del momento della interversione del possesso in ipotesi di possesso continuativo da parte del privato sia in epoca anteriore che posteriore all'emanazione del decreto di esproprio, essendo in particolare dubbia l'idoneità o meno del decreto a determinare la perdita dell'"*animus possidendi*"; va inoltre rilevato come l'usucapione sia istituito previsto anche in altri ordinamenti giuridici, seppur con significativi tratti distintivi (vedi art. 900 B.G.B.) e risponda all'interesse generale alla certezza dei rapporti giuridici.

3.2. Ritieni il Collegio in linea di principio assai discutibile la teorizzata usucapibilità di beni illecitamente occupati dall'Amministrazione, non tanto alla luce dell'ampia nozione di violenza del possesso elaborata dalla giurisprudenza (*ex multis* Cassazione civ. sez. II, 7 dicembre 2012, n. 22174) laddove pur si afferma la presunzione di volontà contraria del possessore ove manchi la prova di una manifestazione univoca di consenso, quanto ai fini della assai dubbia compatibilità con l'art. 1 del Protocollo Addizionale della CEDU - la quale risulta non ancora compiutamente affrontata in giurisprudenza - secondo cui "*Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale.*"

La costante giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (seconda sezione, 30 maggio 2000, Belvedere Alberghiera s.r.l. c. Italia, n. 31524/96; terza Sezione, 12 gennaio 2006, Sciarrotta c. Italia, n. 14793/02), ha come noto più volte affermato la non conformità alla Convenzione (in particolare, al citato Protocollo addizionale n. 1) dell'istituto della cosiddetta "espropriazione indiretta o larvata", censurando la possibilità di individuare sistemi di acquisizione diversi da quello consensuale del contratto e da quello autoritativo del procedimento espropriativo ed in particolare ogni fenomeno di creazione pretoria di acquisto della proprietà mediante fatto illecito.

La disciplina sovranazionale contenuta nella C.E.D.U., anche a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (1 dicembre 2009), diversamente dalla Carta di Nizza, pur non avendo assunto forza di diritto comunitario (secondo tesi pur sostenuta, vedi Consiglio di Stato sez IV, 2 marzo 2010, n.1220; T.A.R. Lazio Roma sez II *bis*, 18 maggio 2010, n.11984 che opinano in termini di disapplicazione) bensì di "norma costituzionale interposta" *ex art* 117 c. 1 Cost. (Corte Costituzionale 11 marzo 2011, n.80, id. 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349) impone al giudice l'interpretazione delle norme interne primarie conformemente, ove possibile, alla C.E.D.U. quale parametro di legittimità costituzionale interposto (art. 117 c. 1 Cost.) ed in caso di insanabile contrasto, di sollevare la questione di legittimità costituzionale.

L'apprensione materiale del bene da parte dell'Amministrazione al di fuori di una legittima procedura espropriativa o di un procedimento sanante (art. 42 *bis* d.p.r. 327/2001) se idonea a costituire possesso utile ai fini dell'acquisto per usucapione, rischia allora di reintrodurre nell'ordinamento interno forme di espropriazione indiretta o larvata per giunta "a costo zero" per l'Amministrazione, dal momento che la c.d. retroattività reale dell'usucapione estingue anche ogni pretesa risarcitoria (*ex multis* Cassazione civ. sez III, 8 settembre 2006, n.19294; id.

sez. II 24 febbraio 2009, n.4434; T.A.R. Basilicata 2 gennaio 2008, n. 4; T.A.R. Puglia - Lecce sez I, 8 luglio 2004, n. 4916).

Preme evidenziare come per giurisprudenza consolidata, l'interruzione dell'usucapione può avvenire oltre che con la perdita materiale del possesso soltanto con la proposizione di apposita domanda giudiziale, non essendo all'uopo sufficienti atti di contestazione, diffida o messa in mora (*ex multis* Cassazione civ, 11 giugno 2009, n.13625; id. sez. II, 11 luglio 2011, n. 15199); per giurisprudenza altrettanto pacifica quantomeno sino all'entrata in vigore del d.p.r. 327/2001, inoltre, risultava radicalmente preclusa, da parte della vittima dell'occupazione preordinata all'esproprio, l'azione di *restitutio in integrum*, qualificando l'occupazione acquisitiva più che un mero fatto illecito, una vera e propria "fattispecie ablatoria seppur atipica" (Corte Costituzionale 23 maggio 1995, n. 188, Corte Costituzionale 30 aprile 1999, n.148, Cassazione civile sez I, 6 giugno 2000, n. 7583).

3.3. Tali preclusioni rendono evidente la problematicità dell'estensione *sic et simpliciter* dell'istituto civilistico dell'usucapione alle occupazioni materiali da parte della PA preordinate alla realizzazione di opere pubbliche, potendo esse qualificarsi (specie nel regime antecedente l'entrata in vigore del t.u. espropri) non quali "impedimenti di fatto" ma quali veri e propri "impedimenti legali" all'esercizio del diritto del proprietario di compiere atti interruttivi del possesso utili all'usucapione, e come tale sarebbe giustificata l'applicazione dell'art 2935 c.c. - secondo cui la prescrizione decorre "dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere" - anche all'istituto della usucapione, con conseguente individuazione del *dies a quo* dall'entrata in vigore del d.p.r. 8 giugno 2001 n. 327, il cui art. 43 ha sancito il superamento normativo dell'istituto dell'occupazione acquisitiva (così T.A.R. Lazio - Roma sez II *bis*, 2 ottobre 2009, n. 9557). È chiaro come seguendo quest'ultima opzione, l'usucapione, pur in linea di principio applicabile, sarebbe allo stato attuale di fatto non invocabile, lungi dall'essere maturato il ventennio di possesso ininterrotto richiesto dall'art. 1158 c.c.

3.4. Circostanza dirimente pare al Collegio anche la specialità della disciplina pubblicistica in materia di espropriazione per pubblica utilità e di incisione da parte da parte del potere autoritativo sul diritto di proprietà, con il correlato specifico apparato strumentale di tutela, che mal si concilia rispetto ad un approccio puramente privatistico, presupponente l'intervento dell'Amministrazione sul fondo *iure privatorum* ovvero come semplice soggetto privato. Emblematico è il decisivo superamento da parte del Consiglio di Stato (sez. IV, 3 ottobre 2012, n. 5189) e della stessa Cassazione (sez. I, 23 agosto 2012, n. 14609) dei numerosi tentativi da parte della giurisprudenza amministrativa di prime cure volta a negare o a limitare fortemente la tutela restitutoria

(comunemente riconosciuta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo quale tutela primaria) in ipotesi di occupazione *sine titulo* mediante la pretesa trasposizione degli istituti civilistici di cui agli artt. 940 c.c. (T.A.R. Puglia - Lecce sez I, 24 novembre 2010, n. 2613) 936 c.c. (T.A.R. Campania Napoli sez V, 18 gennaio 2011, n.262) 2058 e 2933 c.c. (T.A.R. Emilia Romagna - Parma 12 luglio 2011, n.245).

3.5. Alla luce delle suesposte considerazioni, si conferma assai opinabile *in subiecta materia* l'operatività dell'istituto dell'usucapione, poiché in base ad una doverosa interpretazione costituzionalmente orientata (art. 117 c. 1 Cost. e art. 1 Prot.Add. C.E.D.U.) pur essendo esso previsto dalla legge e potendo svolgere una funzione di "chiusura del sistema", rischia di tradursi in una forma di acquisto a titolo originario da parte dell'Amministrazione responsabile dell'illecito completamente al di fuori dello strumento consensuale o autoritativo, quale situazione di fatto che integra comunque a pieno titolo - secondo la stessa giurisprudenza della Corte di Strasburgo - un fatto illecito di tipo permanente, che non può mai assurgere a titolo di acquisto della proprietà.

Del resto, va non da ultimo evidenziato come secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (17 maggio 2005, Scordino c. Italia) risultava di dubbia compatibilità con il citato art.1 del Protocollo Addizionale lo stesso istituto di "acquisizione sanante" di cui all'art. 43 del t.u. espropriazioni, in quanto sorgente "dalle ceneri di un illecito", di per sé molto più garantista per la tutela del diritto di proprietà, essendo ivi previsto il pieno ristoro del danno patrimoniale per la perdita del bene pari al valore di mercato.

3.6. Per tutte le suesposte considerazioni sarebbe pertanto rilevante e opportuno ai fini della decisione, il "rinvio pregiudiziale" alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, recentemente introdotto dall'art. 1 del Protocollo n. 16 alla Convenzione E.D.U., approvato dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 10 luglio 2013 ma non ancora entrato in vigore, pur trattandosi - a differenza del rinvio alla Corte di Giustizia di cui all'art. 267 Trattato UE - di parere consultivo non vincolante (art. 5 Protocollo n. 16 alla Convenzione E.D.U.).

3.7. Ad ogni modo, ai fini del presente giudizio può allo stato prescindere dal dirimere compiutamente la questione della compatibilità dell'art. 1158 c.c. con l'art. 1 del Protocollo Addizionale della C.E.D.U., dal momento che l'invocato acquisto a titolo originario dell'area di che trattasi mediante usucapione, eceptito dal Comune, non si è perfezionato.

3.8. Dalla documentazione depositata in giudizio emerge una prolungata trattativa dei ricorrenti da prima con il Comune di Città della Pieve e poi con la subentrata ASL n.2, tesa a definire bonariamente la cessione dell'area oggetto del procedimento espropriativo. Vedasi al ri-

guardo in particolare la nota del 10 settembre 1996 di invito a definire bonariamente la cessione, nonché l'atto del Direttore Generale dell'ASL n.42 del 23 gennaio 2003 avente ad oggetto la proposta di cessione volontaria, atti che tuttavia non hanno prodotto alcun concreto esito, non essendosi mai concretamente perfezionato il contratto ad oggetto pubblico (*ex plurimis* Cassazione sez II, 22 maggio 2009, n.11955; id. sez un., 24 aprile 2007, n.9845) di cessione volontaria. Sul punto, le dichiarazioni di cessione del 18 giugno 1993 e 21 settembre 1996, depositate in giudizio, rimandando l'effetto traslativo a successivi atti, vanno qualificate come negozi preliminari.

Tale espresso ed inequivoco riconoscimento da parte delle Amministrazioni convenute del riconoscimento del diritto di proprietà dei ricorrenti vale ad escludere l'*animus possidendi* da parte del presunto possessore. Infatti, in tema di usucapione - per pacifica giurisprudenza civile da cui il Collegio non ha motivo di discostarsi - ai sensi dell'art. 1165 c.c. in relazione all'art. 2944 c.c., il riconoscimento del diritto altrui da parte del possessore, quale atto incompatibile con la volontà di godere il bene *uti "dominus"*, interrompe il termine utile per l'usucapione (*ex multis* Cassazione civ. sez. II, 29 novembre 2006, n. 25250; id. sez. III, 25 giugno 2013, n.15877; id. sez. II, 10 settembre 2004, n.18207).

3.9. Pertanto, l'eccepita usucapione non può dirsi perfezionata, nemmeno a voler considerare quale *dies a quo* per la decorrenza del possesso utile il giorno di immissione in possesso (16 ottobre 1982), risultando il termine ventennale evidentemente interrotto prima del decorso del ventennio utile.

3.10. Alla stregua delle suesposte considerazioni l'eccezione di usucapione sollevata dal Comune resistente deve essere respinta.

4. Va pertanto affrontata la domanda risarcitoria formulata con il ricorso introduttivo.

4.1. Deve anzitutto respingersi l'eccezione di prescrizione sollevata dal Comune resistente, dal momento che per giurisprudenza del tutto quieta, l'occupazione *sine titulo* da parte dell'Amministrazione di un bene privato, anche in ipotesi di irreversibile trasformazione ovvero di realizzazione dell'opera pubblica, genera un illecito permanente della stessa Amministrazione, non cominciando pertanto a decorrere alcun termine di prescrizione né per l'azione di tutela in forma specifica né per il risarcimento del danno (*ex plurimis* Consiglio di Stato sez. IV, 26 marzo 2013, n.1713; T.A.R. Lazio - Roma sez. II, 2 ottobre 2009, n. 9557).

4.2. Non merita condivisione neppure l'eccezione di inammissibilità sollevata dal Comune quanto alla richiesta risarcitoria del danno patrimoniale consistente nel valore venale dell'area irreversibilmente trasformata.

Secondo la difesa comunale tale voce di danno sarebbe radicalmente

insussistente, risultando tutt'ora i ricorrenti proprietari dell'area in questione, non potendosi riconnettere all'occupazione acquisitiva, per giurisprudenza pacifica, alcun effetto traslativo e potendosi semmai invocare una tutela in forma specifica, tuttavia non richiesta.

Costituisce oramai *ius receptum* come l'occupazione *sine titulo*, anche se accompagnata dalla irreversibile trasformazione del fondo, sia fatto materiale non idoneo a determinare l'effetto traslativo della proprietà del bene occupato, esito non consentito dall'art 1 del Protocollo Addizionale CEDU, come costantemente interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (*ex multis* seconda sezione, 30 maggio 2000, Belvedere Alberghiera s.r.l. c. Italia, n. 31524/96; terza Sezione, 12 gennaio 2006, Sciarrotta c. Italia, n. 14793/02) dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (29 aprile 2005, n.2) e da ultimo dalla stessa Cassazione (sez. II 14 gennaio 2013, n.705); è pacifico pertanto come anche nel caso di specie gli odierni istanti abbiano sempre sino ad oggi mantenuto la proprietà dell'area oggetto del procedimento espropriativo, pur avendone perduto la concreta disponibilità ed ogni utilizzo e sfruttamento economico.

4.3. Anche in merito alla questione circa la possibilità di giungere ad una condanna puramente risarcitoria nei confronti dell'Amministrazione, indipendentemente dall'avvenuto trasferimento della proprietà in suo favore, si registrano orientamenti giurisprudenziali non univoci.

Infatti secondo una prima tesi, in sintesi, la domanda di risarcimento in forma generica implicherebbe una forma di rinuncia abdicativa del diritto di proprietà, con effetto altresì traslativo in favore dell'ente pubblico che ha illecitamente occupato l'area (Consiglio di Stato, sez. IV, 30 novembre 2010, n.8363, id. sez. IV, 27 novembre 2008 n. 5854, C. G.A.S. 25 maggio 2009, n. 486; Cassazione Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26732).

Secondo altra tesi, l'opzione del proprietario per la tutela risarcitoria pari al valore del bene occupato in luogo di quella restitutoria sarebbe qualificabile come disponibilità alla cessione del bene, che incontrerebbe la volontà della stessa Amministrazione per *facta concludentia* mediante l'intervenuta realizzazione dell'opera pubblica, potendo il g.a. condannare l'Amministrazione che occupa il bene ad adottare il provvedimento pur discrezionale di acquisizione di cui all'art. 42 *bis* del t.u. espropriazioni, facendo leva sul potere conferitogli dall'art. 34 c. 1 lett. c) cod. proc. amm. (così T.A.R. Puglia - Bari sez II, 3 agosto 2012, n.1575).

Altra tesi ancora, invece, muovendo dall'esigenza di conformità alla disciplina CEDU, incompatibile con qualsivoglia forma di espropriazione indiretta (situazione che si verificherebbe oltre che nell'ipotesi di occupazione acquisitiva, anche nel caso di mera rinuncia) non ha condiviso il suesposto opinamento, ritenendo indispensabile al fine del prodursi dell'effetto traslativo, il ricorso da parte della PA all'apposito rimedio

eccezionale di cui all'art. 43 del t. u. in materia espropriativa (*ex multis* T.A.R. Campania Napoli, sez. V, 4 giugno 2009, n. 3074, Consiglio di Stato sez IV, 28 gennaio 2011, n.676, T.A.R. Emilia-Romagna Parma 12 luglio 2011, n.245).

Va infine rammentato, per completezza, che ulteriore opzione interpretativa, muovendo dal mantenimento in capo al soggetto danneggiato dall'occupazione *sine titulo* del diritto di proprietà sino all'emanazione del provvedimento di cui all'art 43 t.u., ha ritenuto non ammissibile l'azione risarcitoria con riferimento al valore venale del bene appreso dall'Amministrazione, potendo il danneggiato comunque agire per la restituzione (T.A.R. Puglia Bari, sez. III, 22 settembre 2008, n.2176, id. sez. I 9 settembre 2009, n.2065; id. sez. II, 9 aprile 2013, n.522; T.A.R. Liguria sez. I, 5 novembre 2012, n.1373). La difesa comunale prospetta chiaramente l'adesione a tale ultima tesi.

In seguito alla dichiarazione di incostituzionalità dell'art 43 d.p.r. n. 327 del 2001 (Corte Cost. sent. 8 ottobre 2010, n.293) la necessità del preventivo trasferimento della proprietà in favore dell'Amministrazione è stata invero intesa come manifestazione di volontà inequivoca del proprietario interessato, da effettuarsi esclusivamente negli ordinari strumenti civilistici della compravendita immobiliare ovvero dell'accordo ex art. 11 l.241/90 e s.m. o ancora nella cessione volontaria di cui all'art. 45 del d.p.r. 327/2001 (T.A.R. Lazio Roma sez II *quater*; 14 aprile 2011, n.3260; Consiglio di Stato sez IV, 28 gennaio 2011, n.676) quale vera e propria condizione legale della domanda risarcitoria per equivalente.

La tesi della rinuncia abdicativa, presta il fianco a diverse obiezioni, che il Collegio reputa non superabili, anche sotto il profilo strettamente civilistico, in disparte i descritti decisivi punti di contrasto con la disciplina CEDU.

In primo luogo, ai sensi dell'art 1350 c.c. gli atti negoziali ad effetti reali su beni immobili debbono avere, a pena di nullità, forma scritta; il comma 1, 5) vi ricomprende gli atti unilaterali di rinuncia, il che esclude *tout court* la configurabilità di una rinuncia abdicativa per fatti conclusivi (Cassazione civ. sez. II 10 giugno 2003, n.9262) in linea di principio possibile, per i negozi a forma libera, purché sussistano comportamenti univoci (*ex multis* Cassazione civ. sez. I, 4 maggio 2009, n. 10218).

In secondo luogo, la rinuncia abdicativa, oltre all'effetto liberatorio dell'originario proprietario, non ha di norma effetto traslativo salvo i casi in cui tale effetto sia espressamente previsto (art 1070 c.c. in tema di abbandono c.d. liberatorio del fondo servente, art 1104 c.c. sulla rinuncia della quota di comproprietà nella comunione dei beni); ma anche volendosi ammettere la produzione di effetto traslativo, in ipotesi applicando l'art 827 c.c. in tema di proprietà statale dei beni immobili vacanti, non è dato comprendere come l'asserito trasferimento possa

avvenire in favore dell'Amministrazione che illecitamente occupa il bene, in luogo dello Stato.

Infine, la tesi della rinuncia abdicativa tacita pare porsi ancor più in contrasto con lo stesso principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato di cui all'art 112 c.p.c. (T.A.R. Lazio - Roma sez II *quater*, 14 aprile 2011, n., 3260) limitandosi l'attore ad avanzare una domanda di risarcimento del danno per equivalente. Senza poi dimenticare le conseguenti questioni in tema di trascrizione di tale asserita vicenda traslativa, in relazione al noto principio di tipicità della trascrizione che *ex art 2643 c.c.* caratterizza il nostro ordinamento (Cassazione civile, sez. I, 12 novembre 1997, n. 11180; *id.* III 12 dicembre 2003, n. 19058).

Quanto invece alla descritta tesi che condiziona l'ammissibilità della domanda (alla stregua di vera e propria atipica *condicio iuris* o presupposto processuale) al preventivo formale negozio traslativo (o all'adozione di provvedimento di acquisizione coattiva di cui all'art. 42- bis del D.p.r.327/2001) anche in questo caso, invero, sono emerse alcune criticità, trattandosi di una limitazione al diritto di risarcimento del danno da fatto illecito non prevista dalla legge, senza contare che (anche in questo caso) non pare scorgersi una sicura coincidenza con il contenuto della domanda attorea, limitato al risarcimento del danno per equivalente, e non già anche alla conclusione di un accordo ad effetti reali.

Quanto infine alla tesi che nega radicalmente il rimedio risarcitorio per equivalente per il danno consistente nella perdita del valore del bene illecitamente occupato - pur condivisibile nelle premesse e nella centralità della tutela restitutoria - pecca, a giudizio del Collegio, nella radicale negazione del fondamentale diritto di scelta *ex art 2058 c.c.* spettante al danneggiato, tra risarcimento in forma specifica e risarcimento per equivalente (Consiglio di Stato sez V, 7 aprile 2009 n.2144, *id.*, sez. IV, 13 gennaio 2010, n.92, T.A.R. Puglia Bari sez III, 2 dicembre 2010, n.4057) sempre che la *restitutio in integrum* possa qualificarsi come rimedio risarcitorio (in senso contrario, condivisibilmente, T.A.R. Lombardia - Milano 5 aprile 2011, n.880; Cassazione sez I, 23 agosto 2012, n.14609).

Conseguenza del tutto illogica di questa impostazione e' inoltre l'evidente pregiudizio per l'interesse pubblico al mantenimento dell'opera pubblica realizzata, dovendosi procedere alla restituzione previa riduzione in pristino anche laddove il proprietario opti per la sola tutela risarcitoria per equivalente, salva naturalmente la possibilità per l'Amministrazione di giungere al medesimo risultato ovvero all'acquisto oneroso consensuale od autoritativo nell'ambito dell'ulteriore giudizio restitutorio. Ulteriore aspetto problematico, infine, è dato dall'ipotizzabile conflitto con la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, la quale pur individuando nella restituzione la forma

migliore di riparazione, ammette il risarcimento per equivalente non solo in ipotesi di impossibilità della *restitutio in integrum* ma anche, più semplicemente, ove il privato non l'abbia richiesta (Corte EDU Grande Chambre, 22 dicembre 2009. *Guiso Gallisay c. Italia*; id. 23 ottobre 2012; id. 4 agosto 1996 *Zubani c. Italia*).

4.4. Alla luce delle suesposte considerazioni, ritiene il Collegio preferibile la tesi (*rectius* le tesi) che subordinano la soddisfazione del risarcimento per equivalente alla necessità di un "preventivo passaggio intermedio" (accordo o provvedimento sanante traslativo), in quanto soddisfa la necessità di formazione di un titolo idoneo al trasferimento della proprietà, e ciò anche alla luce dello *ius superveniens* costituito dal recente art 34 del D.L. 6 luglio 2011 convertito in L.15 luglio 2011 n.181.

La nuova norma, che novella il vigente t.u. espropriazioni mediante l'inserimento dell'art 42-*bis*, e che è dichiarata espressamente applicabile ai fatti anteriori alla sua entrata in vigore (comma 8), contempla, come condizione legittimante, la corresponsione di "indennizzo" sotto il duplice profilo: a) del pregiudizio patrimoniale da determinarsi in misura corrispondente al valore venale; b) di quello non patrimoniale, forfetariamente liquidato nella misura del dieci per cento del valore venale, con disposizione del tutto innovativa rispetto al pregresso art 43 t.u. ma che affonda le sue radici nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (22 dicembre 2009 *Guiso-Gallisay/Italia*). Ai sensi del c. 4, il provvedimento notificato al proprietario comporta il passaggio del diritto di proprietà sotto condizione sospensiva del pagamento delle predette somme a titolo di indennizzo.

4.5. Rimane pertanto anche nell'attuale mutato contesto - per altro in gran parte riproduttivo della sanatoria seppur atipica contenuta nel precedente art 43 t.u. - la necessità di un passaggio intermedio, necessario e logicamente precedente il momento risarcitorio, consistente nell'assegnazione di un termine all'Amministrazione perché definisca (in via negoziale o autoritativa *ex art. 42-bis* citato) la sorte della titolarità del bene illecitamente appreso, cui segue, ma in posizione inevitabilmente subordinata e condizionata, la condanna risarcitoria, secondo il criterio esaustivo previsto dallo stesso art. 42-*bis* (o dalla transazione e dal prezzo della compravendita, in caso di esito negoziale paritetico), che sia ammissibile a risarcimento (secondo i noti canoni di causalità immediata e diretta rispetto all'illecita apprensione), ivi inclusa la parte concernente i danni riflessi ed indiretti alla parte reliquata della proprietà privata.

5. Sulla base di tali premesse - impregiudicata l'esigenza di detrarre dal risarcimento spettante le somme eventualmente ricevute in pagamento dai ricorrenti a titolo di indennità provvisoria di esproprio - al

fine di poter vagliare compiutamente la domanda risarcitoria in riferimento a tutte le voci di danno richieste, occorre stabilire allo stato attuale il corrente valore venale dell'area di proprietà dei ricorrenti, non essendovi all'uopo accordo tra le parti, stimando la perizia di parte ricorrente un valore complessivo di 96.960,00 euro a fronte della stima dell'Agenzia del Territorio depositata dall'ASL di 72.720,00 euro (euro 18,00/mq.)

Il Collegio ritiene indispensabile al fine del decidere, disporre verifica- zione e, per l'effetto, ai sensi dell'art. 66 c. p. a. stabilire quanto segue:

a) alla verifica- zione provvederà (*Omissis*), nel rispetto del contraddittorio tra le parti;

b) i quesiti a cui il verificatore dovrà rispondere, letti gli atti di causa, sono i seguenti:

b.1) l'esatta consistenza, estensione e valore di mercato attuale delle aree occupate e trasformate, come descritte negli atti di causa, se del caso previa consultazione dei pubblici registri immobiliari;

c) la verifica- zione avrà luogo entro il termine di 60 giorni, decorrente dalla comunicazione e/o notificazione della presente ordinanza;

d) la relazione conclusiva sarà depositata entro medesimo il termine presso la Segreteria di questo Tribunale;

e) fissa un anticipo sul compenso spettante all'organismo verifi- catore, nella misura di 1.000,00 euro, provvisoriamente a carico dei ricorrenti;

f) autorizza il verificatore a ricercare la documentazione necessaria all'adempimento dell'incarico presso le Amministrazioni competenti, le quali saranno obbligate a fornirne gratuitamente copia ove richiesto;

6. Per i suesposti motivi, riservandosi ogni valutazione in rito ed in merito all'esito della disposta verifica- zione, deve essere respinta l'ecce- zione di usucapione e disposta verifica- zione con le suesposte modalità e termini.

Rinvia la trattazione della presente causa alla pubblica udienza del 30 aprile 2014.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima) non definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, respinge l'eccezione di usucapione indicata in parte motiva e, riservata ogni ulteriore decisione in rito, nel merito e sulle spese, ordina che sia eseguita verifica- zione nei modi e nei termini di cui in motivazione.

Fissa per il prosieguo l'udienza di discussione del merito (*Omissis*).

(1-4) Il giudice amministrativo umbro mette in discussione il diritto della PA di usucapire i beni oggetto di espropri non ritualmente conclusi

SOMMARIO: 1. *Premesse. Metodo e finalità dell'indagine.* – 2. *Cenni sull'usucapione della p.a. e sugli effetti derivanti dalla sua applicazione alle procedure espropriative irrivalmente concluse.* – 3. *L'espropriazione per p.u. In particolare, il momento patologico.* – 4. *Usucapione ed espropriazione: profili di diritto processuale.* – 5. *Usucapione e espropriazione: profili di diritto sostanziale.* – 6. *Conclusioni.*

1. Con la sentenza in rassegna, il TAR Umbria, intervenendo nel dibattito giurisprudenziale relativo all'applicabilità dell'istituto dell'usucapione in materia di espropriazione, si conferma organo giurisdizionale sensibile alle istanze di tutela del diritto di proprietà del privato nei confronti dell'Amministrazione.

In particolare, il giudice amministrativo umbro, sulla base di un'interpretazione orientata al rispetto dei principi elaborati dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (la "Corte EDU") in tale materia, fornisce un'interessante chiave di lettura per il superamento della prevalente giurisprudenza che riconosce alla PA la possibilità di acquisire per usucapione la proprietà del bene del privato, occupato in assenza di uno dei titoli ammessi dal d.p.r. 8 giugno 2001, n. 327e s.m.i. "*Testo unico sulle espropriazioni per pubblica utilità*" ("TUES").

La pronuncia prende le mosse dalla domanda avanzata da alcuni privati per l'ottenimento del risarcimento dei danni subiti per effetto dell'occupazione preordinata all'esproprio di alcune aree di loro proprietà divenuta illegittima a seguito della scadenza del termine di efficacia della dichiarazione di pubblica utilità, risalente al 1982.

Nell'ambito di tale giudizio, il resistente Comune espropriante - il quale peraltro aveva ceduto la disponibilità delle aree alla locale ASL - eccepeva innanzitutto che il ricorso avversario doveva essere rigettato in quanto l'Amministrazione aveva nel frattempo usucapito le aree e pertanto ne aveva acquisito la proprietà a titolo originario.

Sotto altro profilo, invece, il Comune eccepeva la prescrizione del diritto del privato al risarcimento del danno.

A fronte delle deduzioni dell'Amministrazione, i ricorrenti chiedevano *in primis* il rigetto dell'eccezione di usucapione in quanto la PA aveva a più riprese riconosciuto per fatti concludenti il loro diritto di proprietà, in ogni caso interrompendo il termine utile *ad usucapionem*.

Sotto altro profilo, essi insistevano per l'accoglimento della loro domanda di risarcimento, anche subordinatamente al perfezionamento di un atto di trasferimento della proprietà delle aree stesse.

Le parti, in ogni caso, non concordavano sull'entità del valore delle

aree posto alla base del calcolo del risarcimento del danno per equivalente operato dalla ricorrente e contestato dall'Amministrazione.

Il giudice perugino, avanzando i forti dubbi sulla compatibilità dell'istituto dell'istituto civilistico dell'usucapione con i principi elaborati dalla Corte EDU in materia di espropriazione, ha condiviso la tesi dei ricorrenti e ha quindi rigettato l'eccezione di intervenuta usucapione delle aree, rilevando che l'Amministrazione, nell'invitare nel gennaio 2003 i proprietari a sottoscrivere un atto di cessione volontaria, aveva in ogni caso interrotto il termine utile per l'usucapione mediante il riconoscimento del possesso dei proprietari e quindi con un atto incompatibile con la volontà di godere del bene *uti dominus*.

Poi ha precisato che l'occupazione *sine titulo* di un bene privato, anche se oggetto di irreversibile trasformazione da parte dell'Amministrazione costituisce un illecito permanente della PA che cessa solo con il termine dell'occupazione illegittima. Di conseguenza, il permanere di quest'ultima non fa decorrere il termine di prescrizione dell'azione di tutela in forma specifica o per il risarcimento del danno.

Sotto altro profilo, anticipando il contenuto della decisione finale, il Collegio ha rilevato che in ogni caso la domanda risarcitoria dei ricorrenti poteva essere accolta soltanto a seguito dell'effettivo trasferimento della proprietà delle aree in capo alla PA secondo gli ordinari strumenti negoziali ovvero per effetto dell'adozione del provvedimento di acquisizione sanante previsto dall'art. 42 *bis* del TUES.

Alla luce di tali considerazioni, il TAR Umbria con sentenza non definitiva ha rigettato le eccezioni formulate dalla PA e, rilevate le contestazioni in merito al valore delle aree da porre alla base del calcolo del risarcimento del danno, ha disposto la verifica ai sensi dell'art. 66 c.p.a.

Al di là della decisione del caso concreto, comunque, la sentenza risulta particolarmente interessante per il contributo apportato al dibattito relativo all'applicabilità dell'usucapione alla materia dell'espropriazione per p.u. e, in particolare, per le lucide osservazioni che mettono in crisi il consolidato orientamento giurisprudenziale che risolve in senso positivo la questione. Altrettanto accattivanti risultano i passi della pronuncia nei quali il giudice amministrativo umbro si preoccupa di individuare, o più correttamente, di ampliare i confini della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di espropriazione.

Appare quindi utile approfittare degli spunti offerti dal TAR Umbria per tentare, senza alcuna pretesa di esaustività, di ricostruire il contesto giuridico entro il quale la sentenza si inserisce e svolgere qualche considerazione sulla possibile evoluzione dei rapporti tra usucapione e espropriazione.

Il punto di partenza di tale indagine non può prescindere da una breve ricostruzione della disciplina dell' "usucapione pubblica"⁽¹⁾ (intesa in senso

⁽¹⁾ Tra le monografie sul tema, si segnala DI BIASE, *L'usucapione pubblica e vicende dei beni occupati*, Napoli, 2012.

puramente descrittivo quale usucapione che vede come soggetto beneficiario la PA) e del momento patologico del procedimento di espropriazione per p.u., dalle quali si passerà ad un esame delle relazioni incrociate esistenti tra i due istituti.⁽²⁾

2. L'usucapione è una modalità di acquisto della proprietà o di altro diritto reale diritto di godimento per effetto del possesso continuato e non viziato di un bene altrui per il periodo di tempo prestabilito dalla legge.⁽³⁾

La *ratio* di tale istituto è rinvenibile nell'esigenza di garantire la certezza del diritto e, in particolare, delle situazioni dominicali. Con esso, infatti, il legislatore ha voluto convertire una situazione di fatto consolidata nel tempo, caratterizzata dal possesso continuato su un bene inteso quale comportamento univocamente corrispondente all'esercizio del diritto di proprietà o di altro diritto reale in una situazione giuridica piena e definita, certa e stabile⁽⁴⁾.

Secondo autorevole dottrina, possono usucapire⁽⁵⁾ anche le persone giuridiche pubbliche, le quali, come noto, sono titolari di tutti i poteri privatistici propri delle persone giuridiche ad eccezione di quelli esclusi dalla legge.⁽⁶⁾ Ne consegue che l'usucapione si verifica a favore dei soggetti pubblici quando i propri organi esercitano continuativamente il possesso *ad usucapionem* del bene per il periodo di tempo indicato dalla legge.⁽⁷⁾ In applicazione di tali principi, la giurisprudenza ha affermato che la PA può usucapire il bene del privato quando, nell'erronea convinzione che fosse un

⁽²⁾ Esula dall'oggetto della presente indagine l'analisi dei profili relativi alla quantificazione dell'indennizzo del danno o dovuto al privato per effetto dell'occupazione, fattispecie che per l'ampiezza delle problematiche coinvolte non possono essere trattate in questa sede. Per un approfondimento sul tema, si rinvia *ex multis* a TARANTINO, *La disciplina dell'indennità di esproprio tra diritto nazionale e diritto europeo*, in *Urb.app.*, 2011, 3030 e alla copiosa bibliografia ivi citata.

⁽³⁾ RUPERTO, voce *Usucapione (diritto vigente)*, in *Enc. Dir.*, Vol. XLV, Milano, 1992, 1037. Per un approfondimento sull'usucapione, si rinvia a VIGLIONE, *Proprietà e usucapione: antichi e nuovi paradigmi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 9, 464 e PATTI, *Perdita del diritto a seguito di usucapione e indennità (alla luce della Convenzione dei diritti dell'uomo)* in *Riv. dir. civ.*, 2009, 6, 663. Tra gli studi monografici, si segnalano POLA, *L'usucapione*, Padova, 2006; GALATI, *Dell'usucapione*, Milano, 2013 e DE GIORGI, *L'usucapione. Aspetti sostanziali e profili processuali controversi*, Milano, 2013.

⁽⁴⁾ RUPERTO, voce *Usucapione (diritto vigente)*, 1026. Sui requisiti del possesso *ad usucapionem*, si rinvia a SACCO, voce *Possesso (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, Vol. XXXIV, Milano, 1985, 505.

⁽⁵⁾ *Id.*, voce *Possesso (dir. priv.)*, 564; POLA, *L'usucapione*, cit., 31 ss.

⁽⁶⁾ CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2008, 396; CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, 2006, 563.

⁽⁷⁾ Cfr. LORO, *L'usucapione pubblica*, in *Espropri online*, 2009, I, 75.

bene demaniale, ne abbia disposto la concessione in uso a terzi per oltre un ventennio. Secondo tale interpretazione, infatti, mentre l'errata supposizione di demanialità non incide sulla volontà della PA di gestire *uti domina* il bene, la concessione in uso a terzi e l'esazione del relativo canone, costituiscono un modo di disposizione del bene stesso e valgono ad integrare una situazione possessoria in capo alla PA.⁽⁸⁾

In tale quadro, si tratta di vedere se l'usucapione pubblica sia un istituto compatibile con l'espropriazione per p.u., la cui disciplina è necessariamente condizionata dal rispetto delle tutele garantite alla proprietà privata dall'art. 1 del Primo Protocollo Addizionale alla CEDU. Come noto, tale disposizione inserisce il diritto di proprietà tra i diritti fondamentali dell'uomo e subordina la legittimità dell'intervento autoritativo dei pubblici poteri sulla proprietà privata al necessario rispetto del principio di legalità.⁽⁹⁾

In questa sede interessa in particolare analizzare la compatibilità dell'usucapione con l'occupazione e la conseguente trasformazione irreversibile dell'area di proprietà di un privato in assenza di un valido titolo espropriativo, perchè mancante *ab origine* ovvero annullato.

La questione risulta rilevante ove si considerino le conseguenze patrimoniali che ne derivano al privato.⁽¹⁰⁾ Difatti, ammettendosi tale compatibilità, l'intervenuta usucapione consente alla PA di acquisire con effetto retroattivo la proprietà delle aree illegittimamente occupate e, pertanto, secondo la giurisprudenza dominante⁽¹¹⁾, si esclude la possibilità per il privato di ottenere il risarcimento del danno patrimoniale ovvero di un indennizzo di pari ammontare.

Qualora invece si escluda l'operare dell'usucapione in considerazione della specialità della materia espropriativa, contraddistinta dell'esercizio di poteri autoritativi da parte della PA per finalità di interesse generale, la disciplina dominicale delle aree resta assoggettata al rispetto delle previsioni del D.P.R.327/2001 e, nel caso specifico di situazioni conseguenti ad

⁽⁸⁾ Cass., sez. II, 23 novembre 2001, n. 14917, in *Riv. giur. edil.*, 2002, I, 586 ss.; nello stesso senso Cass., sez. II, 11 marzo 1992, n. 2913, in *Giust. civ.*, 1992, I, 1972 ss.

⁽⁹⁾ Secondo l'art. 1, primo periodo, del Protocollo Addizionale n. 1 alla CEDU "Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale".

⁽¹⁰⁾ Cfr. GALLO, *Usucapione della P.A. e prospettive di tutela del privato*. Nota a Cons.Gius. Amm. Sic., 14 gennaio 2013, n. 9, in *Foro amm. C.d.S.*, 2013, 3575.

⁽¹¹⁾ Cfr. *ex multis* Cass., sez. un., 19 ottobre 2011, n. 20138, in *Urb. app.*, 2011, 11, 1310, con commento di DE MARZO, *Occupazione illegittima, costituzione di servitù e usucapione*; Cass., sez. II, 24 febbraio 2009, n. 4434, in *Dir. giur.agr. amb.*, 2010, I, 37, con nota di CIMELLARO, TAMBURINI, *Tra gli espropri (e asservimenti) legittimi e quelli illegittimi tertium datur: l'usucapione*.

occupazioni in assenza di valido titolo, dell'art. 42bis. In tale evenienza il privato ha diritto all'indennità di occupazione - se l'occupazione è legittima - o il risarcimento dei danni - se l'occupazione è illegittima - o addirittura entrambi - quando l'occupazione, legittima *ab origine*, diviene illegittima in un secondo momento.

3. Come noto, l'espropriazione per p.u. è lo strumento che consente all'Amministrazione (o al privato al quale vengono attribuiti per legge o per delega poteri espropriativi) di acquisire la proprietà di beni immobili altrui ovvero di altri diritti reali relativi a beni immobili, quali ad esempio una servitù, per la realizzazione di un'opera pubblica o di pubblica utilità⁽¹²⁾ ⁽¹³⁾.

In considerazione della rilevanza costituzionale della proprietà privata, la quale secondo l'art. 42 Cost. può essere espropriata solo per motivi di interesse generale "*nei casi previsti dalla legge e salvo indennizzo*", l'esercizio del potere ablatorio da parte dell'Amministrazione è condizionato dal necessario rispetto – almeno in linea teorica – delle regole dettate dal legislatore per garantire la corretta ed equilibrata contemperazione dei interessi pubblici e privati coinvolti⁽¹⁴⁾.

Attualmente, le regole che disciplinano il procedimento che conduce all'espropriazione della proprietà privata per la realizzazione di opere di

⁽¹²⁾ Sulla nozione di opera di p.u. e sulla distinzione con l'opera pubblica, si rinvia *ex multis* a MIRABELLI CENTURIONE, *Lineamenti dell'espropriazione per p.u.*, Milano, 1992, 39 ss. e soprattutto a ROEHRSEN, voce *Lavori Pubblici*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, XIII, 3 ss., il quale evidenzia che esse si caratterizzano per essere entrambe opere di carattere immobiliare in grado di soddisfare un interesse generale e si distinguono soltanto sotto il profilo soggettivo: la titolarità delle opere pubbliche spetta soltanto ai soggetti di diritto pubblico, mentre quella delle opere di p.u. è riservata ai privati. In senso contrario, cfr. PALLOTTINO, voce *Opere e lavori pubblici*, in *Dig. disc. pub.*, Torino, 1995, X, 344, il quale rileva che la differenza tra le due tipologie di opere risiede nelle diverse finalità che le contraddistinguono.

⁽¹³⁾ Per una disamina dell'istituto della procedura di espropriazione per p.u., e della sua evoluzione storica, si rinvia a *ex multis* a CERISANO, *La procedura di espropriazione per pubblica utilità*, Padova, 2013; CARINGELLA, DE MARZO, DE NICTOLIS, MARUOTTI, *L'espropriazione per pubblica utilità*, Milano, 2007; LIBERATI, *Le espropriazioni e gli altri procedimenti ablatori*, Padova, 2008; CENTOFANTI, *L'espropriazione per pubblica utilità*, Milano, 2009, 596; RUSCICA (a cura di), *L'espropriazione per pubblica utilità*, Milano, 2012 nonché BURGO, MORELLI, *L'acquisizione e l'utilizzo di immobili da parte della PA. Espropriazione per pubblica utilità e strumenti alternativi*, Milano, 2012. Per un'interessante lettura dell'istituto in chiave comparativa, cfr. M.L. MADDALENA, *La disciplina della espropriazione per pubblica utilità nei principali paesi europei, alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, con particolare riferimento alla questione della c.d. espropriazione di fatto*, in *Riv. it. dir. pubbl.com.*, fasc. 2, 1B.

⁽¹⁴⁾ Per un'accurata descrizione degli aspetti procedurali della procedura espropriativa disciplinati dal TUES, si rinvia a CERISANO, *La procedura di espropriazione per pubblica utilità*, cit., 38 ss.

pubblica utilità e alla loro occupazione sono contenute nel TUES.⁽¹⁵⁾

Volendo individuare i principali passaggi della procedura ordinaria di esproprio disegnata dal TUES, che riproduce essenzialmente il tradizionale schema utilizzato dal legislatore italiano sin dall'adozione della l. 25 giugno 1865, n. 2359, occorre anzitutto precisare che essa prende avvio con l'apposizione di un vincolo preordinato all'esproprio su di un'area privata per la realizzazione di un'opera di p.u. per effetto delle previsioni dello strumento urbanistico generale (o di una variante) o dell'approvazione del progetto preliminare o definitivo dell'opera stessa.

Segue la dichiarazione di p.u. dell'opera da realizzare, la quale deve intervenire nei cinque anni successivi. La mancata adozione di una dichiarazione di p.u. entro il predetto termine comporta la decadenza del vincolo, fatta salva la possibilità per la PA di reiterare motivatamente il vincolo stesso.⁽¹⁶⁾

A seguito della dichiarazione di p.u., l'Amministrazione, previa corresponsione di un indennizzo al privato, acquisisce la proprietà degli immobili privati tramite l'adozione di un provvedimento amministrativo che ne decreta l'esproprio. In alternativa, il trasferimento della proprietà privata in capo all'autorità espropriante consegue ad un atto di cessione volontaria del bene da parte del privato oppure ad un accordo tra le parti. In ogni caso, il trasferimento della proprietà privata deve necessariamente avvenire nel termine di cinque anni dalla dichiarazione di p.u. o nel diverso termine in essa indicato. Al trasferimento della proprietà, di norma, segue l'immissione in possesso del bene da parte della PA.

In deroga a tale regola generale, tuttavia, l'art. 22 *bis* del TUES, introdotto dall'art. 1 del d. lgs. 27 dicembre 2002, n. 302, prevede che, qualora ricorrano motivi di particolare urgenza, l'autorità espropriante possa adottare un decreto di occupazione d'urgenza ed essere immessa nel possesso dell'immobile del privato prima dell'adozione del decreto di esproprio.⁽¹⁷⁾

⁽¹⁵⁾ Per un commento sull'art. 42 Cost., si rinvia a RODOTÀ, *Commento all'art. 42*, in BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione Rapporti Economici*, Vol. II, Roma, 1982, 69 ss. e a MACARIO, *Commento all'art. 42*, in BIFULCO, *Commentario alla Costituzione*, Vol. I, Torino, 2006, 864 ss. Tra gli studi monografici sulla tutela costituzionale del diritto di proprietà, si rinvia a MANGIAMELLI, *La proprietà privata nella Costituzione*, Catania, 1986.

⁽¹⁶⁾ Cfr. Cons. St., ad. plen., 24 maggio 2005, n. 7, in *Riv. giur. edil.*, 2007, 6, I, 1542. Per una più puntuale individuazione dei requisiti elaborati dalla giurisprudenza ai fini della legittimità della reiterazione del vincolo, si rinvia *ex multis* a BURGO, MORELLI, *L'acquisizione e l'utilizzo di immobili da parte della PA. Espropriazione per pubblica utilità e strumenti alternativi*, cit., 29 ss.

⁽¹⁷⁾ Per un'approfondita disamina dell'istituto dell'occupazione d'urgenza preordinata all'esproprio, si rinvia a MARUOTTI, *Commento all'art. 22-bis*, in CARINGELLA, DE MARZO, DE NICTOLIS, MARUOTTI, *L'espropriazione per pubblica utilità*, cit., 385 ss.; CONTI, *Il nuovo volto del T.U. espropriazione dopo il D.lgs. n. 302/2002*, in *Urb. e app.*, 2003, 253; CENTOFANTI, *L'espropriazione per pubblica utilità*, Milano, 2009, 596. Meritano altresì una segnalazione le lucide osservazioni e l'accurata

L'efficacia del decreto di occupazione d'urgenza, peraltro, è condizionata dall'esistenza di una dichiarazione di p.u. valida ed efficace⁽¹⁸⁾ e dalla determinazione provvisoria dell'indennità di esproprio, fermo restando, come si è visto, che l'occupazione d'urgenza comporta l'obbligo per l'Amministrazione di corrispondere al privato le relative indennità.⁽¹⁹⁾

L'istituto dell'occupazione preordinata all'esproprio, peraltro, era presente nell'ordinamento italiano ben prima dell'adozione del TUES, se si considera che già l'art. 71 della richiamata l. n. 2359/1879, come modificato dalla l. 18 dicembre 1879, n. 5188, consentiva al prefetto di adottare un decreto di occupazione d'urgenza delle aree dove dovevano essere realizzate opere pubbliche dichiarate indifferibili ed urgenti dal Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici.⁽²⁰⁾

I requisiti previsti dal citato art. 71 della l. n. 2359/1879, tuttavia, vennero interpretati in maniera estensiva dalle Amministrazioni interessate a realizzare celermente opere di p.u. e, nella prassi, l'immissione nel possesso dell'immobile avveniva subito dopo la dichiarazione di pubblica utilità, senza attendere il decreto d'esproprio.⁽²¹⁾

La prassi richiamata ha tuttavia determinato il proliferare di occupazioni della proprietà privata in assenza di un decreto di esproprio o un atto di cessione (consensuale o volontario) prolungatesi per ben oltre il termine di efficacia della dichiarazione di p.u. e quindi illegittime. Accanto ad esse, frequenti sono state le ipotesi nelle quali le Autorità esproprianti hanno occupato fondi privati in assenza di una dichiarazione dip.u. perché annullata (o revocata) o addirittura mancante *ab origine*. Nel corso di tali occupazioni illegittime, di norma, l'aspetto e lo stato dei fondi vengono irreversibilmente mutati per effetto dell'edificazione di manufatti edilizi da parte della PA.

La diffusione del fenomeno stata talmente rilevante da indurre la dottrina a sostenere, condivisibilmente, che le occupazioni *sine titulo* da eccezione siano diventate la regola dell'azione amministrativa quando si tratta di espropriazioni per p.u.⁽²²⁾

ricostruzione storica dell'evoluzione dell'istituto svolte da TAGLIENTI, *Occupazione d'urgenza preordinata all'esproprio*, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁽¹⁸⁾ ID., *Occupazione d'urgenza preordinata all'esproprio*, cit.

⁽¹⁹⁾ MARUOTTI, *Commento all'art. 22-bis*, cit., 403.

⁽²⁰⁾ TAGLIENTI, *Occupazione d'urgenza preordinata all'esproprio*, evidenzia che con l'art. 39 del R.D. 8 febbraio 1923 n. 422 (relativo alle norme per l'esecuzione delle opere pubbliche) fu previsto poi che "le opere pubbliche dello Stato, delle Province, dei Comuni e dei Consorzi anche se eseguite mediante concessione, e quelle che interessano enti morali legalmente riconosciuti, possono essere dichiarate, con decreto del Ministro dei Lavori Pubblici, urgenti ed indifferibili agli effetti degli artt. 71 e seguenti della legge 25 giugno 1865 n. 2359, modificata dalla legge 18 dicembre 1879 n. 5188".

⁽²¹⁾ MARUOTTI, *Commento all'art. 22-bis*, cit., 399.

⁽²²⁾ Cfr. PIERONI, *La c.d. espropriazione indiretta tra CEDU e ordinamento interno*, in CASSETTI (a cura di), *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, Napoli, 2012, 268.

In tale quadro, il giudice italiano, costretto a misurarsi con occupazioni di aree private finalizzate all'espropriazione per p.u. non ritualmente conclusesi e mosso dall'esigenza di garantire la certezza dei rapporti giuridici, ha elaborato in via pretoria dei meccanismi di trasferimento in capo alla PA della proprietà delle aree private da essa illegittimamente occupate.

Con la nota sentenza n. 1464 del 1983, le Sezioni Unite della Cassazione, infatti, nel sovvertire il principio civilistico dell'accessione previsto dagli artt. 935 e ss. del c.c., ha elaborato l'istituto dell'occupazione acquisitiva o appropriativa che consentiva alla PA, in ragione dell'irreversibile trasformazione di un fondo occupato in vista della realizzazione di un'opera pubblica a seguito di una valida dichiarazione di p.u., di acquisire a titolo originario la proprietà delle aree ed estingueva contestualmente il diritto di proprietà del privato.⁽²³⁾

Per effetto dell'operare dell'istituto dell'occupazione acquisitiva, pertanto, la proprietà delle aree passava alla PA ed il privato non poteva più chiederne la restituzione, ma al più il risarcimento del danno entro il termine prescrizionale di cinque anni dall'avvenuta trasformazione irreversibile del fondo.⁽²⁴⁾

La giurisprudenza, peraltro, evidenziava come detto fenomeno acquisitivo operasse solo in presenza di una valida dichiarazione della p.u. dell'opera realizzata dalla P.A., mentre non operava nelle ipotesi di c.d. occupazione usurpativa, la quale si caratterizzava per l'assenza originaria o per il successivo annullamento di una dichiarazione di p.u. integrando un comportamento di mero fatto.⁽²⁵⁾

In tali casi si aveva carenza di potere (espropriativo) e l'occupazione usurpativa integrava gli estremi di un illecito permanente, di tal che al privato era sempre riconosciuta la possibilità di avanzare una domanda di restituzione del bene, oltre a quella risarcitoria.⁽²⁶⁾

Il meccanismo dell'occupazione acquisitiva, elaborato dalla giurisprudenza nazionale per sanare le illegittimità poste in essere dalla PA in sede

⁽²³⁾ Cass., sez. un., 26 febbraio 1983, n. 1464, in *Foro It.*, 1983, 626 ss. Per un'accurata ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale e normativa di tale istituto, anche alla luce delle pronunce della Corte EDU, si rinvia a PIERONI, cit., *La c.d. espropriazione indiretta tra CEDU e ordinamento interno*, 268 e MIRATE, voce *Occupazione (dir. amministrativo)*, in *Dig. disc.pubb.*, Agg., Torino, 2008, 523 ss. In materia, cfr. anche SCOCA, *Modalità di espropriazione e "rispetto" dei beni (immobili) privati*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2006, 319 e CONTI, *Occupazione acquisitiva. Tutela della proprietà e diritti umani*, Milano, 2006.

⁽²⁴⁾ Cfr. MIRATE, voce *Occupazione (dir. amministrativo)*, cit., 525.

⁽²⁵⁾ Cfr. Cass., sez. un. 10 giugno 1988, n. 3940, in *Foro it.*, 1993, 405, ss.; Cass., sez. un., 4 marzo 1997, n. 1907, in *Giust. civ.*, 1997, I, 1237.

⁽²⁶⁾ Cfr. BURGO, MORELLI, *Modalità di espropriazione e "rispetto" dei beni (immobili) privati*, cit., 233.

di espropriazione, non ha però ricevuto l'avallo della Corte EDU, la quale ha infatti a più riprese evidenziato l'incompatibilità dell'istituto con le previsioni della CEDU e in particolare con l'art. 1 del Primo Protocollo Addizionale della convenzione. In particolare, la Corte EDU ha rilevato che il comportamento illegittimo o illegale della PA, in quanto "non previsto da legge chiara, precisa e dagli effetti prevedibili", non poteva avere l'effetto di produrre in capo all'Amministrazione l'acquisto del diritto di proprietà; l'occupazione acquisitiva integrava invece gli estremi di un'espropriazione larvata o indiretta in contrasto con la CEDU.⁽²⁷⁾

Al fine di porre rimedio alle critiche mosse dalla Corte EDU, il legislatore italiano è intervenuto dettando una disciplina specificata dei casi di occupazione della PA effettuate in assenza di un valido titolo, contemplata dall'art. 43 del TUES.⁽²⁸⁾

Tale norma, rinominata sinteticamente come disciplina della c.d. "acquisizione coattiva sanante", consentiva alla PA di acquisire al proprio patrimonio indisponibile le aree del privato occupate e irreversibilmente trasformate in assenza di un decreto di esproprio o della dichiarazione di p.u., anche a seguito di loro annullamento, mediante l'adozione di un provvedimento

⁽²⁷⁾ Cfr. *ex multis* Corte EDU, sez. II, 30 maggio 2000, *Belvedere Alberghiera S.r.l. c. Italia*, in *Urb. app.*, 2001, 287 ss., con nota di BENIGNI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo boccia l'occupazione appropriativa*; Corte EDU, sez. II, 30 maggio 2000, *Carbonara e Ventura c. Italia*, in *Corr. giur.*, con nota di BULTRINI, CARBONE, *Occupazione appropriativa: l'intervento dirimpente della Corte europea dei diritti dell'uomo*; Corte EDU, sez. III, 12 gennaio 2006, *Sciarrotta c. Italia*, in *Giur. it.*, 2006, 1045 ss. Per un approfondimento dottrinale in materia, il rinvio è d'obbligo allo studio di SCOCA, TARULLO, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e l'accessione invertita: verso nuovi scenari*, in *Riv. amm. rep. it.*, 445 ss. Per un'approfondita disamina sul rango della CEDU nell'ordinamento interno e sull'efficacia delle sentenze della Corte EDU, con specifico riferimento al tema oggetto della presente indagine, si rinvia a BELFIORE, *L'espropriazione tra Costituzione e Cedu*, in BIN, BRUNELLI, PUGIOTTO, VERONESI (a cura di), *All'incrocio tra Costituzione e CEDU*, Padova, 2007; GAMBARO, *Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno in tema di diritto di proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 115 ss. e RAMACCIONI, *La tutela multilivello del diritto di proprietà: il caso dell'acquisizione sanante. Da Locke a Renner... e ritorno*. Relazione al Convegno su *Diritto civile e principi costituzionali europei ed italiani*, Perugia, 25-26 marzo 2011, consultabile all'indirizzo www.principi-ue.unipg.it.

⁽²⁸⁾ L'art. 43 del TUES ha introdotto nel nostro ordinamento l'istituto dell'"utilizzo senza titolo di un bene per pubblica utilità" o "acquisizione coattiva sanante" mediante il quale la p.a. che ha utilizzato un immobile per scopi di interesse pubblico ma senza concludere il procedimento di esproprio potesse adottare un provvedimento amministrativo di acquisizione al proprio patrimonio indisponibile previa valutazione del danno (oppure nel corso di un giudizio). Per un commento all'art. 43 del TUES, si rinvia a DE MARZO, *Commento all'art. 43*, in CARINGELLA, DE MARZO, DE NICTOLIS, MARUOTTI (a cura di) cit., 945 ss. e a MACCARI, *Dall'occupazione acquisitiva all'acquisizione sanante*, in *Urb. app.*, 2010, 220 ss.

di acquisizione del bene stesso. In tali casi, al privato veniva riconosciuto esclusivamente il diritto di ottenere il risarcimento del danno.

Anche l'acquisizione coattiva sanante, però, disegnata dal legislatore per disciplinare le fattispecie di utilizzo di un immobile da parte della PA *sine titulo* non ha ottenuto valutazioni positive da parte della Corte EDU; i giudici di Strasburgo, infatti, hanno evidenziato che esso consisteva di fatto nel recepimento in via normativa del meccanismo dell'acquisizione acquisitiva anch'esso in contrasto con la convenzione. ⁽²⁹⁾

Infine, l'art. 43 TUES è stato definitivamente espunto dall'ordinamento italiano dalla Corte Costituzionale, la quale con la sentenza n. 293 del 2010 ne ha dichiarato l'incostituzionalità per eccesso di delega. ⁽³⁰⁾ L'adozione di una pronuncia "formale" da parte della Consulta non ha comunque impedito alla stessa di avanzare negli *obiter dicta* della sentenza valutazioni negative sulla compatibilità dell'istituto con la giurisprudenza della Corte EDU in materia di espropriazione. ⁽³¹⁾ Secondo la Corte Costituzionale, infatti, le finalità dell'istituto dell'acquisizione sanante, volto a sanare, appunto, un'attività illecita della PA e a consentire il trasferimento della proprietà mediante la rimozione con efficacia *ex nunc* dell'illecito aquiliano commesso dall'Amministrazione stessa, si poneva in contrasto con i principi elaborati dalla Corte EDU in quanto anche in tal caso l'effetto traslativo era riconducibile ad un illecito della PA e pertanto veniva reiterata la prassi della c.d. espropriazione indiretta.

Per colmare il vuoto normativo creatosi a seguito della dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 43, il legislatore è nuovamente intervenuto in materia con l'art. 34 della l. 15 luglio 2011, n. 111, il quale ha novellato il corpo del TUES mediante l'introduzione dell'art. 42bis.

Tale norma, espressamente applicabile anche a fattispecie antecedenti alla sua entrata in vigore, prevede che la PA possa acquisire con efficacia espressamente non retroattiva al proprio patrimonio non disponibile un bene utilizzato per scopi di interessi pubblico e modificato in assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo di p.u., a fronte

⁽²⁹⁾ Cfr. *ex multis* Corte EDU, sez. III, 12 gennaio 2006, *Sciarrotta c. Italia*, cit.; Corte EDU, sez. IV, 6 marzo 2007, *Scordino c. Italia*, in *Urb. app.*, 2007, 695 ss., con nota di CONTI, *Scordino 3: un colpo mortale tremendo alle casse dello Stato*; Corte EDU, sez. III, 21 dicembre 2006, *De Angelis c. Italia*, in *Urb. app.*, 2005, 1395 ss. Le osservazioni della Corte EDU in materia sono condivise in dottrina da SCOCA, *Modalità di espropriazione e "rispetto" dei beni (immobili) privati*, cit., 536.

⁽³⁰⁾ Corte Cost., 8 ottobre 2010, n. 293, in *Urb. app.*, 2011, 56, con nota di MIRATE, *L'acquisizione sanante è incostituzionale. La Consulta censura l'eccesso di delega*, in *Urb. e app.*, 2001, 56. Per un'attenta analisi della sentenza della Consulta e dei suoi effetti, si rinvia a GOGGIAMANI, *Limiti scritti e non scritti all'art. 43 del testo unico 327 del 2001*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2005, 1675 ss. Sul punto, vedi anche *ex multis* PIERONI, *Il de profundis della acquisizione coattiva 'sanante'... sarà vera fine?*, in *www.federalismi.it*, n. 23/2010.

⁽³¹⁾ Cfr. ID., *La c.d. espropriazione indiretta tra CEDU e ordinamento interno*, 274.

del versamento di un indennizzo al proprietario a ristoro dei pregiudizi patrimoniali e non patrimoniali subiti.⁽³²⁾

La dottrina ha tuttavia rilevato che, al di là di alcune innovazioni introdotte dal legislatore per vestire di liceità l'azione della PA, quale la sostituzione del diritto al risarcimento dei danni subiti dal privato con il diritto ad un indennizzo, l'art. 42 *bis* riproduce sostanzialmente il vecchio istituto dell'acquisizione coattiva sanante e pertanto si porrebbe anch'esso in contrasto con le norme della CEDU.⁽³³⁾

Peraltro, al pari del previgente art. 43, l'art. 42 *bis* del TUES troverebbe di fatto applicazione anche con riferimento alle occupazioni usurpative, determinando un'inammissibile estensione del potere della PA di acquisire la proprietà di beni trasformati o semplicemente modificati da un intervento privo *ab origine* di un valido titolo espropriativo.

Sul punto occorre rilevare che la giurisprudenza amministrativa, in linea con gli arresti della Corte EDU⁽³⁴⁾, è ormai costante nel ritenere che la distinzione tra occupazione acquisitiva e occupazione usurpativa sia venuta meno, in quanto in entrambe le ipotesi il comportamento della PA integra un illecito permanente.⁽³⁵⁾

La qualificazione dell'occupazione acquisitiva in termini di illecito, tuttavia, non è pacifica per la giurisprudenza di legittimità.

La Cassazione, infatti, era costante nel ritenere che la trasformazione irreversibile di un'area per la realizzazione di un'opera pubblica non conclusasi ritualmente costituiva comunque titolo per l'acquisizione del bene al patrimonio indisponibile della stessa, con conseguente esclusione del

⁽³²⁾ L'art. 42 *bis* TUES subordina il perfezionamento della procedura espropriativa e quindi l'efficacia del trasferimento del diritto di proprietà - di natura negoziale o autoritativa - al versamento di un "indennizzo" finalizzato a ristorare i privati espropriandi) del pregiudizio patrimoniale sofferto, corrispondente al valore venale delle aree illegittimamente apprese, e *ii*) del pregiudizio non patrimoniale, forfettariamente determinato nel 10% del valore venale delle aree. Per un'approfondita disamina della norma, si rinvia alle lucide osservazioni di CONTI, *L'acquisizione coattiva sanante resuscitata: l'art. 42 bis Testo unico espropriazione*, in *Urb. app.*, 2012, 733 ss., nonché a FOLLIERI, *La disciplina amministrativa dell'occupazione del suolo senza seguire le regole ordinarie dell'espropriazione, con particolare riferimento all'art. 42-bis t.u.e.p.u.*, in *Riv. giur. edil.*, 2013, 4, 193.

⁽³³⁾ Cfr. *ex multis* ID., *L'acquisizione coattiva sanante resuscitata*, cit., 735 e PIERONI, *La c.d. espropriazione indiretta tra CEDU e ordinamento interno*, cit., 278.

⁽³⁴⁾ Cfr. *ex multis* Corte EDU, sez. IV, 15 novembre 2005, *Dominici c. Italia*, la quale precisa che, tanto nell'ipotesi di espropriazione appropriativa quanto nell'ipotesi di espropriazione acquisitiva, l'espropriazione così configurata tende a ratificare una situazione di fatto derivante dalle azioni illegali poste in essere dall'Amministrazione e consente a quest'ultima di trarre beneficio dal proprio comportamento illegale.

⁽³⁵⁾ Cfr. *ex multis* Cons. St., sez. II, 4 settembre 2013, n. 445, in *Riv. giur. edil.*, 2013, 6, I, 1075 e TAR Calabria, Catanzaro, sez. II, 13 marzo 2014, n. 424, in *Foro amm. T.A.R.*, 2014, 3, 996.

carattere illecito dell'agire della PA.⁽³⁶⁾

Di recente, tuttavia, la Suprema Corte ha affermato che in tutte le ipotesi in cui la dichiarazione di p.u. sia mancante o carente dei termini o sia annullata oppure il decreto di esproprio non sia emesso o venga annullato, l'occupazione e la manipolazione del bene immobile di un privato da parte della PA si configurano come un illecito ovvero comportamento "mero" insuscettibile di determinare il trasferimento della proprietà in suo favore.⁽³⁷⁾

4. A questo punto, dopo aver ricostruito, in maniera assai sintetica, la disciplina dell'usucapione e del momento patologico dell'espropriazione, nelle pagine che seguono verrà esaminato il contesto giuridico entro il quale la sentenza del TAR Umbria deve essere inquadrata e, in particolare, le principali pronunce rese dalla giurisprudenza in ordine all'applicabilità dell'usucapione alle ipotesi di occupazioni di aree private da parte dell'Amministrazione con trasformazione irreversibile delle stesse divenute illegittime per effetto della mancata conclusione del procedimento ablatorio secondo le regole individuate dal legislatore.

Prima, però, appare utile svolgere qualche considerazione in merito ai profili processuali analizzati dalla sentenza in rassegna, con particolare riferimento alla sussistenza della giurisdizione esclusiva del g.a. sulla domanda di risarcimento del danno avanzato dal privato vittima di un'occupazione *sine titulo* della PA e sull'eccezione (o domanda riconvenzionale) proposta dalla PA nell'ambito del giudizio con lo scopo di accertare l'intervenuta usucapione delle aree e provocare la dichiarazione di inammissibilità del ricorso avversario.

Ora, la giurisprudenza ritiene che la PA non possa dichiarare unilateralmente dichiarare l'intervenuto acquisto della proprietà dei fondi illegittimamente occupati, per effetto del maturare del termine utile *ad usucapionem*: l'acquisto della proprietà di beni immobili da parte della PA per intervenuta usucapione deve essere necessariamente stabilito, dichiarato ed accertato da una pronuncia giudiziale.⁽³⁸⁾

Nella prassi, tuttavia, l'Amministrazione non agisce direttamente per ottenere il predetto accertamento. Accade quindi frequentemente che il privato si rivolga al giudice amministrativo per ottenere il risarcimento dei danni patiti a causa della mancata rituale conclusione della procedura espropriativa e la PA chieda il rigetto della domanda avversaria in ragione dell'intervenuta usucapione dell'area illegittimamente occupata.

⁽³⁶⁾ Cass., sez. I, 7 marzo 2008, n. 6195, in *Foro amm. C.d.S.*, 2008, 722; Cass., sez. II, 16 gennaio 2007, n. 869, in *Foro amm. C.d.S.*, 2007, 4, 1126.

⁽³⁷⁾ Cass., sez. I, 28 gennaio 2013, n. 1804, in *Giust. civ. mass.*, 2013.

⁽³⁸⁾ Cfr. *ex multis* TAR Abruzzo, 21 marzo 2011, n. 107 in *www.giustizia-amministrativa.it*, nonché T.A.R. Piemonte, Torino, sez. II, 16 settembre 2013, n. 1025, *ivi*.

In tali casi, la prima questione da analizzare riguarda, anzitutto, la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo sulle controversie in materia di risarcimento del danno derivante da occupazioni *sine titulo*.

In proposito, le Sezioni Unite della Cassazione, prima dell'entrata in vigore del c.p.a., avevano disegnato un sistema di riparto che riconosceva al g.a. la cognizione in sede di giurisdizione esclusiva delle controversie derivanti da c.d. occupazioni appropriate, ove quindi la trasformazione del bene avviene sotto l'efficacia di una dichiarazione di p.u., mentre attribuisce al g.o. le controversie connesse ad occupazioni usurpative, nelle quali invece la dichiarazione di p.u. manca *ab origine* o a seguito della perdita di efficacia della stessa⁽³⁹⁾.

Di diverso avviso, tuttavia, risulta la giurisprudenza del Consiglio di Stato, la quale, anche di recente, ha evidenziato che la giurisdizione esclusiva del g.a. si estende anche alle occupazioni divenute illegittime per effetto dell'annullamento della dichiarazione di p.u.⁽⁴⁰⁾

Come precisa il TAR Umbria con la sentenza a margine, possono escludersi dalla giurisdizione del g.a. solo le domande risarcitorie connesse ad occupazioni riconducibili a "mere vie di fatto", le quali prescindono, anche mediamente, dall'esercizio di poteri autoritativi.⁽⁴¹⁾

La seconda questione rilevante sotto il profilo processuale riguarda invece la possibilità per il g.a. di esaminare l'eccezione ovvero la domanda riconvenzionale diretta ad accertare l'intervenuta usucapione a favore della PA nell'ambito di un giudizio risarcitorio in materia di occupazione *sine titulo*.

In termini generali, occorre precisare che l'accertamento con efficacia di giudicato del possesso ventennale ininterrotto necessario per l'usucapione, facendo applicazione dei canonici criteri di riparto di giurisdizione, spetterebbe al g.o. Tuttavia, l'art. 8 del c.p.a. riconosce al g.a. il potere di

⁽³⁹⁾ Cass., sez. un., 9 luglio 2009, n. 16093, in *Riv. giur. edil.*, 2010, 1, I, 142; nello stesso senso, vedi *ex multis* Cass, sez. un., 20 dicembre 2006, n. 27192, in *Foro amm. C.d.s.*, 2007, 3, 819.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. Cons. St., sez. V, 2 novembre 2011, n. 5844, in *www.giustizia-amministrativa.it* e Cons. St., sez. IV, 15 febbraio 2013, n. 914, in *Riv. giur. edil.*, 2013, I, 100 ss. In termini generali, occorre evidenziare che, secondo costante giurisprudenza, per effetto del combinato disposto dell'art. 7, comma 1, e dell'art. 133, comma 1, lett. g) sono devolute alla cognizione del giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva tutte le controversie aventi ad oggetto gli atti, i provvedimenti, gli accordi e i comportamenti, riconducibili, anche mediamente, all'esercizio di poteri autoritativi della PA in materia di espropriazione (Cfr. *ex multis* Cons. St., sez. VI, 4 aprile 2011, n. 2113 in *Riv. giur. edil.*, 2011, 4, I, 1042, nonché le recenti sentenze Cons. Gius. Amm. Sic., 14 gennaio 2013, n. 9, cit., e TAR Puglia, Lecce, sez. III, 19 giugno 2013, n. 1423, in *Danno e resp.*, 2013, 903, con nota di GIOIA, *Domanda di risarcimento del danno e usucapione*).

⁽⁴¹⁾ Cfr. Cons. St., sez. V, 2 novembre 2011, n. 5844, cit.; Cons. St., sez. IV, 9 giugno 2010, n. 3655, in *Riv. giur. edil.*, 2010, 5, I, 1633 ss.

conoscere, seppure in via incidentale e senza efficacia di giudicato, tutte le questioni pregiudiziali relative a diritti la cui risoluzione sia necessaria per pronunciarsi sulla questione principale.

In tale quadro, l'intervenuta usucapione può essere astrattamente fatta valere in giudizio dalla PA convenuta nella forma dell'eccezione processuale ovvero nella forma della domanda riconvenzionale.

Nel primo caso, infatti, la PA chiede al giudice di accertare incidentalmente l'acquisto delle aree a titolo originario con il fine esclusivo di paralizzare l'azione avversaria.

Nella seconda fattispecie, invece, al giudice viene demandato anche l'accertamento con efficacia di giudicato dell'intervenuta usucapione a danno del privato proprietario delle aree.

Ebbene, il giudice amministrativo è costante nell'attribuire a se stesso la possibilità di esaminare, nell'ambito di un giudizio per il risarcimento dei danni derivanti da un'occupazione *sine titulo*, l'eccezione di tipo c.d. riconvenzionale finalizzata alla dichiarazione di intervenuta usucapione delle aree che, se accolta, conduce alla definizione del ricorso avversario con sentenza di inammissibilità per difetto di interesse.⁽⁴²⁾

Al contrario, secondo una recente pronuncia del Consiglio della Giustizia Amministrativa per la Sicilia, non isolata, la richiesta della PA resistente di accertamento dell'intervenuta usucapione delle aree proposta sotto forma di domanda riconvenzionale esulerebbe dalla giurisdizione del g.a.⁽⁴³⁾

Tale affermazione prende le mosse dal pacifico orientamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, secondo cui, con riferimento al caso di domande e cause tra di loro connesse, ma soggette a giurisdizioni diverse (del giudice ordinario e del giudice amministrativo), la connessione non costituisce uno strumento in grado di derogare alle regole sulla giurisdizione. Anche in tali fattispecie opererebbe, infatti, il meccanismo di riparto che attribuisce ciascuna delle cause contraddistinte da diversità di *petitum* al giudice che ha il potere di conoscerle, secondo una valutazione da effettuarsi sulla base della domanda.⁽⁴⁴⁾

⁽⁴²⁾ Cfr. *ex multis* le recenti Cons. Gius. Amm. Sic., 14 gennaio 2013, n. 9, cit; TAR Sicilia, Catania, sez. III, in *Foro Amm. T.A.R.*, 2013, 111, 3577; TAR Puglia, Lecce, sez. III, 15 novembre 2011, n. 2310, in *Riv. giur. edil.*, 2014, 174 nonché T.A.R. Sicilia Palermo sez. III, 27 gennaio 2014, n. 333, in *Giur. it.*, 2014, 5, 1192, con nota di FOSFORO, *L'usucapione di immobile occupato dalla pubblica amministrazione*, e in *www.lexitalia.it*, 2014, n. 2, con nota di PELUSO, *L'usucapione pubblica*, nella quale viene affermato l'ammissibilità dell'usucapione con riferimento ad aree occupate sulla base di un decreto d'occupazione d'urgenza annullato dal giudice amministrativo.

⁽⁴³⁾ Cons. Gius. Amm. Sic., 14 gennaio 2013, n. 9, cit. Nello stesso senso, TAR Puglia, Lecce, sez. III, 19 giugno 2013, n. 1423, cit. e Cons. St., 3 luglio 2014, sez. IV, n. 3346 in *www.lexitalia.it*.

⁽⁴⁴⁾ Cass., sez. un., 7 giugno 2012, n. 9185, in *www.lexitalia.it*.

Il TAR Umbria, tuttavia, con la sentenza in rassegna si pone su posizioni differenti e afferma la giurisdizione del g.a. anche sulla domanda riconvenzionale volta a far accertare con efficacia di giudicato l'intervenuta usucapione pubblica.

Tale affermazione trova fondamento nei principi esposti dalle Sezioni Unite con specifico riferimento all'ipotesi di controversia rimessa alla giurisdizione esclusiva del g.a. e interessata da una connessa domanda di diritto privato, nell'ambito della quale le esigenze di trattazione unitaria del giudizio derivanti dall'applicazione delle norme costituzionali sul giusto processo e sulla sua ragionevole durata e sul diritto di difesa, coordinate con l'art. 103 Cost., escludono la possibilità di scindere il processo in tronconi affidati a giurisdizioni diverse, con la conseguenza che in tali casi al g.a. è rimessa anche la decisione sulle domande accessorie su cui avrebbe dovuto invece decidere il g.o.⁽⁴⁵⁾ Secondo il TAR Umbria tali principi troverebbero applicazione anche ai giudizi in materia di espropriazione, in quanto devoluti alla giurisdizione esclusiva del g.a.

5. Una volta analizzati i profili processuali sollevati dalla sentenza in rassegna, si tratta ora di esaminare quali sono gli orientamenti espressi dalla giurisprudenza in merito alla compatibilità dell'istituto dell'usucapione con la disciplina dell'espropriazione per p.u. e, più precisamente, in relazione a fattispecie caratterizzate da illegittime occupazioni preordinate all'esproprio di fondi privati da parte della PA.

Sul punto, occorre innanzitutto evidenziare che giurisprudenza della Suprema Corte è unanime nell'affermare l'applicabilità dell'istituto dell'usucapione alle procedure espropriative non conclusesi secondo le modalità previste dal TUES. L'occupazione di aree private protrattasi per oltre un ventennio in assenza di un valido titolo espropriativo, perché mancante *ab origine* o annullato, infatti, consente alla PA di acquisire a titolo originario le aree stesse.⁽⁴⁶⁾

⁽⁴⁵⁾ Cass., sez. un., 28 febbraio 2007, n. 4636, in *Urb. app.*, 2007, 584; Cass., sez. un., 18 luglio 2008, n. 19805, *ibidem*, 2008, 1140 nonché Cass., sez. un., 24 giugno 2009, n. 14805, *ibidem*, 2009, 1307, con nota di LAMBERTI, *Il giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva ha "maggiori poteri" del giudice ordinario*.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. Cass., sez. II, 18 giugno 1996, n. 5606, in *Giust. civ. mass.* 1996, 878; Cass., sez. un., 19 ottobre 2011, n. 21575, in *Giust. civ. mass.*, 2011, 10, 1474, nonché da ultimo Cass., sez. I, 4 luglio 2012, n. 11147, in *Giust. civ. mass.*, 2012, 7-8, 878, la quale ha affermato l'operatività dell'usucapione in riferimento all'occupazione di un'area privata sulla base di un decreto di occupazione d'urgenza preordinate poi revocato dall'autorità espropriante inquadrata in termini di occupazione usurpativa. Occorre comunque segnalare che, coerentemente, Cass., sez. II, 14 novembre 2013, n. 25594, in *Urb. app.*, 2014, 1,45, con nota di PAGANI, *Decreto espropriativo non seguito da immissione in possesso e usucapione da parte dell'espropriato*, ha di recente affermato che l'usucapione opera anche a favore del privato espropriato qualora egli rimanga per oltre un ventennio nel possesso dell'immobile oggetto di decreto d'esproprio cui non segua l'immissione in possesso del bene da parte della PA.

In tali casi, pertanto, la possibilità per la PA di un acquisto postumo del diritto di proprietà con un provvedimento avente efficacia sanante risulterebbe logicamente incompatibile con il già intervenuto acquisto del bene.⁽⁴⁷⁾

In linea con la giurisprudenza della Corte di Cassazione, anche la prevalente giurisprudenza amministrativa ammette l'operatività dell'istituto dell'usucapione a favore della PA con riferimento a beni immobili oggetto di procedure espropriative non ritualmente concluse in quanto in tali ipotesi l'usucapione svolgerebbe la funzione di "valvola di chiusura del sistema".⁽⁴⁸⁾

Secondo tale orientamento, esigenze di certezza dei rapporti giuridici prevarrebbero sulla normativa speciale in materia di espropriazione: senza l'operare dell'usucapione, il privato potrebbe richiedere in ogni tempo la *restitutio in integrum* delle aree oggetto di occupazione illegittima e il risarcimento del danno.⁽⁴⁹⁾

Tale affermazione trova conforto in quella dottrina che evidenzia come in tali ipotesi l'acquisto mediante usucapione da parte della PA costituisca una "valida (e forse, in una certo senso obbligata) alternativa" rispetto ai rituali procedimenti di esproprio e/o agli altri atti espressamente strumenti individuati dal legislatore ai fini del trasferimento della proprietà, spesso usati in modo non corretto e in ogni caso particolarmente onerosi per le casse pubbliche.⁽⁵⁰⁾

Ammessa l'operatività dell'usucapione *in subiecta materia*, il principale problema per la giurisprudenza che aderisce a tale orientamento è rap-

⁽⁴⁷⁾ Cass., sez. I, 4 luglio 2012, n. 11147, cit. Nello stesso senso, Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26732, in *Foro amm. C.d.s.*, 2008, 2, I, 356 ss.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. *ex multis* TAR Puglia, Lecce, sez. I, 8 luglio 2004, n. 4916, in *Foro amm. T.A.R.*, 2004, 2344, con nota di A. SANAPÒ, *Brevi note sui rapporti tra usucapione e occupazione usurpativa*; TAR Puglia, Lecce, sez. III, 19 giugno 2013, n. 1423, cit.; TAR Puglia, Lecce, sez. III, 27 agosto 2013, n. 1802, in *Riv. giur. edil.*, 2013, 6, I, 1292 ss.; TAR Basilicata, sez. I, 2 gennaio 2008, n. 4, *ibidem*, 2008, 234; TAR Abruzzo, sez. I, 26 giugno 2008, n. 860 in *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Lazio, Latina, sez. I, 30 luglio 2009, n. 740, in *Riv. giur. edil.*, 2009, 2167; Cons. Gius. Amm. Sic., 14 gennaio 2013, n. 9, cit.; TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 27 gennaio 2014, n. 333 in *www.altalex.com*; TAR Campania, Napoli, sez. V, 1 aprile 2014, n. 1900, in *Foro amm. T.A.R.*, 2014, 4, 1262.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. *ex multis* TAR Lazio, Roma, sez. II bis, 2 ottobre 2009, n. 9557; TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 5 luglio 2012, n. 1402; TAR Puglia, Lecce, sez. III, 15 novembre 2013, n. 2310; Cass., sez. I, 4 luglio 2012, n. 11147; Cass., sez. III, 8 settembre 2008, n. 17570.

⁽⁵⁰⁾ BURGO, MORELLO, *L'acquisizione e l'utilizzo di immobili da parte della PA*, cit., 340. In senso contrario, GALLO, *Usucapione della P.A. e prospettive di tutela del privato*, cit., 3577; MIRATE, *Occupazioni illegittime, acquisizione sanante e usucapione a favore della P.A.*, Nota a Cons. Giust. Amm. Sic., 14 gennaio 2013, n.9 in *Urb. app.*, 2013, 7, 834; BAROZZI REGGIANI, *Si parla di usucapione pubblica*, con una sentenza "fuori dal coro". Commento a TAR Umbria, 16 gennaio 2014, n. 41 in *www.lexitalia.it*, 2014, 3.

presentato dall'individuazione del *dies a quo* nel quale si è concretizzata l'*interversio possessionis* a favore della PA ovvero la data a partire dalla quale l'Amministrazione abbia iniziato a possedere le aree *uti dominus* e ad esercitare quindi un possesso utile ad *usucapionem*.

Al riguardo, la giurisprudenza distingue almeno tre differenti ipotesi.

Nell'ipotesi in cui l'occupazione del fondo privato venga posta in essere dalla PA con una mera attività materiale, rientrando nella classica fattispecie di occupazione usurpativa, il termine utile *ad usucapionem* inizia a decorrere dal momento dell'immissione in possesso da parte della PA.⁽⁵¹⁾

La data di immissione in possesso, peraltro, costituirebbe l'inizio del possesso utile per usucapire anche nel caso in cui la PA abbia occupato l'area sulla base di un decreto di esproprio poi annullato.⁽⁵²⁾

Qualora la PA abbia occupato un fondo in esecuzione di un decreto di occupazione d'urgenza non seguito dall'adozione del decreto esproprio, invece, il termine inizierebbe a decorrere dal momento in cui l'occupazione sia divenuta illegittima e quindi dalla data di cessazione dell'efficacia della dichiarazione di p.u.⁽⁵³⁾

Con riferimento a quest'ultima ipotesi, tuttavia, parte della giurisprudenza ritiene che il *dies a quo* a partire dal quale comincia a decorrere il ventennio necessario per la maturazione dell'*usucapione* a favore della PA debba essere individuato nel rispetto di quanto disposto dall'art. 2935 c.c. e quindi dalla data in cui risulterebbe possibile per il privato far valere il proprio diritto. Secondo tale ricostruzione, il possesso utile *ad usucapionem* inizierebbe a decorrere quindi dal momento in cui sussista effettivamente per il privato proprietario la possibilità di far valere il proprio diritto esercitando l'azione di rivendicazione ovvero di risarcimento. Detto termine iniziale coinciderebbe quindi con la data di entrata in vigore del TUES (30 giugno 2003), data nella quale è stato introdotto nel nostro ordinamento l'istituto dell'acquisizione sanante ed è stato superato l'istituto dell'occupazione appropriativa o acquisizione coattiva per effetto dell'intervento del legislatore, pertanto, sono stati rimossi gli impedimenti legali posti all'esercizio dei diritti del proprietario leso, il quale conseguentemente a partire dalla predetta data è stato oggettivamente posto in condizione di agire per la restituzione del bene illegittimamente occupato dalla PA.⁽⁵⁴⁾

Altra giurisprudenza, tuttavia, ritiene che anche nel caso di occupazione avvenuta sulla base di un legittimo decreto di occupazione poi non seguita dall'adozione del decreto di esproprio il termine iniziale del possesso *ad*

⁽⁵¹⁾ Cons. Giust. Amm. Sic., 14 gennaio 2013, n. 9. Nello stesso senso, Cass., sez. I, 4 luglio 2012, n. 11147, cit.

⁽⁵²⁾ Cons. Giust. Amm. Sic., 14 gennaio 2013, n. 9.

⁽⁵³⁾ TAR Puglia, Lecce, sez. III, 15 novembre 2011, n. 2310, cit.; TAR Sicilia-Palermo, sez. III, 5 luglio 2012, n. 1402, in *Resp. civ. e prev.* 2012, 5, 1674.

⁽⁵⁴⁾ TAR Lazio, Roma, sez. II bis, 2 ottobre, 2009, n. 9557, in *Riv. giur. edil.*, 2009, 5-6, I, 1882.

usucapionem decorra dalla data di immissione in possesso del bene.⁽⁵⁵⁾

La ricostruzione operata dalla giurisprudenza è stata però fortemente criticata dalla dottrina, secondo la quale ai fini dell'individuazione del *dies a quo* del possesso *ad usucapionem* occorre distinguere soltanto due ipotesi.⁽⁵⁶⁾

Nel caso in cui l'occupazione sia avvenuta per effetto di un'attività puramente materiale, all'infuori pertanto di una qualsiasi procedura espropriativa, coincidente quindi con la tradizionale ipotesi di occupazione usurpativa, detto termine iniziale coincide con la data di immissione nel possesso del bene da parte della PA.

Nelle altre ipotesi, quando cioè il decreto di esproprio non sia stato emanato nei termini oppure quanto l'occupazione sia avvenuta sulla base di un decreto d'esproprio poi annullato, fattispecie entrambe riconducibili alla (superata) figura dell'occupazione acquisitiva, il *dies a quo* dal quale decorre il possesso utile per usucapire coincide (quanto meno) con la data di entrata in vigore del TUES.

Non sussiste, pertanto, uniformità di vedute, anche in seno agli stessi organi giurisdizionali, sull'individuazione del *dies a quo* dal quale inizia a decorrere il possesso utile *ad usucapionem*.

Diverso è tuttavia lo scenario con riferimento all'individuazione degli effetti derivanti dall'operare dell'usucapione in materia di procedure espropriative.⁽⁵⁷⁾

Secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza, infatti, l'avvenuta usucapione estingue tanto le forme di tutela reale del proprietario eliso dall'attività espropriativa illegittima posta in essere dalla PA tanto quelle obbligatorie.

Tali conseguenze derivano dal principio di retroattività degli effetti dell'usucapione, i quali consentono all'usucapiente di vedersi attribuito la proprietà fin dall'inizio del suo possesso anche se illegittimo o illecito.⁽⁵⁸⁾

Sotto altro profilo, invece, il principio di retroattività esclude il diritto

⁽⁵⁵⁾ TAR Abruzzo, sez. I, 26 giugno 2008, n. 860, in *P.Q.M.*, 2008, 2, 155, con nota di DI MARCO.

⁽⁵⁶⁾ MIRATE, *Occupazioni illegittime, acquisizione sanante e usucapione a favore della P.A.*, 829 ss.

⁽⁵⁷⁾ Per un'attenta disamina degli effetti derivanti dall'operatività dell'usucapione sulla situazione giuridica soggettiva del privato espropriato, si rinvia a GALLO, *Usucapione della P.A. e prospettive di tutela del privato*, cit., 3574 ss.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. *ex multis* Cass., sez. II, 28 giugno 2000, n. 8792, in *Corr. giur.*, 2001, 4, 520, con nota di SEVERI, *Sulla retroattività dell'acquisto effettuato per usucapione*, e con specifico riferimento alla retroattività degli effetti dell'acquisto per usucapione di un bene occupato illegittimamente dalla PA nell'ambito di una procedura espropriativa, Cass., sez. un., 3 ottobre 2011, n. 20138, in *Urb. app.*, 2011, 11, 1310, con commento di DE MARZO, *Occupazione illegittima, costituzione di servitù e usucapione*; Cass., sez. II, 24 febbraio 2009, n. 4434, cit., Cass., sez. I, 4 luglio 2012, n. 11147, cit., e TAR Puglia, Lecce, sez. III, 19 giugno 2013, n. 1423, cit.

del privato al risarcimento del danno derivante dall'illecito.⁽⁵⁹⁾

Secondo la giurisprudenza della Corte di Cassazione, infatti, “*l'accertamento dell'avvenuta usucapione esclude sin dall'inizio il presupposto del risarcimento da illecito, retroagendo gli effetti dell'usucapione, quale acquisto del diritto reale a titolo originario, al momento dell'iniziale esercizio della realizzazione di fatto con il fondo altrui, togliendo ab origine il connotato di illiceità al comportamento di chi abbia usucapito*”.⁽⁶⁰⁾

In sostanza, una volta maturata l'usucapione a favore della PA, il privato non potrebbe più richiedere la restituzione del proprio fondo né il risarcimento dei danni provocati dall'illegittima apprensione e trasformazione del bene.

Sebbene, come evidenziato sopra, l'orientamento prevalente della giurisprudenza consideri applicabile l'usucapione alle occupazioni della PA *sine titulo*, si rilevano tuttavia pronunce che si pongono in aperto contrasto con la stessa.

Il TAR Liguria, ad esempio, esclude che l'apprensione materiale del bene da parte della PA sulla base di un decreto di occupazione urgenza poi divenuto illegittimo a causa della mancata adozione di un rituale decreto di esproprio e la realizzazione di un'attività edificatoria sullo stesso possano essere considerati atti idonei a configurare un *interversio possessionis* a favore della PA. Secondo il giudice amministrativo ligure, infatti, l'occupazione d'urgenza determina *ex lege* la mera detenzione del bene appreso ed implica pertanto il riconoscimento della proprietà altrui, prevedendo la corresponsione di una apposita indennità di occupazione ai proprietari iscritti negli atti catastali. Esclusa quindi la presenza in capo all'autorità espropriante dell'*animus possidenti* che vale ai fini dell'usucapione, le attività poste in essere dalla PA durante l'occupazione illegittima delle aree rappresenterebbero invece un abuso della situazione di vantaggio determinata dalla detenzione materiale di un bene oggetto di un'occupazione legittimata dalla presenza di un decreto di occupazione di urgenza.⁽⁶¹⁾

Secondo tale impostazione, pertanto, l'usucapione non può operare a favore dell'Amministrazione con riferimento ad aree oggetto di espropri non ritualmente conclusi in quanto in tali fattispecie non risulterebbe possibile configurare una qualsiasi forma di possesso della PA utile ad integrare i presupposti a tal fine richiesti dall'art. 1158 e ss. c.c.

⁽⁵⁹⁾ Come puntualmente segnalato da GALLO, *Usucapione della P.A. e prospettive di tutela del privato*, tale principio è stato affermato dalla giurisprudenza con riferimento sin della sentenza Cass., sez. II, 25 marzo 1998, in Urb. app., 1998, 733 ed è stato di recente ribadito da Cass., sez. un., 19 ottobre 2011, n. 20138, cit., e Cass., sez. II, 24 febbraio 2009, n. 4434, cit.

⁽⁶⁰⁾ Cass., sez. I, 4 luglio 2012, n. 11147, cit.

⁽⁶¹⁾ TAR Liguria, sez. I, 20 aprile 2010, n. 1833 in *Foro Amm. T.A.R.*, 2010, 1234; TAR Liguria, sez. I, 23 novembre 2011, n. 1635, *ibidem*, 2011, 3458.

Altra giurisprudenza, invece, esclude che la PA possa usucapire i predetti beni in quanto l'occupazione di un fondo privato in assenza di un valido titolo espropriativo integra un illecito permanente dell'Amministrazione e, pertanto, non risulta utile ai fini del maturare dell'usucapione stessa.⁽⁶²⁾

In tale contesto, si inserisce la pronuncia in rassegna, con la quale il TAR Umbria fornisce utili argomenti per il superamento dell'orientamento giurisprudenziale che ammette l'usucapione nell'ambito di procedimenti ablatori non ritualmente conclusi.

In particolare, il TAR Umbria rileva che l'operatività dell'usucapione in materia di espropri, pur essendo un istituto previsto dalla legge per garantire una funzione di "chiusura del sistema", consentirebbe alla PA autrice di un illecito di acquistare a titolo originario la proprietà del bene al di fuori della procedura espropriativa prevista dal TUES e pertanto essa si porrebbe in contrasto con la richiamata giurisprudenza della Corte EDU che esclude la compatibilità con la convenzione di sistemi di acquisizione della proprietà, anche di derivazione pretoria, fondate su un fatto illecito.⁽⁶³⁾

Ammettere l'operatività dell'usucapione *in subiecta materia*, pertanto, equivarrebbe all'inserimento nel nostro ordinamento di una modalità di espropriazione indiretta o larvata vietata dalla CEDU.

La già richiamata retroattività degli effetti dell'usucapione - sottolinea il giudice amministrativo umbro - priverebbe peraltro il privato illegittimamente espropriato anche della possibilità di ottenere il risarcimento o comunque un ristoro per il pregiudizio subito rendendo ancora più evidente e grave la violazione delle previsioni della CEDU.

Ne conseguirebbe quindi l'incostituzionalità derivata dell'istituto dell'usucapione in materia di espropriazione per effetto della violazione dell'art. 117, comma 1, Cost.

Il giudice umbro ha infatti precisato che la disciplina della CEDU rappresenta parametro di legittimità costituzionale interposto che impone quindi al giudice di interpretare le norme di diritto interno conformemente alla convenzione⁽⁶⁴⁾ e in caso di insanabile contrasto sollevare questione di legittimità costituzionale, quantomeno fino all'entrata in vigore dell'art. 1 del Protocollo Addizionale n. 16 alla CEDU, norma che riconoscerà alle "alte giurisdizioni" dell'ordinamento - la cui individuazione è demandata agli esecutivi degli Stati contraenti - di rivolgersi alla Corte EDU per ottenere un parere consultivo su questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti della convenzione.⁽⁶⁵⁾

⁽⁶²⁾ TAR Toscana, sez. I, 22 gennaio 2013, n. 84 in *www.giustizia-amministrativa.it*

⁽⁶³⁾ Si rinvia alla nota 27.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. *ex multis* Corte Cost., 11 marzo 2011, n. 80 in *Giur. cost.*, 2011, 2, 1224 in attesa dell'effettiva adesione dell'Unione Europea alla convenzione con conseguente assunzione di forza di diritto comunitario.

⁽⁶⁵⁾ Come previsto dall'art. 8 del Protocollo n. 16 - approvato da Comitato dei

Tale meccanismo di rinvio alla Corte EDU, secondo il TAR Umbria, sarebbe risultato nel caso di specie rilevante e opportuno ai fini della decisione.

6. La sentenza in rassegna si segnala quindi per l'affermazione di principi in grado di innovare considerevolmente la disciplina dell'espropriazione per p.u. e in particolare i rapporti tra quest'ultima e l'istituto dell'usucapione, sia dal punto di vista processuale sia dal punto di vista sostanziale.

Sotto il profilo processuale, essa estende anche ai giudizi in materia di espropriazione l'insegnamento delle Sezioni Unite che, in forza del principio di concentrazione ed effettività della tutela giurisdizionale, riconosce al giudice amministrativo il potere di conoscere in sede di giurisdizione esclusiva anche delle domande accessorie riservate al giudice ordinario, affermando il principio secondo il quale nelle controversie introdotte dal privato per la restituzione di un bene occupato *sine titulo* dalla PA (ovvero per il risarcimento dei danni) il giudice amministrativo può decidere – oltre che sull'eccezione di intervenuta usucapione formulata dalla PA – anche sulla domanda riconvenzionale presentata dall'Amministrazione per l'accertamento con efficacia di giudicato dell'acquisto a titolo originario del fondo privato per effetto del decorso del termine utile *ad usucapionem*.

Secondo il TAR Umbria, pertanto, anche nelle controversie in materia di espropriazione, il giudice amministrativo risulterebbe dotato di “maggiori poteri” rispetto al giudice ordinario.⁽⁶⁶⁾

Sotto il profilo sostanziale, invece, la pronuncia in rassegna pone le basi per il superamento del prevalente orientamento giurisprudenziale, privilegiato anche dalla Cassazione, che per ragioni di certezza del diritto ritiene applicabile l'usucapione anche alle occupazioni di aree private eseguite dalla PA in assenza di un valido titolo espropriativo, tra le quali devono essere ricomprese - per effetto del venire meno della tradizionale distinzione tra occupazione acquisitiva e usurpativa - anche le occupazioni originariamente legittime ma divenute illecite per effetto della perdita di efficacia della dichiarazione di pubblica utilità.

Il giudice umbro ha infatti affermato che l'orientamento sopra richiamato, se appare (almeno) astrattamente compatibile con il diritto interno,

Ministri del Consiglio d'Europa il 10 luglio, esso entrerà in vigore il primo giorno del mese successivo alla scadenza di un periodo di tre mesi dalla data in cui dieci Alte Parti contraenti della Convenzione avranno espresso il loro consenso a essere vincolate dal Protocollo. Al 20 settembre 2014 hanno firmato il Protocollo (ma non anche ratificato), oltre ad Italia, Armenia, Finlandia, Francia, Slovacchia, Slovenia, Olanda, San Marino, Estonia, Turchia, Georgia, Lituania e Ucraina, Norvegia.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. LAMBERTI, *Il giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva ha “maggiori poteri” del giudice ordinario*, cit., 1307 ss.

risulta in contrasto con i principi espressi dalla Corte EDU in materia di espropriazione, poiché la fattispecie che legittima l'acquisto delle proprietà da parte della PA integra un illecito ed inoltre che la retroattività reale degli effetti dell'usucapione, in quanto modalità di acquisizione della proprietà a titolo originario, impedisce addirittura al privato di ottenere il risarcimento dei pregiudizi subiti o comunque una qualsiasi forma di corrispettivo per la perdita del proprio bene.⁽⁶⁷⁾

Tali considerazioni sono state di recente condivise anche dal Consiglio di Stato. Con la sentenza 3 luglio 2014, n. 3346, infatti, il Supremo Consesso Amministrativo, pur senza affermare *espressi verbis* l'inammissibilità dell'usucapione pubblica in materia di espropriazione, ne ha messo in dubbio la compatibilità con la giurisprudenza della Corte CEDU che ritiene illegittime forme di espropriazione indiretta o larvata eventualmente introdotte dal diritto nazionale.

In attesa di poter verificare se altre pronunce si inseriranno nel solco tracciato dal TAR Umbria e condurranno ad un significativo quanto opportuno *revirement* giurisprudenziale in materia, non si può non rilevare come la pronuncia fornisca in ogni caso un'interpretazione della disciplina degli espropri maggiormente in linea con le esigenze di tutela di un diritto costituzionalmente garantito quale il diritto di proprietà.

L'esclusione dell'operatività dell'istituto dell'usucapione in materia di esproprio fornisce infatti maggiori garanzie ai privati interessati da procedure espropriative.

In questa materia, un'interpretazione costituzionalmente orientata e rispettosa dei principi formulati dalla Corte EDU impone alla PA di espropriare la proprietà privata solo ed esclusivamente nel rispetto delle procedure individuate dal legislatore, destinate a concludersi con un atto espresso (emanazione di un decreto di esproprio, sottoscrizione di un atto di cessione volontaria del bene, adozione da parte della PA di un provvedimento di acquisizione in sanatoria *ex art. 42 bis TUES*).

Secondo tale impostazione, pertanto, la PA potrebbe usucapire un bene, sussistendone tutti gli altri presupposti, soltanto qualora l'occupazione dell'immobile del privato avvenga *ab origine* in assenza di un valido decreto di occupazione d'urgenza (o di esproprio) o della dichiarazione di p.u., e quindi quando essa pone in essere una mera attività materiale *iure privatorum*, senza esercitare quindi alcun potere autoritativo.⁽⁶⁸⁾

Con riferimento ai beni occupati dalla PA nell'ambito di una procedura di esproprio non ritualmente conclusa, invece, l'usucapione non dovrebbe operare in quanto la necessità di garantire la certezza dei rapporti giuridici, ragione d'essere dell'istituto, nell'ambito degli espropri risulta fortemente

⁽⁶⁷⁾ GALLO, *Usucapione della P.A. e prospettive di tutela del privato*, cit., 3574.

⁽⁶⁸⁾ BAROZZI REGGIANI, *Si parla di usucapione pubblica, con una sentenza "fuori dal coro"*, cit.

attenuata. Chi scrive ritiene infatti di dover condividere l'opinione di quella dottrina che evidenzia come l'usucapione non possa trovare applicazione in materia di espropri in ragione delle peculiari esigenze di pubblico interesse e di bilanciamento di interessi contrapposti sottesi alla procedure espropriative.⁽⁶⁹⁾

Le procedure richiamate sopra risultano infatti disciplinate da una normativa di settore che ha come obiettivo quello di garantire al contempo, da una parte, l'interesse pubblico alla realizzazione di opere di pubblica utilità, dall'altra, i diritti e gli interessi del privato. Ammettere la possibilità per la PA di acquisire un'area occupata *sine titulo* sulla base di un illecito, facendo ricorso al ricorso all'usucapione, rappresenterebbe quindi la reintroduzione in via pretoria di un meccanismo in contrasto con l'esigenza per l'Amministrazione di rispettare il principio di legalità nell'adozione di atti che incidono sul diritto di proprietà del privato.⁽⁷⁰⁾

Sotto altro profilo, l'incompatibilità tra l'usucapione con la materia degli espropri e i principi elaborati dalla Corte EDU risulta evidente se si considera che alla prima consegue l'impossibilità per il privato leso di avanzare pretese risarcitorie o comunque indennitarie.

Come correttamente evidenziato dal TAR Umbria, il privato rischierebbe infatti di venire espropriato "a costo zero" per l'Amministrazione.

Alla luce di quanto sopra, quindi, appare auspicabile che le considerazioni svolte dal TAR Umbria trovino ulteriori conferme nella giurisprudenza o, magari, spingano il legislatore ad adottare una norma che escluda espressamente l'applicabilità dell'usucapione in materia espropriativa.

Un fondamentale contributo alla definizione delle coordinate della materia sarà in ogni caso fornito dalla stessa Corte EDU adita in funzione consultiva con riferimento ai principi relativi all'interpretazione e all'applicazione della Convenzione, con la emanazione di pareri, sebbene non vincolanti per i giudici interni che li hanno richiesti⁽⁷¹⁾. Ciò non esclude, tuttavia,

⁽⁶⁹⁾ Id., *Si parla di usucapione pubblica, con una sentenza "fuori dal coro"*, cit.

⁽⁷⁰⁾ Id., *Si parla di usucapione pubblica, con una sentenza "fuori dal coro"*, cit.

⁽⁷¹⁾ Per un approfondimento sul meccanismo di rinvio alla Corte EDU introdotto dal Protocollo n. 16, si rinvia a RUGGERI, *Ragionando sui possibili sviluppi tra Corti europee e i giudici nazionali* (con specifico riguardo all'adesione dell'Unione alla CEDU e l'entrata in vigore del prot. 16), in *www.rivistaaic.it*, 1/2014, 12 ss.; CRAIG, (*Judicial*) *Love is Not a One-Way Street: The EU Preliminary Reference Procedure as a Model for ECtHR Advisory Opinions under Draft Protocol No.16*, in *Eur. Law Rev.*, 2013, 229 ss., nonché POLLICINO, *La Corte Costituzionale è una "Alta Giurisdizione Nazionale"* ai fini della richiesta di parere alla Corte EDU Ex Protocollo N. 16?, in *Dir. un.eu.*, fasc.2, 2014, 293 ss., in part. 298 ss., il quale rileva che l'entrata in vigore del Protocollo n. 16 comporterà l'estensione delle competenze di carattere consultivo della Corte EDU, già presente, seppure con limiti assai significativi nel modello convenzionale. La CEDU infatti già riconosce (soltanto) al Comitato dei Ministri del Consiglio la possibilità di richiedere pareri che però non possono in alcun modo riguardare questioni inerenti al contenuto o alla portata

che il meccanismo di rinvio previsto dal Protocollo n. 16 possa incoraggiare un maggior dialogo tra i giudici italiani e la Corte EDU, sì da consentire la definitiva espunzione dal nostro ordinamento di forme di acquisto della proprietà da parte dell'Amministrazione fondate su un illecito, tra le quali rientra a pieno titolo l'usucapione, quanto meno quando coinvolge la PA in veste di autorità espropriante che occupa le aree del privato in violazione delle regole.

MICHELE RIZZO

dei diritti e libertà previste dalla Convenzione. Secondo l'A., tali restrizioni hanno dato luogo, ad oggi, a solo due pareri da parte della Corte EDU.

T.A.R. UMBRIA – 29 gennaio 2014, n. 75 - Pres. LAMBERTI - Est. AMOVILLI - Sauro Pasquini (Avv. ti C. Cornicchia e C. A. Franchi) c. Comune di Corciano (Avv. A. Bartolini) e Barbara Paltriccina (Avv. A. Formica)

Impiego pubblico – Progressioni verticali – Concorsi interni – Indetti dal Comune – Criteri valutativi – Solo prove d'esame, con esclusione dei titoli – Legittimità – Obbligo di immediata impugnazione - Insindacabilità.

Atti e provvedimenti – Obblighi di pubblicazione – Deliberazioni e determinazioni dirigenziali – Sussistenza (artt. 124 e 134, d.lgs. 267/2000).

L'obbligo di immediata impugnazione del bando sussiste solo quando vi siano clausole escludenti o clausole che impongono oneri assolutamente incomprensibili o manifestatamente sproporzionati (1).

L'obbligo di pubblicazione ex art. 124 T.U.E.L., d.lgs. 267/2000 vale sia per le deliberazioni del Consiglio e della Giunta dell'Ente Locale, che per le determinazioni dirigenziali (2).

(*Omissis*) Il ricorrente, dipendente del Comune di Corciano con inquadramento nella categoria "C", ha partecipato alla selezione per la progressione verticale inerente la copertura di un posto di categoria "D" profilo professionale "specialista in attività amministrative e contabili" destinato all'Area Sviluppo e Territorio, indetta dal medesimo Comune con determinazione n. 445 del 21 aprile 2009.

Con deliberazione n. 80 del 30 aprile 2009, la Giunta comunale ha modificato i criteri della selezione riaprendo i termini di presentazione delle domande, stabilendo di effettuare le prove selettive solamente per esami e richiedendo per l'ammissione il titolo di studio immediatamente inferiore a quello necessario per l'accesso dall'esterno.

Con determinazione n. 597 del 20 maggio 2009 è stato indi approvato il nuovo bando a cui ha fatto seguito la determinazione 17 dicembre 2009 n. 1451 di approvazione della graduatoria finale, all'esito della quale è risultata vincitrice la dottoressa Barbara Paltriccina con punti 84/90 mentre il ricorrente è risultato classificato al secondo posto, con punti 72/90.

L'odierna istante impugna - da prima con ricorso straordinario al Capo dello Stato poi trasposto innanzi all'adito TAR a seguito di opposizione del Comune - la suddetta determinazione n. 1451/2009, unitamente alla determinazione n.1452/2009 di inquadramento della vincitrice ed agli ulteriori atti della selezione in epigrafe specificati, deducendo le seguenti doglianze, così riassumibili:

(*Omissis*)

II. Violazione e falsa od errata applicazione degli artt. 124 e 134 del D.lgs. 267/2000: i bandi relativi alla selezione contestata sarebbero emessi in esecuzione di determinazioni non ancora esecutive, dovendosi estendere il disposto di cui all'art. 124 del T.u.e.l. anche alle determinazioni dirigenziali;

(*Omissis*)

Si sono costituiti sia il Comune di Corciano che la controinteressata Ba. Pa., eccependo l'irricevibilità e l'inammissibilità del gravame, e chiedendo comunque il rigetto nel merito, stante l'infondatezza di tutte le censure ex adverso dedotte, in sintesi evidenziando:

- la tardiva impugnazione del bando, dovendosi individuare la lesione lamentata dal ricorrente già al momento della pubblicazione del bando, atteso che quest'ultimo, pur non impedendone la partecipazione, avrebbe omesso di riconoscere autonomo punteggio al diploma di laurea;

(*Omissis*)

3. Preliminarmente vanno affrontate le eccezioni in rito sollevate dal Comune e dall'odierna controinteressata.

Viene infatti eccepita l'irricevibilità del gravame, asserendo che la lesione della posizione sostanziale lamentata dal ricorrente sarebbe stata già attuale al momento della pubblicazione del bando.

Deve ribadirsi che l'onere di impugnazione immediata dei bandi di concorso è delimitato alle clausole impeditive dell'ammissione dell'interessato alla selezione (c.d. escludenti) o a quelle che impongono, ai fini della partecipazione, "oneri assolutamente incomprensibili o manifestamente sproporzionati" e che comportino l'impossibilità, per l'interessato, di accedere alla procedura ed il conseguente arresto procedimentale. Infatti, i bandi di concorso vanno di regola impugnati unitamente agli atti che di essi fanno applicazione, dal momento che sono questi ultimi ad identificare in concreto il soggetto leso dal provvedimento ed a rendere attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dell'interessato.

Diversamente da quanto prospettato dalla difesa comunale, non si tratta di "risalente indirizzo dell'Adunanza Plenaria" bensì di orientamento decisamente consolidatosi in seno alla giurisprudenza sia d'appello che di prime cure, benché - seppur in relazione alla materia delle gare d'appalto pubblico - penda innanzi all'Adunanza Plenaria la questione dell'individuazione delle clausole del bando da ritenersi direttamente lesive e soggette all'onere di immediata impugnazione.

Ciò premesso, non ritiene il Collegio, allo stato, di ravvisare ragioni per discostarsi dal citato orientamento, il quale richiede, correttamente, la necessità della concretezza e della attualità della lesione arrecata dalla clausola che si assume illegittima, secondo il concetto di interesse a ricorrere, quale condizione dell'azione, comunemente inteso in giurisprudenza.

(Omissis)

5. Quanto al merito, il ricorso è fondato e va accolto.

(Omissis).... deve affrontarsi la decisiva questione della estensione o meno dell'ambito oggettivo di applicazione degli artt. 124 e 134 del T.u.e.l. in materia di deliberazioni degli organi collegiali, alle determinazioni dirigenziali - su cui sussiste un obiettivo contrasto di giurisprudenza - risultando pacifica la non applicabilità alla fattispecie per cui è causa del comma quinto dell'art. 32 della legge n. 69/2009.

Infatti secondo una prima tesi invocata dal Comune resistente e dalla controinteressata, l'obbligo della pubblicazione all'albo pretorio risulta previsto soltanto per le deliberazioni, non potendosi equiparare a quest'ultime le determinazioni dirigenziali (TAR Veneto, sez. II, 26 marzo 2007, n. 938; TAR Campania - Salerno, sez. I, 19 luglio 2005, n. 1285) così ritenendosi del tutto superflua tale forma di pubblicità notizia, fermo restando la necessità del visto di regolarità contabile per le determinazioni comportanti impegni di spesa.

Secondo altra tesi, invece, a cui mostra adesione la difesa del ricorrente, la pubblicazione all'albo pretorio del Comune è prescritta dall'art. 124 D.lgs. n. 267 del 2000, per tutte le deliberazioni del Comune

e della Provincia ed essa riguarda non solo le deliberazioni degli organi di governo (Consiglio e Giunta municipali), ma anche le determinazioni dirigenziali, esprimendo la parola “deliberazione” “ab antiquo” sia risoluzioni adottate da organi collegiali che da organi monocratici ed essendo l'intento quello di rendere pubblici tutti gli atti degli enti locali di esercizio del potere deliberativo, indipendentemente dalla natura collegiale o meno dell'organo emanante (così Cons. St., sez. V, 15 marzo 2006, n. 1370; id., sez. VI, 15 febbraio 2012, n. 750; TAR Liguria, sez. II, 24 agosto 2011, n. 1351).

Ritiene il Collegio di aderire a tale seconda tesi, sia in base ad una interpretazione logico - sistematica del Testo unico enti locali, invero molto più coerente con l'intenzione del legislatore mutuata in un contesto ancora caratterizzato da una non piena attuazione del principio di separazione tra attività di indirizzo politico e di gestione amministrativa, sia in virtù del principio di trasparenza e pubblicità dell'attività amministrativa, di valenza costituzionale (Corte Cost. 17 marzo 2006, n. 104) ed elevato a principio generale dell'ordinamento (artt. 1 L. 241/90 e 1 D.lgs. 14 marzo 2013 n. 33).

Infatti, l'invocata efficacia “istantanea” delle determinazioni dirigenziali all'atto della sottoscrizione da parte del Dirigente responsabile, indipendentemente quindi dalla pubblicazione all'albo pretorio o in diverso strumento di pubblicità legale (ovvero il sito web dell'Amministrazione ai sensi del citato art. 32 L. 69/2009), si pone in contrasto con la suddetta esigenza di pubblicità espressa dall'ordinamento, che oggi risulta ulteriormente rafforzata per effetto dell'entrata in vigore del D.lgs. 14 marzo 2013 n. 33 “Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni” pur non applicabile *ratione temporis*, secondo cui la pubblicità sul sito istituzionale risulta pressoché generalizzata (vedi Capo II, III, IV e V) ed in taluni casi (vedi art. 39 comma 3) persino condizione di efficacia. (*Omissis*)

Orbene, deve affermarsi anche per le determinazioni dirigenziali, secondo l'art. 124 del vigente T.u.e.l., l'obbligo di pubblicazione all'albo pretorio, quale generale mezzo di conoscenza legale e di efficacia dei provvedimenti adottati dall'ente locale (quantomeno sino al 31 dicembre 2010)

5.6. L'accoglimento della censura di cui al II motivo, di carattere assorbente, determina l'illegittimità dell'intera procedura di progressione verticale in esame, ivi comprese le determinazioni di approvazione della graduatoria finale impugnata e di inquadramento in categoria “D” della vincitrice odierna controinteressata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla le determinazioni comunali n. 1451/2009 e n. 1452/2009.

* * *

(1-2) Brevi note sulla disciplina in materia di obbligo di immediata impugnazione del bando di gara e sulla possibilità di ricomprendere le determinazioni dirigenziali nell'ambito di applicazione dell'art. 124, d.lgs. 267/2000.

SOMMARIO: 1. *Introduzione: ricostruzione del caso.* – 2. *L'onere di immediata impugnazione del bando: presupposti e conseguenze.* – 3. *L'art. 124 del T.U.E.L. e la definizione di determinazione dirigenziale.* – 4. *L'obbligo di pubblicazione vale anche per le determinazioni dirigenziali.* – 5. *L'art. 124 del T.U.E.L. e il principio di trasparenza.*

1. La sentenza in epigrafe statuisce su diverse questioni relative al pubblico impiego e alle progressioni di carriera c.d. verticali negli Enti Locali. La vicenda sulla quale è stato chiamato ad intervenire il tribunale amministrativo umbro di primo grado riguarda un contrasto tra un dipendente e la propria amministrazione locale di appartenenza nello svolgimento di un concorso interno per accedere ad una posizione di grado superiore.

In particolare il TAR Umbria si pronuncia in merito all'impugnazione da parte del ricorrente, secondo in graduatoria, di due determinazioni dirigenziali attraverso le quali l'amministrazione concludeva la procedura concorsuale interna, attraverso l'approvazione della graduatoria finale e l'inquadramento nel ruolo della vincitrice. Il ricorrente contestava numerose violazioni nello svolgimento del concorso. L'analisi del percorso logico-argomentativo del giudice amministrativo, ci permette di focalizzare l'attenzione su alcuni profili rilevanti in ambito di progressioni di carriera. Tuttavia tra i numerosi spunti che il giudice di primo grado ha modo di approfondire nella sua ricostruzione del caso, ne emergono due di particolare consistenza e importanza, i quali dovranno essere esaminati in due distinti momenti.

Il primo attiene all'onere di immediata impugnazione del bando di gara, come meccanismo di tutela giurisdizionale straordinaria, che permette, laddove emergono particolari condizioni, di impugnare il bando di gara senza dover attendere gli atti e i provvedimenti successivi di applicazione del bando. Questo tema è rilevante e dibattuto in giurisprudenza, soprattutto per quanto riguarda le procedure di gara per gli appalti pubblici. Tuttavia, seppur in una dimensione numerica inferiore, il tema dell'onere di impugnazione immediata del bando si è rafforzato anche nell'ambito dei

concorsi, costruendo un rilevante filone giurisprudenziale a cui può essere ascritta anche la sentenza oggetto di commento.

Il secondo oggetto del commento, che rappresenta il nucleo centrale della soluzione del caso, fa riferimento alla qualificazione delle determinazioni dirigenziali quale atto tipico della dirigenza amministrativa negli Enti Locali. L'obiettivo del giudice è quello identificare la natura delle determinazioni dirigenziali al fine di comprendere se, e in che modo, può applicarsi ad essi la disciplina di pubblicità legale prevista dall'art. 124 del T.U.E.L. La ricostruzione del giudice è estremamente interessante, in quanto incrocia il principio costituzionale della trasparenza, la legittimità dell'attività amministrativa e la natura e l'efficacia delle determinazioni dirigenziali negli Enti Locali.

2. Il primo punto su cui si concentra l'analisi del giudice amministrativo riguarda una questione su cui la giurisprudenza si è spesso misurata, ovvero l'onere di impugnazione immediata dei bandi di concorso (o di gara) da parte degli interessati⁽¹⁾. Nella fattispecie, il Comune e la controparte avevano contestato la tardiva impugnazione del bando da parte del ricorrente secondo in graduatoria, il quale, avendo riconosciuta la presunta lesione nella scelta effettuata dall'amministrazione di procedere alla selezione solo sulla base della valutazione della prova d'esame e non anche sulla base dei titoli in possesso dei candidati, avrebbe dovuto impugnare il bando immediatamente dopo la pubblicazione e non attendere l'esito finale della graduatoria. In altre parole, le controparti contestano l'irricevibilità e l'inammissibilità del ricorso oggetto della sentenza, asserendo che l'eventuale lesione sarebbe dovuta essere contestata al momento della pubblicazione del bando e non successivamente all'esito della procedura, come è stato fatto dal ricorrente.

Come richiamato dallo stesso giudice, sul tema dell'onere di impugnazione immediata del bando di concorso esiste un "orientamento decisamente consolidatosi in sede giurisprudenziale, sia in sede d'appello⁽²⁾ che di prime

⁽¹⁾ Per una ricostruzione della dottrina sul tema dell'onere di impugnazione immediata del bando si veda VALIANO, *L'onere di immediata impugnazione del bando e della successiva partecipazione e della successiva partecipazione alla gara tra legittimazione ad agire e interesse a ricorrere*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 693; CHIRULLI, *Impugnabilità e disapplicazione dei bandi di gara: giurisprudenza "conservativa" e fermenti innovativi*, in *Giust. Civ.*, 2004, 547; MONTANARO, *Impugnazione immediata dei bandi di gara: spunti dall'Adunanza plenaria*, in *Foro it.*, 2004, 347; PERFETTI, *Interesse a ricorrere e confini dell'azione di annullamento. Il problema dell'impugnazione del bando di gara*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 809; GALLO, *Impugnazione, disapplicazione ed integrazione del bando di gara: una pronuncia di assestamento*, in *Urb e app.* 2003, 430; MONZANI, *L'onere di immediata impugnazione del bando riguarda le clausole impeditive della partecipazione ma anche quelle impeditive della concorrenza*, in *Foro amm. C.d.S.*, II, 2013, 12, 3533.

⁽²⁾ Cons. St., sez. III, 7 dicembre 2012, n. 6466; Cons. St., sez. VI, 4 ottobre 2011,

cure⁽³⁾ e tale orientamento si è affermato fin dalla fondamentale pronuncia ad opera della Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, del 29 gennaio 2003, n. 1⁽⁴⁾. Detta pronuncia, che costituisce il caposaldo di un florido indirizzo giurisprudenziale⁽⁵⁾, sviluppato soprattutto in ambito di gare d'appalto, attraverso un'analisi sistematica e rigorosa, parte dalla necessaria qualifica del bando di concorso come atto di amministrazione generale e quindi rivolto ad una pluralità di destinatari indeterminati, con la conseguenza dell'impossibilità per il bando di produrre una lesione qualificabile come concreta e attuale della sfera giuridica di un soggetto determinato. Per questo motivo, il bando di concorso non è impugnabile in modo autonomo e diretto ma può essere impugnato solo da chi vi ha interesse e attraverso i provvedimenti successivi di applicazione delle clausole ritenute lesive⁽⁶⁾.

Tuttavia, alla regola generale della non impugnabilità del bando di concorso, è stata prevista una eccezione. La giurisprudenza amministrativa sul tema ha avuto modo di precisare come, per emergere l'onere di immediata impugnazione del bando di concorso deve sussistere una delle seguenti condizioni: l'esistenza di clausole impeditive alla partecipazione di determinati soggetti⁽⁷⁾ - le c.d. clausole escludenti⁽⁸⁾ - oppure l'esistenza di clausole che impongono "oneri assolutamente incomprensibili o manifestamente sproporzionati" rispetto all'obiettivo della procedura concorsuale, i quali possono

n. 5434; Cons. St., sez. VI, 21 settembre 2010, n. 7031; Cons. St., sez. V, 11 giugno 2013, n. 3231.

⁽³⁾ TAR Campania, sez. I, 3 aprile 2012, n. 1550; TAR Liguria, sez. II, 29 marzo 2012, n. 445; TAR Friuli Venezia Giulia, 13 ottobre 2011, n. 438.

⁽⁴⁾ Cons. St., ad. plen., 29 gennaio 2003, n. 1. Si veda la nota di PIZZA, *L'adunanza plenaria e l'impugnazione diretta dei bandi*, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2003, 66.

⁽⁵⁾ La previsione di un onere di immediata impugnazione del bando non è stata esente da critiche, le quali hanno perlopiù sostenuto la pericolosità procedurale di tale possibilità, in quanto si rischierebbe di attribuire la dignità di situazioni giuridiche protette a dei meri interessi procedimentali, ovvero a tutta una serie di situazioni non aventi a oggetto di tutela di un "bene della vita". Per una ricostruzione di questa posizione si veda BECCARINI, *"Clausole non escludenti" dei bandi di gara ed onere di impugnazione autonoma delle stesse: un inattendibile orientamento del Consiglio di Stato*, in *Giust. Amm.*, 2002, 400; VILLATA, *Novità in tema di impugnative delle gare contrattuali dell'amministrazione?*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 912. Per una ricostruzione del complessivo dibattito intorno alla questione si rinvia a MARTINELLI, SANTINI, *Il consiglio di Stato si divide sull'impugnazione dei bandi di gara*, in *Urb. e App.*, 2002, 313.

⁽⁶⁾ Sulla natura degli amministrativi generali e sulla possibilità di impugnazione, si veda RAMAJOLI, TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. amm.*, 2013, 1-2, 53 ss.

⁽⁷⁾ TAR Campania, Sez. I, 3 aprile 2012, n. 1550.

⁽⁸⁾ Per una ricostruzione del concetto di clausole escludenti si rinvia a VAINO, *L'onere, cit.*, 693; MARI, *L'impugnazione dei bandi di gara: dure recenti decisioni dell'adunanza plenaria e della Corte di Giustizia*, in *Riv. giur. edil.*, 2003, 1046.

indurre i partecipanti all'errore⁽⁹⁾. La base di tale ricostruzione deve essere ricercata nei principi posti a fondamento della tutela giurisdizionale nei confronti degli atti amministrativi, partendo dal presupposto che per avere un interesse a ricorrere contro un atto amministrativo, quale condizione essenziale per l'azione giurisdizionale, devono essere rispettati i requisiti che qualificano l'interesse ad agire di cui all'art. 100 c.p.c.⁽¹⁰⁾, ovvero una lesione concreta e attuale della sfera giuridica del ricorrente e dalla effettiva utilità che potrebbe derivare dall'annullamento dell'atto impugnato⁽¹¹⁾. Secondo la ricostruzione della giurisprudenza l'emersione di clausole nel bando c.d. escludenti o di clausole sproporzionate o incomprensibili, comportano una lesione della situazione giuridica soggettiva dell'interessato, connotata dai tratti della personalità, attualità e dalla utilità, che nel caso in esame è identificabile con l'interesse alla partecipazione alla procedura selettiva: da ciò consegue l'obbligo, essendo la lesione derivante direttamente dalla pubblicazione del bando e non dalla procedura di selezione successiva, di impugnare direttamente il bando di concorso in sede giurisdizionale.

In altri termini, le clausole lesive che permettono l'impugnazione immediata del bando sono quelle che senza alcun margine di opinabilità e di incertezza conducono all'esclusione di uno o più concorrenti alla procedura di selezione prevista dalla *lex specialis* oppure tutte quelle clausole che impediscono indistintamente a tutti i concorrenti una corretta e consapevole elaborazione dell'offerta⁽¹²⁾. In particolare, ciò può verificarsi quando il bando di gara prevede disposizioni abnormi che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica e economica ai fini della partecipazione al concorso⁽¹³⁾ ovvero abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presen-

⁽⁹⁾ TAR Lombardia, sez. II, 29 marzo 2012, n. 445; TAR Lombardia, sez. IV, 21 novembre 2011, n. 2828; Cons. St., sez. IV, 7 novembre 2012, n. 5617, sull'onere di impugnazione delle clausole impeditive della partecipazione ma anche quelle impeditive della concorrenza, vedasi il commento di MONZANI, *L'onere*, cit., 3533.

⁽¹⁰⁾ Cfr. Cass. Civ., sez. III, 3 settembre 2007, n. 18536.

⁽¹¹⁾ Da ultimo in tal senso si veda Cons. St., sez. IV, 27 luglio 2011, n. 4507. Per una ricostruzione complessiva dell'interesse a ricorrere nel processo amministrativo si veda VILLATA, *Interesse ad agire – Diritto processuale amministrativo (ad vocem)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XIX, Roma, 1990. Sul tema si veda anche FERRARA, *Interesse e legittimazione al ricorso (ricorso giurisdizionale amministrativo)*, in *Dig. disc. pubb.*, VIII, Torino, 1993, 468 ss.

⁽¹²⁾ Sul punto si è sviluppato un orientamento dottrinale che vede nell'onere di immediata impugnazione del bando uno strumento non solo di tutela dell'interessato alla partecipazione al concorso o alla gara, ma anche uno strumento di garanzia per un corretto svolgimento della procedura concorsuale o una "corretta esplicitazione dell'offerta", nel quadro di un "effettivo confronto concorrenziale". In questo modo rilevano soprattutto le clausole che impongono oneri assolutamente incomprensibili o manifestamente sproporzionati per quanto attiene alla procedura concorsuale, che possono essere suscettibili di incidere negativamente sullo svolgimento della procedura concorsuale. MONZANI, *L'onere*, cit., 3533.

⁽¹³⁾ TAR Lazio, sez. I, 12 gennaio 2013, n. 351.

tazione dell'offerta⁽¹⁴⁾. Viceversa, non sussiste l'obbligo di impugnazione immediata del bando quando vi sono delle clausole dotate solo di astratta e potenziale lesività, la cui idoneità a produrre un'effettiva lesione potrebbe essere valutata unicamente all'esito della procedura selettiva. Inoltre, non sono immediatamente impugnabili le clausole relative all'individuazione del criterio di scelta o di aggiudicazione, come nel caso di specie, oppure alle modalità di presentazione delle offerte o i criteri di attribuzione dei punteggi e, in generale, alle modalità di svolgimento della gara, nonché alla composizione della Commissione giudicatrice. Nelle ipotesi appena citate, laddove evidentemente non emerge l'onere di impugnazione immediata del bando, il termine per impugnare il bando non può che decorrere nei termini ordinari a partire dalla conoscenza del provvedimento lesivo di applicazione del bando⁽¹⁵⁾.

Nel caso di specie, deve escludersi nel bando di concorso l'emergere di clausole escludenti o di clausole irrazionali o sproporzionate, con la conseguenza che, come contrariamente sostenuto dalla difesa comunale e della controparte, il ricorrente non aveva l'obbligo di impugnare immediatamente il bando: avendo l'amministrazione stabilito che la selezione fosse svolta attraverso la valutazione unicamente della prova per esami, ciò non può considerarsi condizione impeditiva alla partecipazione ad un concorso di progressione verticale. In altre parole, la clausola del bando che ha previsto il concorso per la progressione di carriera verticale solo sulla base degli esami e non anche sulla base dei titoli, non può essere ritenuta illegittima, in quanto non presenta carattere impeditivo o escludente: in tale condizione, non emerge l'interesse a ricorrere in quanto non vi è una lesione concreta e attuale della sfera giuridica del ricorrente conseguente alla pubblicazione del bando. Per tale motivo, il giudice non rileva l'esistenza di condizioni che avrebbero imposto l'onere di impugnazione immediata del bando da parte del ricorrente e dichiara respinta l'eccezione di irricevibilità presentata dalla difesa.

3. Il secondo punto della sentenza, che rappresenta anche il nucleo centrale della decisione finale da parte del giudice, è da ricercare nel secondo gravame proposto dal ricorrente, ovvero la presunta violazione degli art. 124⁽¹⁶⁾- Pubblicazione delle deliberazioni- e dell'art. 134⁽¹⁷⁾ - Esecutività del-

⁽¹⁴⁾ TAR Liguria, sez. II, 28 novembre 2013, n. 1449.

⁽¹⁵⁾ *Ex multis*, TAR Lazio, sez. II, 4 novembre 2013, n. 9373; TAR Piemonte, sez. II, 24 settembre 2013, 1036.

⁽¹⁶⁾ Art. 124 T.U.E.L.: "Tutte le deliberazioni del comune e della provincia sono pubblicate mediante pubblicazione all'albo pretorio, nella sede dell'ente, per quindici giorni consecutivi, salvo specifiche disposizioni di legge. Tutte le deliberazioni degli altri enti locali sono pubblicate mediante pubblicazione all'albo pretorio del comune ove ha sede l'ente, per quindici giorni consecutivi, salvo specifiche disposizioni."

⁽¹⁷⁾ Art. 134 T.U.E.L.: "La deliberazione soggetta al controllo necessario di legittimità deve essere trasmessa a pena di decadenza entro il quinto giorno successivo all'adozione. Essa diventa esecutiva se entro 30 giorni dalla trasmissione

le deliberazioni- del d.lgs. 18 agosto 2000 n. 267, il Testo Unico degli Enti Locali. L'art. 124 è la norma centrale della ricostruzione giurisprudenziale e riguarda gli obblighi di pubblicazione nell'Albo Pretorio⁽¹⁸⁾ di "tutte le deliberazioni del Comune e della Provincia", per un periodo non inferiore di 15 giorni. Questa affissione costituisce una forma di pubblicità legale da cui deriva una presunzione di conoscenza assoluta e piena⁽¹⁹⁾ a decorrere dal 15esimo giorno di pubblicazione e rileva per la decorrenza del termine di impugnazione degli atti degli EE.LL. da parte dei soggetti non direttamente contemplati dall'atto poichè, ai sensi dell'art. 21, della l. 6 dicembre 1971, n. 1034, la regola generale è quella per cui l'ultimo giorno della pubblicazione è il *dies a quo* del termine per impugnare l'atto, ad esclusione dei soli casi in cui sia richiesta la notifica individuale⁽²⁰⁾. Giurisprudenza ormai consolidata considera la pubblicazione delle deliberazioni ai sensi dell'art. 124 come forma di assolvimento della funzione di piena conoscenza *erga omnes*, la quale non consente prova contraria e da cui consegue l'efficacia della deliberazione, considerando anche quanto previsto dall'art. 134 T.U.E.L. in tema di esecutività. Nel caso oggetto della sentenza, il giudizio del giudice ruota intorno alla qualificazione del termine "deliberazione" e sulla possibilità di estendere gli obblighi di pubblicazione dell'art. 124 T.U.E.L. anche alle determinazioni dirigenziali, tema sul quale pende un ampio dibattito giurisprudenziale. Tuttavia, prima di passare ad analizzare

della stessa il comitato regionale di controllo non trasmetta all'ente interessato un provvedimento motivato di annullamento. Le deliberazioni diventano comunque esecutive qualora prima del decorso dello stesso termine il comitato regionale di controllo dia comunicazione di non aver riscontrato vizi di legittimità. Nel caso delle deliberazioni soggette a controllo eventuale la richiesta di controllo sospende l'esecutività delle stesse fino all'avvenuto esito del controllo.

Le deliberazioni non soggette a controllo necessario o non sottoposte a controllo eventuale diventano esecutive dopo il decimo giorno dalla loro pubblicazione.

Nel caso di urgenza le deliberazioni del consiglio o della giunta possono essere dichiarate immediatamente eseguibili con il voto espresso dalla maggioranza dei componenti."

⁽¹⁸⁾ Per la definizione di Albo Pretorio si veda GIANNINI, *Albo*, in *Dig. disc. pubb.*, I, Torino, 1987, 1013, ss.

⁽¹⁹⁾ Tale pubblicazione è una forma tipica di pubblicità legale, che svolge la funzione di conoscenza esterna dell'attività amministrativa dell'ente locale. Tale forma di pubblicazione, non può essere considerata costitutiva in quanto non appare direttamente collegata con l'esecutività dell'atto, la quale viene disciplinata dallo stesso art. 134 del T.U.E.L. Per una ricostruzione si veda BERTOLISSI (a cura di), *L'ordinamento degli Enti Locali: commento al testo unico sull'ordinamento delle autonomie locali del 2000 alla luce delle modifiche costituzionali del 2001*, Bologna, 2002, 515 ss. Più recentemente, TAR Lazio, sez. II *ter*, 6 dicembre 2011, 9603, con nota sentenza, *Sull'affissione degli atti del Comune e della Provincia nell'albo pretorio e sulla presunzione assoluta di conoscenza*, in *Foro Amm. T.A.R.*, 2012, CLIV.

⁽²⁰⁾ Cons. St., sez. VI, 7 maggio 2004, n. 2825; Cass., sez. II 14 aprile 2000, n. 4832, in *Mass. Giust. Civ.*, fasc. 4, 2000.

le due opposte posizioni giurisprudenziali, è necessario ricostruire i concetti di deliberazione e determinazione, al fine di comprendere la ricostruzione del giudice.

Nell'ordinamento italiano, il termine deliberazione è assai risalente e utilizzato in diversi testi normativi e per tale motivo è difficile darne una definizione chiara e univoca⁽²¹⁾, tanto più che la dottrina ha faticato molto a considerare le deliberazioni come una categoria giuridica autonoma oppure come un *genus* di una categoria di atti più ampia⁽²²⁾: tale difficoltà è esemplificata dal fatto che recentemente vi sono state riflessioni critiche sulla ricerca del termine deliberazione⁽²³⁾. In via generale e in modo al quanto impreciso, una parte della dottrina ha indicato con il termine deliberazione, un atto giuridico tipico degli organi collegiali, in cui i membri del collegio determinano il contenuto dell'atto, attraverso le varie fasi procedurali, sintetizzando le diverse posizioni in un'unica espressione di volontà⁽²⁴⁾. Un'altra parte della dottrina ha visto nella deliberazione non tanto un procedimento di espressione della volontà di un organo collegiale, ma quanto un elemento dell'attività proceduralizzata attraverso la quale viene esternato un atto deliberativo di un organo: in questo senso si parla di deliberazione-esternazione o in senso stretto. Secondo tale definizione, la deliberazione non è solo prerogativa degli organi collegiali ma rileva, in casi particolari, anche per gli organi individuali⁽²⁵⁾. Passando al dato normativo, è risalente quella accezione che identificava la deliberazione come l'atto attraverso il quale veniva svolta l'intera attività amministrativa degli Enti Locali, comprendendo sia gli atti amministrativi in senso stretto

⁽²¹⁾ In molti scritti emerge come il termine deliberazione sia un termine "poliseno", che assume significati diversi a seconda del contesto normativo. Si veda nota seguente.

⁽²²⁾ La dottrina è ampia, tuttavia è assai risalente, sintomo che il tema della deliberazione è stato ampiamente sviscerato o non attira più l'attenzione. Per una ricostruzione completa si rinvia a NIGRO, *Deliberazione amministrativa*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 998; GIANNINI, *Decisioni e deliberazioni amministrative*, in *Foro Amm.*, 1964, IV, 169 ss.; GUARINO, *Deliberazione - Nomina - Elezione*, in *Riv. it. sc. giur.* 1954, 73 ss.; COLUCCI, *Deliberazione amministrativa*, in *Dig. disc. pubb.*, IV, 1987, 557.

⁽²³⁾ Si veda il paragrafo "È ancora utile "ricercare" la deliberazione?", in COLUCCI, *ult. op. cit.*, 562.

⁽²⁴⁾ Tale posizione fu espressa fin dai primi anni 60 da una ampia parte della dottrina. Tuttavia, i successivi sviluppi portarono ad un abbandono della teoria, anche da parte degli iniziali proponenti, della deliberazione come espressione della volontà collegiale. Sul punto si veda NIGRO, *Deliberazione*, *cit.*, e riferimenti bibliografici ivi citati. Inoltre, più recentemente si veda la ricostruzione di AA.VV., *Atti, procedimenti e documentazione*, in *Enciclopedia degli Enti Locali*, Milano, 2007, 894-905.

⁽²⁵⁾ Tale posizione è in verità residuale, considerando che nella generalità dei casi, la dottrina più risalente ha considerato la deliberazione come atto collegiale. Sulla possibilità delle deliberazioni come espressione di volontà di un organo individuale si veda COLUCCI, *Deliberazione*, *cit.*, in particolare la nota n. 18.

sia gli atti politici degli organi di governo. Più recentemente, il tema della deliberazione è stato maggiormente circoscritto e oggi, con tale termine si tende ad indicare gli atti di indirizzo politico-amministrativo degli organi collegiali politici degli Enti Locali: con tale atto viene estrinsecata la volontà della Giunta e del Consiglio dell'Ente Locale. In particolare, sono tuttora approvati con deliberazione i bilanci dell'ente, i regolamenti e gli strumenti di pianificazione (ad esempio i piani regolatori), la revoca del segretario dell'ente, previa deliberazione della giunta (art. 100 T.U.E.L.), oppure la nomina del direttore generale (art. 108 T.U.E.L.). Considerando l'evoluzione della legislazione sul tema e l'evoluzione della giurisprudenza⁽²⁶⁾, la deliberazione può essere considerata come l'atto tipico di comuni e province, attraverso il quale vengono svolte le funzioni di direzione e di indirizzo dell'Ente Locale, attraverso un procedimento deliberativo che si articola in varie fasi caratteristiche dell'espressione della volontà collegiale⁽²⁷⁾.

Dall'altra parte, le determinazioni dirigenziali sono atti amministrativi monocratici attraverso i quali il dirigente o il responsabile del servizio dell'ente locale esplica la volontà dell'amministrazione svolgendo le attribuzioni affidate dalla legge. Le determinazioni possono quindi essere configurate secondo un criterio di classificazione bivalente, ossia come atti amministrativi, composti di elementi istruttori e riflettenti un iter sequenziale e procedimentalizzato, ed atti di gestione, riferiti a profili operativi dell'attività e costituenti esercizio di responsabilità, con i quali i dirigenti sviluppano procedimenti ed attuano obiettivi. Le determinazioni dirigenziali sono state introdotte nel nostro ordinamento dal d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29⁽²⁸⁾, che all'art. 3, definiva le attribuzioni dei dirigenti assegnandogli "la gestione finanziaria, tecnica e amministrativa, compresa l'adozione di tutti gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno mediante autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo" realizzabili attraverso delle determinazioni dirigenziali. Successivamente il d.lgs. 25 febbraio 1995, n. 77, con il quale è stato approvato il nuovo "Ordinamento finanziario e contabile degli enti locali", all'art. 27 comma 9, oggi abrogato, ha previsto la possibilità di assunzione degli impegni di spesa mediante "determinazioni", demandandone disciplina e modalità al regolamento di contabilità dell'ente locale: in altre parole, la previsione di atti aventi il *nomen juris* di "determinazioni" faceva riferimento agli atti che impegnavano l'amministrazione dal punto di vista economico. Tale tesi è confermata dallo stesso Testo Unico del 2000, il quale fa riferimento più volte al termine determinazione: in modo particolare l'art. 183, al comma 9 prevede che gli atti attraverso i quali i dirigenti assumono gli impegni di spesa debbano essere definiti "determinazioni".

⁽²⁶⁾ Cons. St., sez. V, 15 marzo 2006, n. 1370, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2006, III, 869.

⁽²⁷⁾ Sul punto di si veda AA.VV., *Atti, procedimenti*, cit., 905.

⁽²⁸⁾ CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2008, 468.

Come è stato ricostruito, sia il termine deliberazione che il termine determinazione non hanno una definizione univoca nel diritto positivo, anzi spesso accade che possano essere confusi. Ciò richiede all'interprete uno sforzo di comprensione, per capire l'effettiva portata del termine di volta in volta usato dal legislatore, aprendo spesso diversi fronti interpretativi, come nel caso di specie. Tuttavia, nell'ambito della distinzione delle competenze e come ricostruito più sopra, sembra evidente che possa essere tracciata una netta distinzione tra la determinazione, come atto tipico di gestione amministrativa adottabile dalla dirigenza dell'ente, dalla deliberazione, come atto tipico di indirizzo politico, che spetta al Consiglio e alla Giunta. Per tale motivo, se rimaniamo legati al dato normativo letterale dell'art. 124 T.U.E.L. non sembra possibile applicare gli obblighi di pubblicazione ivi previsti anche alle determinazioni, essendo due atti completamente diversi. Tuttavia, tenendo in considerazione altri fattori fondamentali, come d'altronde fa il giudice nella sentenza in commento, è possibile giungere ad una soluzione differente.

4. Sulla questione dell'obbligo di pubblicazione delle determinazioni dirigenziali è lo stesso giudice a ricordare come non esista un indirizzo chiaro e condiviso da parte della giurisprudenza, anzi vi è un "obiettivo contrasto", sintetizzabile in due diverse posizioni.

Il primo indirizzo giurisprudenziale⁽²⁹⁾, è il più risalente e tendenzialmente recessivo, secondo il quale termine "deliberazione" dell'art. 124 fa riferimento solo alle deliberazioni *stricto sensu* degli enti di governo (Consiglio e Giunta), non potendosi applicare alle determinazioni dei dirigenti degli Enti Locali⁽³⁰⁾. Secondo questo indirizzo, la pubblicazione delle determinazioni dirigenziali è una forma superflua di pubblicità legale, in quanto la validità dell'atto deriva non dalla sua conoscibilità esterna ma dal visto di regolarità contabile, essendo tendenzialmente atti di impegno di spesa. In altre parole,

⁽²⁹⁾ Da ultimo si veda TAR Veneto, sez. II, 26 marzo 2007, n. 938, in cui si afferma che "per quanto riguarda le determinazioni dirigenziali esse non sembrano rientrare nella dizione "deliberazioni" di cui all'articolo 124 del D Lgs 267 del 2000" per tale motivo, pur non ignorando "la giurisprudenza che al contrario considera che la pubblicazione all'albo pretorio del comune riguarda non solo le deliberazioni degli organi di governo (consiglio e giunta municipali)" le determinazioni non possono rientrare nella definizione di deliberazione, *ex art.* 124 T.U.E.L., in quanto la considera non solo contrastante con la lettera della norma ma altresì eccessivamente gravosa per i terzi. In altri termini, date le conseguenze che la pubblicazione all'albo comporta in relazione all'impugnazione, e trattandosi di una *factio juris*, l'interpretazione delle relative normative non può che risultare restrittiva." in *Foro Amm. TAR*, 2007, III, 885. Sul punto si veda anche, Corte Cost., 1° giugno 1979, n. 38 e 39; Cons. St., sez. IV, 6 dicembre 1977, n. 1129; TAR Campania, sez. I, 19 luglio 2005, 1285.

⁽³⁰⁾ BARUSSO, *Controlli. Commento al t.u. sull'ordinamento delle autonomie locali*, VI, Rimini, 2001, 27. Sulla stessa posizione si veda PONTE, *Commento all'art. 124, in La riforma degli Enti Locali: commentario al D. lg. 18 agosto 2000, n. 267*, Commentario diretto da PITERÀ e VIGOTTI, Torino, 2002, pag. 585.

la validità delle determinazioni dirigenziale è data dalla verifica dei criteri giuridico-legali secondo lo schema dei controlli interni, salvo l'obbligo di comunicazione diretta agli interessati previsto nella l. 241/1990.

A questa tesi, se ne contrappone una seconda più recente⁽³¹⁾, che segue una logica interpretativa estensiva, secondo la quale con il termine "deliberazione" vengono indicate, non solo le deliberazioni consiliari e di giunta degli Enti locali, ma anche le determinazioni dirigenziali, le quali devono essere ricomprese nell'ambito di applicazione dell'art. 124 T.U.E.L. Ed è questa tesi che sposa il giudice, secondo il quale, il termine deliberazione deve essere interpretato *ab antiquo*, nel senso che il legislatore abbia voluto intendere sia le deliberazioni degli organi di governo sia le determinazioni dirigenziali, e quindi, sia gli atti collegiali sia gli atti monocratici. La conseguenza diretta è che, anche per le determinazioni dirigenziale è necessaria la pubblicazione nell'Albo Pretorio dell'Ente per almeno 15 giorni, momento dal quale viene calcolato il termine di impugnabilità dell'atto.

La lettura estensiva dell'ambito di applicazione dell'art. 124 parte da alcune deduzioni. Per prima cosa, il T.U.E.L., in pieno spirito di codificazione⁽³²⁾, deve essere considerato come un testo compilativo e di coordinamento di tutte le norme sugli Enti Locali stratificatesi durante gli anni 90. Ciò è dimostrato dal fatto che l'art. 124 (unitamente all'art. 134) nella versione del 2000 ripropone la stessa formula di cui all'art. 47 della l. 142/1990 sul sistema delle autonomie locali. Di conseguenza, il motivo per il quale il Testo Unico non considera nella norma relativa alla pubblicazione delle deliberazioni dell'ente anche le determinazioni dirigenziali è perché tale atto non era ancora previsto da nessuna disposizione legislativa prima del 1990. Infatti il legislatore del tempo a cui la norma in commento è diretta riproposizione, indicava con il termine generale di deliberazione, tutti gli atti amministrativi dell'Ente e non distinguendo tra atti di indirizzo politico e atti di gestione amministrativa. Per tale motivo, il termine deliberazione deve essere inteso in modo estensivo ed evolutivo, ricomprendendovi anche le determinazioni dirigenziali. Come abbiamo cercato di dimostrare più sopra, infatti, le determinazioni sono ormai atti tipici non solo della dirigenza degli Enti Locali, nei quali assumono particolare importanza, ma anche per la dirigenza intesa in senso ampio nel momento in cui svolge le ordinarie attribuzioni di amministrazione concreta e di gestione, come ampiamente

⁽³¹⁾ Cons. St., sez. V, 15 marzo 2006, n. 1370, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2006, III, 869 "la pubblicazione all'albo pretorio del comune è prescritta dall'art. 124 T.U. n. 267/2000 per tutte le deliberazioni del comune e della provincia ed essa riguarda non solo le deliberazioni degli organi di governo (consiglio e giunta municipali) ma anche le determinazioni dirigenziali"; Cons. St., sez. VI, 15 febbraio 2012, n. 750; TAR Liguria, sez. I, 24 agosto 2011, 1351.

⁽³²⁾ Sul punto si richiama OLIVIERI, *La pubblicazione delle deliberazioni (art. 124)*, in *L'ordinamento degli Enti Locali. Il Testo Unico (d.lgs. 267/2000) e le norme collegate*, AA.VV., Rimini, 2004, 1123.

dimostrato dal fatto che la riserva in capo alla dirigenza di tali compiti di amministrazione concreta e di (micro) gestione organizzativa informa di sè l'intero impianto del decreto legislativo 165/2001, e l'ordinamento amministrativo più in generale, al punto che di recente la Corte Costituzionale ha chiarito che la distinzione "tra funzioni di indirizzo politico-amministrativo e funzioni di gestione amministrativa costituisce un principio di carattere generale, che trova il suo fondamento nell'art. 97 Cost."⁽³³⁾.

Inoltre a norma dell'art. 2 del decreto 165, le pubbliche amministrazioni ispirano la propria attività a determinati principi, tra cui il "dovere di comunicazione esterna e interna" e i "principi di imparzialità e trasparenza dell'azione amministrativa". Senza dimenticare lo stesso art. 10 del d.lgs. 267/2000, secondo il quale tutti gli atti degli Enti Locali devono essere pubblici (e quindi, anche conoscibili da parte dei cittadini). Tutto ciò cospira, nella lettura del giudice, nel senso di considerare anche le determinazioni dirigenziali nel novero degli atti del comune (le "deliberazioni", secondo una accezione *aspecifica*, "*ab antiquo*") soggetti all'obbligo di previa pubblicazione, ai fini dell'acquisto dell'efficacia giuridica. Per questo motivo, secondo il giudice amministrativo di primo grado, le determinazioni non pubblicate sull'Albo Pretorio non hanno potuto effettivamente produrre i loro effetti giuridici, con la conseguenza di travolgere l'intera procedura di progressione verticale oggetto della sentenza.

Restano da sottolineare tuttavia, al netto dell'interpretazione evolutiva sposata dal Tar, le conseguenze dell'incertezza determinata dall'attuale formulazione dell'art. 124, il quale ha tralasciato di inserire le determinazioni dirigenziali, quale atto tipico della dirigenza, tra gli obblighi di pubblicazione, nonostante il richiamato, generale obbligo di pubblicità degli atti amministrativi degli enti locali. Per tale motivo, il giudice amministrativo di primo grado, per giustificare la sua scelta per la lettura estensiva del termine deliberazione, è chiamato a ricostruire il rapporto tra l'art. 124 T.U.E.L., norma che nella sua *ratio* dovrebbe garantire l'obiettivo di rendere pubblici e conoscibili tutti gli atti degli enti locali degli enti locali di esercizio del potere deliberativo, e gli strumenti di pubblicità degli atti come evoluzione del principio di trasparenza.

5. La scelta di preferire l'interpretazione estensiva del termine "deliberazione" parte dal presupposto della necessità di una lettura logico-sistematica del T.U.E.L. all'interno di un quadro normativo in evoluzione. Il tema centrale intorno a cui ruota l'interpretazione del giudice è quello della trasparenza quale principio generale dell'ordinamento amministrativo e come principio di natura costituzionale⁽³⁴⁾. Sul tema della trasparenza

⁽³³⁾ Cfr. Corte Cost., 8 maggio 2013, n. 81.

⁽³⁴⁾ Sul punto si rimanda all'ampia e consistente ricostruzione delle diverse dimensioni del principio della trasparenza in MERLONI, *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008.

realizzabile attraverso gli strumenti della pubblicità dell'attività amministrativa negli ultimi anni sono state apportate numerose modifiche rispetto al quadro previsto negli artt. 124 e 134 del T.U.E.L. Tali modifiche, di cui si parlerà più avanti, essendo successive alla vicenda oggetto della sentenza in epigrafe non possono essere direttamente applicate, tuttavia sono utilizzate dal giudice amministrativo per sostenere la sua scelta di preferire la lettura estensiva del termine "deliberazione", in quanto la possibilità di non ricomprendere le determinazioni dirigenziali nell'ambito di applicazione dell'art. 124 T.U.E.L. si sarebbe posta in "contrasto con la suddetta esigenza" di trasparenza dell'attività amministrativa "espressa dall'ordinamento".

Da questo punto di vista, il legislatore già da tempo ha aggiornato e rafforzato il quadro normativo intorno al principio della trasparenza, quale condizione di validità per lo svolgimento dell'attività amministrativa. Uno dei primi interventi su questo tema, che ha inciso anche direttamente sugli atti amministrativi e dirigenziali negli Enti Locali, è la legge 28 gennaio 2009, n. 69 e segnatamente l'art. 32, secondo il quale alla data del primo gennaio 2010 è sufficiente la pubblicazione sui propri siti informatici da parte dell'amministrazione interessata, per assolvere gli obblighi di pubblicità legale. Inoltre il successivo comma 5, dello stesso art. 32 ha stabilito che a decorrere dal primo gennaio 2011⁽³⁵⁾, tutte le pubblicazioni in formato cartaceo degli atti e provvedimenti amministrativi e quindi anche le pubblicazioni delle "deliberazioni" nell'albo pretorio come stabilito nell'art. 124 T.U.E.L., non hanno effetto di pubblicità legale, ferma restando la possibilità per le amministrazioni e gli enti pubblici di effettuare, in via integrativa, la pubblicità sui quotidiani a scopo di maggiore diffusione. Attraverso questo intervento legislativo sono state fissate le modalità e i tempi per il passaggio graduale dalla pubblicità cartacea alla pubblicità *on line* con effetti legali: in altre parole, viene sancito il passaggio dall'albo pretorio all'albo *on line*. L'art. 32 della l. 69/2009 dà attuazione a una norma più risalente, ovvero l'art. 54 comma 4 bis del Codice dell'Amministrazione Digitale, d.lgs. 82/2005, secondo il quale "la pubblicazione telematica produce effetti di pubblicità legale nei modi e nei casi previsti espressamente dall'ordinamento"⁽³⁶⁾ da cui deriva il fatto della necessaria previsione di una norma legislativa per riconoscere valore legale alla pubblicazione di un atto amministrativo. Tale norma, pur non applicandosi al caso concreto, ci permette di evidenziare un contrasto molto forte tra la prospettiva evolutiva disegnata dal legislatore verso una maggiore e generalizzata trasparenza del sistema e la forma di

⁽³⁵⁾ Inizialmente il termine era del primo gennaio 2010, è stato successivamente prorogato al primo gennaio 2011, dall'art. 2 comma 5, d.l. 30 dicembre 2009, n. 194, convertito con modificazioni, dalla l. 26 febbraio 2010, n. 25.

⁽³⁶⁾ La piena attuazione dell'art. 32 è stata demandata ad un regolamento d'attuazione successivo, il D.P.C.M. Del 26 aprile 2011, che stabilisce le modalità di pubblicazione nei siti informatici delle amministrazioni e degli enti pubblici degli atti e dei provvedimenti nonché le procedure di evidenza pubblica e i bilanci.

pubblicità legale in formato cartaceo attraverso l'Albo Pretorio, tanto più se si considera il fatto che è lo stesso giudice che arriva ad ipotizzare una abrogazione implicita dell'art. 124 del T.U.E.L., di fronte all'art. 32 della l. 69/2009, a partire dal primo gennaio 2011.

Da ultimo tale tendenza è stata ulteriormente rafforzata e confermata dal d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 relativamente al riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità e trasparenza da parte delle amministrazioni, secondo il quale la pubblicazione e la diffusione di documenti ed informazioni attuata mediante i siti delle amministrazioni costituisce lo strumento essenziale per la realizzazione della trasparenza⁽³⁷⁾. Tanto più che, aldilà del quadro normativo che, si ribadisce, non si applica alla fattispecie della sentenza, in termini generali si deve considerare che ormai lo strumento ordinario di pubblicità per le amministrazioni pubbliche è proprio il sito informatico e l'Albo *on line*, considerando lo strumento dell'Albo Pretorio ormai superato. Sulla base della ricostruzione dell'evoluzione normativa e del riconoscimento del principio di trasparenza, l'art. 124 T.U.E.L., quale norma che consente la conoscibilità dell'attività amministrativa, deve applicarsi anche alle determinazioni dirigenziali, la cui pubblicazione sull'albo pretorio risponde alla necessità di trasparenza e di conoscenza legale dell'attività amministrativa, almeno fino all'entrata in vigore del già citato art. 32, della l. 69/2009, ovvero il termine ultimo del 31 dicembre 2010.

In conclusione, è importante sottolineare come il giudice abbia dato notevole attenzione al principio della trasparenza e agli ultimi sviluppi relativi al regime della pubblicità. Tali norme, pur non applicandosi *ratione temporis* alla fattispecie della sentenza, ci permettono di comprendere come la pubblicità degli atti e provvedimenti amministrativi degli Enti Locali, effettuata con l'Albo Pretorio, fino almeno al 31 dicembre 2010, e poi con gli strumenti informatici quali i siti internet e l'istituzione dell'albo *on line* sul sito dell'amministrazione, sia l'elemento fondamentale che utilizza il giudice per svolgere quella interpretazione logico-sistematica necessaria per contestualizzare il Testo Unico degli Enti Locali e privilegiare la lettura estensiva dell'art. 124 T.U.E.L. Tuttavia, tale ricostruzione del giudice dimostra come sia sempre più necessario porre l'accento su una revisione organica del Testo Unico degli Enti Locali a fronte di interventi di modifica finora affrettati, imprecisi e frammentari, in un contesto normativo estremamente diversificato rispetto al momento in cui il Testo Unico era entrato in vigore.

DANIELE DAVID

⁽³⁷⁾ Sul punto si veda PONTI, *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs.14 marzo 2013, n. 33*, Rimini 2013; SAVINO, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Gior. Dir. Amm.*, II, 2013, 795-810; PATRONI GRIFFI, *La trasparenza della pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, in *www.federalismi.it*, 17 aprile 2013; PONTI, *Il codice della trasparenza amministrativa: non solo riordino, ma ridefinizione complessiva del regime della trasparenza on line*, in *www.neldiritto.it*, 2013.

TRIBUNALE DI PERUGIA – 25 marzo 2014 n. 607 –*Est.* GIULIANI – Umbria Acque s.p.a e Zucchini Angelo (avv. Calvieri) c. Provincia di Perugia (avv. Sorbini).

Annulamento sanzioni amministrative in materia ambientale – Competenza – trasferimento dalla Regione alla Provincia – Compatibilità con il Testo Unico dell’Ambiente e competenza esclusiva delle Regioni e province autonome – Effetti sulle leggi regionali anteriori – Mancata pronuncia del giudice sul tema (art. 22 l. 24 novembre 1981 n. 689; art. 101 comma 1, 133 comma 1 e 135 d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152; art. 62 l. reg. Umbria 2 marzo 1999 n. 3).

L’entrata in vigore del d.lgs. 152/2006, Codice dell’Ambiente, ha modificato il riparto di competenze in ambito sanzionatorio, affidandole unicamente alla regione. Ciò ha messo in una condizione di cd. invalidità sopravvenuta la normativa di rango regionale previgente, rendendo necessario un intervento della Corte Costituzionale o del legislatore sul tema. (1)

L’opposizione (*omissis*) alla ordinanza-ingiunzione (*omissis*) emessa dalla Provincia di Perugia può ritenersi fondata.

Ed invero, la Provincia di Perugia, in detta ordinanza-ingiunzione ha ritenuto di sanzionare i ricorrenti sulla base del fatto che questi ultimi, presso l’impianto di depurazione di acque reflue urbane di Marsciano, avrebbero “commesso la seguente violazione: superamento dei valori-limite di emissione (*omissis*)”; in sintesi, i ricorrenti risultano essere stati sanzionati per la pretesa violazione del combinato disposto di cui all’art.101, comma 1 ed art. 133, comma 1, del d.lgs. n. 152/2006.

(*Omissis*) La condotta illecita tipizzata dell’art. 133, comma 1 del d.lgs. n. 152/2006 non risulta materialmente commessa dai ricorrenti, i quali non risultano avere effettuato alcuna diretta attività di scarico con superamento dei valori-limite di emissione; in altri termini parte ricorrente non risulta aver posto in essere la condotta illecita tipizzata nella fattispecie normativa invocata nella ordinanza-ingiunzione (*omissis*). In altri termini, l’autore materiale della condotta illecita tipizzata nella violazione (*omissis*) non risulta essere l’U.A. s.p.a., ma il diverso soggetto S.D.L. Soc. Coop. Agricola, autonomamente sanzionato proprio per la violazione in questione. Ne consegue che la reazione sanzionatoria prevista dall’art. 133 – già disposta a carico del soggetto materialmente responsabile della tipizzata condotta illecita (S.D.L Soc. Coop. Agricola) non può ritenersi legittimamente estesa anche a carico dei ricorrenti.

(*Omissis*) Alla luce delle considerazioni sopra esposte la sanzione di

cui all'art. 133, comma 1, del d.lgs. n. 152/2006 non può ritenersi legittimamente ingiunta agli odierni ricorrenti. (*Omissis*).

(1) Il non-detto del giudice. Conflitto tra art. 62 l. reg. Umbria 2 marzo 1999 n. 3 e Codice dell'Ambiente.

Con la sentenza del 25 marzo 2014 n. 607, il Tribunale Civile di Perugia ha accolto un ricorso *ex art. 22 e ss. della legge 24 novembre 1981 n. 689*, annullando una ordinanza-ingiunzione emessa dalla Provincia di Perugia. Il provvedimento sanzionava i ricorrenti per aver superato i limiti di emissione in materia di scarico, attraverso il combinato disposto degli artt. 101, comma 1 e 133 comma 1 del d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152, ovvero del Codice dell'Ambiente.

Il Tribunale ha annullato l'ordinanza-ingiunzione in questione, in quanto la condotta non è stata materialmente commessa dai ricorrenti; non era pertanto possibile applicare a costoro la reazione sanzionatoria prevista dall'art. 133, comma 1 del Codice dell'Ambiente.

Senza entrare nel merito della questione oggetto del procedimento, quello che immediatamente risalta agli occhi dell'osservatore non è tanto ciò che il Tribunale ha affermato, quanto piuttosto il tema che il Giudice ha - volutamente o meno - evitato di affrontare: ovvero, il fatto che sia stata proprio la Provincia di Perugia ad irrogare la sanzione, poi annullata.

Innanzitutto, è bene ricordare quale sia il riparto di competenze legislative in materia ambientale. Secondo il dettato costituzionale, la tutela dell'ambiente è materia di legislazione esclusiva dello Stato (art. 117, comma 2, l. s) Cost.).

Ciononostante, è la stessa Corte Costituzionale, intervenuta più volte in tal senso, anche a seguito della modifica del Titolo V, ad aver escluso che la tutela dell'ambiente possa essere identificata come "materia in senso tecnico" in quanto essa "investe e si intreccia inestricabilmente con altri interessi e competenze". La tutela dell'ambiente, dunque, si configura, secondo giurisprudenza costante della Consulta, come "un valore costituzionalmente protetto ... una sorta di materia trasversale, in ordine alla quale si manifestano competenze diverse, che ben possono essere regionali". È ancora la Corte a ricordare che, in sede di lavori preparatori alla redazione della l. s) art. 117, comma 2, non era stata affatto esclusa in questo settore la "competenza regionale alla cura di interessi funzionalmente collegati con quelli propriamente ambientali" (Corte cost. 26 luglio 2002, n. 407) quali, ad esempio, la tutela della salute ed il governo del territorio: materie di cui al terzo comma dell'articolo 117 Cost., dunque sottoposte a regime di legislazione concorrente⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Cfr. BIFULCO, CELOTTO, OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006 ed anche CARETTI, TARLI BARBIERI, *Diritto Regionale*, Torino, 2007; vedi

In quest'ottica, è senz'altro legittimo l'intervento legislativo regionale in materia ambientale.

Ad ogni modo, però, è sempre la Corte Costituzionale – il cui orientamento è stato fatto proprio anche dal Tar Lombardia, 18 dicembre 2013 n. 2858 – a stabilire che *“la disciplina unitaria del bene complessivo ambiente, rimessa in via esclusiva allo Stato, prevale su quella dettata dalle regioni o dalle province autonome, in materie di competenza propria, ed in riferimento ad altri interessi, operando come un limite alla disciplina regionale o provinciale che non può in alcun modo derogare o peggiorare il livello di tutela ambientale stabilito dallo Stato”* (Corte Cost. 5 novembre 2007, n. 378).

Fatta questa premessa, conviene soffermarsi sul testo del d. lgs. 3 aprile 2006 n. 152⁽²⁾. Il Codice dell'Ambiente, all'art. 135, attribuisce alla regione o alla provincia autonoma nel cui territorio venga commessa la violazione (nel caso in specie il superamento dei valori-limite stabiliti per gli scarichi), il potere di irrogare sanzioni amministrative, per mezzo di ordinanza-ingiunzione.

L'articolo appena menzionato ripropone la formula dell'art. 56 del d.lgs. 11 maggio 1999 n. 152, abrogato con l'entrata in vigore del Codice dell'Ambiente nel 2006, salvo qualche - rilevante - variazione⁽³⁾.

Oltre al fatto che, a seguito della riforma, sia ora espressamente specificato il tipo di provvedimento sanzionatorio (ordinanza-ingiunzione) che il soggetto preposto deve irrogare, la normativa precedente prevedeva un inciso, ai sensi del quale le stesse regioni o province autonome competenti avrebbero potuto disporre diversamente in materia di competenza, attribuendo cioè la stessa a soggetti diversi: le province, ad esempio.

Coerentemente con la disposizione del d.lgs. 152 del 1999 (e con quanto sopra sottolineato in tema di riparto costituzionale di competenze legislative), interviene la Legge regionale Umbria 2 marzo 1999 n. 3, la quale, all'articolo 62, trasferisce alle province le funzioni amministrative in materia di inquinamento delle acque, comprendendo espressamente anche la funzione di controllo degli scarichi.

Se, al tempo della sua emanazione, tale disposizione risultava del tutto plausibile, con l'entrata in vigore del Codice dell'Ambiente si è venuto a creare un contrasto tra la normativa regionale previgente e la norma sta-

anche CECCHETTI, *Legislazione statale e regionale per la tutela dell'ambiente: niente di nuovo dopo la riforma del Titolo V*, in *Regioni*, 2003, 318 ss.

⁽²⁾ Recita il d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152, art. 135: “In materia di accertamento degli illeciti amministrativi, all'irrogazione delle sanzioni amministrative provvede, con ordinanza-ingiunzione ai sensi degli articoli 18 e seguenti della l. 24 novembre 1981, n. 689, la regione o la provincia autonoma nel cui territorio è stata commessa la violazione...”.

⁽³⁾ Recitava il d.lgs. 11 maggio 1999 n. 152, art. 56: “In materia di accertamento degli illeciti amministrativi all'irrogazione delle sanzioni amministrative pecuniarie provvede, salvo diversa disposizione delle regioni o delle province autonome, la regione o la provincia autonoma nel cui territorio è stata commessa la violazione...”.

tale introdotta, appunto, nel 2006. Si potrebbe affermare, come espresso dal Tribunale di Verona (Sentenza del 4 giugno 2013) in un caso analogo⁽⁴⁾, che sia “venuto meno il fondamento normativo della norma regionale”; pertanto, in riferimento alla situazione ora in esame, è posta in dubbio la legittimità del conferimento alla Provincia di Perugia del potere di irrogare dette sanzioni amministrative.

A questo punto, bisogna chiedersi quale sia il destino della norma regionale, a seguito dell'avvenuta evoluzione della legislazione statale.

Il dibattito, in dottrina e giurisprudenza, sul tema è pluridecennale e tuttora aperto⁽⁵⁾.

Norma cardine in materia è l'articolo 10, l. 10 febbraio 1953 n. 62, ai sensi del quale “le leggi della Repubblica che modificano i principi fondamentali ... abrogano le norme regionali che siano in contrasto con esse”. Tale norma, seppur risalente, è da ritenersi ancora in vigore, non essendo mai stata abrogata né esplicitamente né implicitamente⁽⁶⁾.

Nel caso in specie, però, l'individuazione del soggetto competente all'irrogazione di un provvedimento amministrativo di carattere sanzionatorio non rientra nella categoria dei principi fondamentali; ne deriva che l'efficacia abrogativa prevista dal menzionato art. 10, l. n. 62 del 1953 non spiega i suoi effetti nei confronti della norma regionale in questione: l'abrogazione cd. implicita dell'art. 62 non ha avuto luogo⁽⁷⁾.

Esclusa dunque l'applicabilità dell'articolo 10, l. 62 del 1953 e, di conseguenza, il verificarsi dell'abrogazione, potremmo chiederci se ad investire l'art. 62 della l. regionale Umbria sia la cd. “invalidità sopravvenuta”. Tale ipotesi, prevista dalla Consulta in riferimento alla sopravvenienza di nuove leggi-quadro statali in settori già coperti da discipline regionali (cfr. Corte cost., 28 luglio 2004, n. 280, 22 luglio 1985 n. 214, 8 maggio 1995 n. 153 e 18 maggio 1999, n. 171), può aver luogo in alternativa all'abrogazione e necessita dell'intervento della Corte Costituzionale (in assenza di un adeguamento da parte del legislatore), la quale attesti – e risolva – l'incompatibilità tra fonti normative⁽⁸⁾.

⁽⁴⁾ Il Tribunale di Verona ha annullato delle ordinanze-ingiunzione – irrogate dal Comune in forza della deroga prevista dalla l. reg. Veneto 9 settembre 1999 n. 46 – affermando la competenza esclusiva della Regione ad emettere tale tipo di ordinanza.

⁽⁵⁾ Delle varie teorie precedenti alla riforma del Titolo V ne dà ampia trattazione TOSI, *Principi fondamentali e leggi statale nelle materie di competenza regionale*, 1987, pp. 79 ss. Per una disamina “attualizzata”, cfr. MARTINES, RUGGERI e SALAZAR, *Lineamenti di diritto regionale*, Milano, 2008, 165 ss.

⁽⁶⁾ Vedi Cons. St., ad. plen., 7 aprile 2008 n. 2 ed anche TAR Piemonte, 7 dicembre 2012 n. 1305.

⁽⁷⁾ Cfr. in questo senso PRATI, GALOTTO, Scarichi, *inquinamento idrico e difesa del suolo*, Milano, 2008, 139.

⁽⁸⁾ MARTINES, RUGGERI, SALAZAR, *Lineamenti*, cit.

Nel caso in esame, per quanto riguarda la normativa statale sopravvenuta, non si tratta di legge-quadro, ma di decreto legislativo a sé stante, il quale non prevede necessariamente un adeguamento, né integrazioni da parte della normazione regionale e che, dunque, è di per sé perfettamente autonomo.

Ciononostante, potremmo affermare che è proprio di invalidità sopravvenuta che dovremmo parlare: il contrasto tra la norma regionale, la quale prevede il trasferimento di competenze alla provincia, e la norma statale, che affida tale competenza (eliminando, rispetto al testo previgente, la possibilità di deroga) in via esclusiva alla regione (o provincia autonoma), dà luogo ad una incompatibilità tra le due fonti normative. Non essendo quella statale una norma di principio fondamentale, come già esposto, detta incompatibilità non potrà risolversi con l'automatica abrogazione della confliggente disciplina prevista dalla legge regionale.

A tale risultato dovrà arriversi, pertanto, in altri modi: investendo della questione la Corte Costituzionale o correggendo tale dissonanza tra i due livelli normativi attraverso l'intervento mirato del legislatore (statale o regionale), così da espellere dall'ordinamento – in maniera espressa – la norma confliggente o modificandone i contenuti, in modo da renderla coerente con il sistema normativo. Si dovranno applicare, cioè, i principi generali in tema di successione delle norme nel tempo.

Il contrasto tra la previsione regionale e quella statale, pertanto, ad oggi è vivo e pone la norma regionale in una situazione di invalidità sopravvenuta, la quale aspetta (e necessita) una sanzione da parte dell'ordinamento, affinché tale conflitto sia sanato.

FRANCESCO BONADUCE

T.A.R. UMBRIA - 28 aprile 2014 - n. 230. Pres. Est. LAMBERTI - ASD A.d.A. (Avv. M. Di Paolo) c. la Provincia di Terni (Avv. P. Bececco) e A. B. W. (Avv. G. Ranalli e F. Garzuglia)

Procedura ad evidenza pubblica – Gestione degli Impianti Sportivi – Affidamento diretto – Discrezionalità della scelta – Criterio Offerta Economicamente più Vantaggiosa (L. reg. 12 marzo 2007, n. 5 in materia di affidamento della gestione di impianti sportivi).

Procedura ad evidenza pubblica – Gestione degli Impianti Sportivi – Distinzione tra impianti sportivi aventi rilevanza economica ed impianti privi di tale rilevanza (L. reg. 12 marzo 2007, n. 5 in materia di affidamento della gestione di impianti sportivi).

Procedura ad evidenza pubblica – Affidamento diretto – Competenza della Commissione di Gara – Professionalità (Art. 84 del d.lgs. 163/2006).

Procedura ad evidenza pubblica – Affidamento diretto – Criterio Offerta Economicamente più Vantaggiosa – Criteri di valutazione (Art. 83 del d.lgs. 163/2006).

In materia di affidamento della gestione di impianti sportivi, ai sensi della legislazione nazionale (art. 90 della l. reg. 289/2002) e di quella regionale (4 della l. reg. Umbria del 12 marzo 2007, n. 5), occorre far ricorso all'evidenza pubblica, salvo che si tratti di impianti privi di rilevanza economica e nei casi previsti dall'art. 4, comma 4, della legge regionale (che costituisce declinazione dell'art. 23 bis, d.l. n. 112/2008, convertito nella l. n. 133/2008). (1)

La distinzione tra impianti sportivi aventi rilevanza economica ed impianti privi di tale rilevanza, nel silenzio del legislatore nazionale e regionale sul punto, è da qualificarsi come scelta connotata da ampia discrezionalità (al limite della scelta politica), basata sulla valutazione capacità del servizio di gestione degli impianti sportivi di generare un utile anche sociale che si riflette oggettivamente sul mercato nel senso di sopperire alla mancanza di iniziativa privata o di calmierare i prezzi dell'analoga attività privata. (2)

L'art. 84 del d.lgs. 163/2006 richiede solamente il possesso di una professionalità sufficiente da valutare compiutamente le offerte delle partecipanti e non un'esperienza talmente particolare da impingere lo stesso oggetto della gara. (3)

La commissione di gara non è tenuta a formulare, nella valutazione delle offerte secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ulteriori criteri per la ripartizione dei punteggi all'interno di ciascun sub-criterio, nel caso in cui tale ulteriore formulazione si dimostra superflua in quanto l'articolazione dei criteri di giudizio dei commissari formulata nella lex specialis è già sufficientemente in linea con l'oggetto della gara". (4)

(Omissis) 1. L'odierna ricorrente A. S. D. - Associazione di Associazioni (ASD A.d.A.) è gestore della piscina di Viale Trieste, annessa al palazzetto dello sport, di proprietà della Provincia di Terni e gestisce anche le piscine di Borgo Bovio e Campitelli nonché tutti i palazzi e le palestre di proprietà della provincia di Terni sul territorio di Terni e Narni.

1.1. Da parte dell'ASD A.d.A. sono impugnati i seguenti atti e provvedimenti:

- con l'atto introduttivo del ricorso:
- il bando prot. 44123 datato 27 agosto 2013 con il quale la Provincia di Terni ha indetto una procedura aperta per l'affidamento in concessione degli impianti sportivi di sua proprietà;
- la delibera del Consiglio provinciale n. 30 del 24 giugno 2013, recante l'approvazione delle linee d'indirizzo e d'uso per la gestione degli impianti sportivi di proprietà della Provincia di Terni;
- la determina dirigenziale n. 649 del 26 agosto 2013, nella parte in cui stabilisce di procedere ad affidamento in concessione della gestione degli impianti sportivi della Provincia di Terni facenti parte dei lotti 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 6 e 9 previsti dall'art. 3, co. 1, del disciplinare approvato con deliberazione della Giunta provinciale n. 129 del 22/8/2013 previo espletamento di procedura aperta e approva il bando di gara e il disciplinare nel testo rispettivamente allegato "A" e "B";
- con i motivi aggiunti:
 - l'ammissione alla gara dell'A.B.W., nella qualità di capogruppo della costituenda ATI con ASD A.(mandante) e SSD I.(mandante);
 - l'aggiudicazione provvisoria e definitiva in favore dell'A.B.W. relativamente al lotto 1;
 - la determinazione dirigenziale n. 493 del 21 novembre 2013 di approvazione degli atti di gara e di aggiudicazione definitiva all'ATI composta dal A.B.W. de ASD Aquasport e SSD Italica srl.;
 - i verbali di gara del 21 e del 20 novembre 2013 nella parte in cui hanno determinato i punteggi da attribuire alle concorrenti;
 - l'atto del segretario generale n. 50116 del 2 novembre 2013.

1.2. Nell'atto introduttivo sono articolati cinque motivi nei quali si afferma che la *lex specialis* avrebbe illegittimamente: (i) ammesso a par-

tecipare anche imprenditori, individuando impianti anche con rilevanza economica unitamente a quelli senza rilevanza economica nonostante avesse limitato i poteri dei gestori; (ii) applicato in maniera erronea i principi dell'offerta economicamente più vantaggiosa; (iii) escluso la possibilità di dare gli impianti in affidamento diretto; (iv) imposto ai concessionari di realizzare in proprio le opere di adeguamento della piscina; (v) indotto i partecipanti a formulare una proposta non seria.

1.3. Nei motivi aggiunti sono articolate quattro censure avverso la svolgimento della gara in cui si afferma che l'amministrazione avrebbe illegittimamente: (i) ammesso l'ATI capeggiata dall'A.B.W.; (ii) aggiudicato la gara all'offerta della controinteressata; (iii) formulato una griglia di sub-criteri superficiale e incompleta; (iv) nominato una commissione di gara illegittima.

1.4. Nel primo motivo aggiunto è poi riportato il primo introduttivo mentre nel quarto motivo aggiunto sono riportati, il secondo, il terzo, il quarto e il quinto introduttivo.

2. Nel primo motivo introduttivo è censurato il bando di gara, nella parte in cui (a) distingue gli impianti senza rilevanza economica soggetti alla legislazione regionale e quelli anche con rilevanza economica per il cui affidamento deve essere applicato il Codice dei contratti pubblici senza tenere conto della soluzione organizzativa come è necessario allorché ai gestori è sottratta ogni iniziativa sull'organizzazione dell'impianto, è imposto l'obbligo di mettere a disposizione lo stesso a determinate categorie di utenti ed è riservata alla Provincia sinanco la determinazione tariffaria peraltro "vagamente orientata" a criteri di mercato; (b) ammette a partecipare alla gara per la gestione dei impianti operatori economici privi di rilevanza economica senza prevedere l'affidamento diretto in favore degli enti senza scopo di lucro come necessario se l'ente non intende gestire l'impianto in proprio.

2.1. Nel primo motivo aggiunto è censurata in via derivata l'ammissione alla gara dell'A.B.W., controinteressata aggiudicataria in quanto fra le mandanti unitamente ad ASD A., figurerebbe la società SSD Italica che opera sul mercato quale società a responsabilità limitata e pertanto come vero e proprio soggetto imprenditoriale.

2.2. Entrambi i motivi muovono dalla mancata e / o illegittima applicazione dei criteri, nella *lex specialis* di gara, in base a cui distinguere gli impianti a rilevanza economica e quelli privi di tale rilevanza e affermano l'illegittima assegnazione del servizio alla controinteressata A. B. W. anche in violazione della preferenza accordata dalla legge alle società sportive senza fini di lucro.

2.3. Tutte le censure devono essere disattese.

3. Per la gestione degli impianti sportivi di proprietà degli enti locali, il criterio stabilito in via ordinaria dalla legge regionale n. 5 del

12 marzo 2007 è quello dell'evidenza pubblica: l'affidamento diretto rappresenta l'eccezione da applicare ai soli impianti privi di rilevanza economica e nei soli casi dell'art. 4, co. 4 (unicità di soggetto promotore l'attività sportiva, capitale interamente o maggioranza pubblica della società, accorpamento dei soggetti sportivi operanti sul territorio in un unico soggetto sportivo), in presenza dei quali è consentito prescindere dalla regola dell'affidamento tramite gara.

3.1. Sotto il profilo della prevalenza della gara sull'affidamento diretto per la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, la legislazione regionale riflette l'art. 23 *bis*, D.L. n. 112/2008 (conv. L. n. 133/2008) che individua il modulo ordinario di conferimento della gestione dei servizi pubblici locali nelle procedure competitive ad evidenza pubblica a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite, rispetto alle quali l'affidamento diretto degrada a deroga per le "situazioni che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato".

3.2. Nel silenzio della legge statale e regionale circa i criteri distintivi fra gli impianti aventi rilevanza economica e gli impianti privi di rilevanza economica, la cui qualificazione da parte dell'ente locale territoriale riveste carattere discrezionale e, al limite, di scelta politica (TAR Trieste, sez. I 9 dicembre 2013, n. 634), non è censurabile il criterio seguito dal Comune di Terni nel bando di gara in esame che ha determinato cinque lotti per l'affidamento degli impianti privi di rilevanza economica [n. 2) Terni, campo calcio via Sabotino, n. 4) Terni pattinodromo, n. 6) Terni palestre e palazzetti, n. 7) Narni Scalo palestra e pista pattinaggio, n. 8) Amelia palestra e pista pattinaggio] e tre lotti per l'affidamento di impianti con rilevanza economica [n. 1) Terni piscine complesso R. Perona, n. 5) Terni palestre e palazzetti, n. 9) Orvieto palestre e Palazzetti].

3.3. In disparte l'evidente rapporto fra costi e benefici alla base della suddivisione, essendo la "rilevanza economica" propria delle attività che movimentano persone, capitali e mezzi e generino un utile che si riflette sul mercato locale, non è sostenibile l'assunto della ricorrente che riconduce alla "soluzione organizzativa" la qualificazione delle attività (e degli impianti ad esse strumentali) nell'una o nell'altra categoria e conclude per l'irrilevanza economica degli impianti natatori (in specie per il complesso R. Perona) perché nell'allegato "B" al disciplinare sarebbero stati determinati i calendari di utilizzo degli impianti con azzeramento dei ogni iniziativa del gestore e perché le tariffe da praticare per l'uso dell'impianto sarebbero "vagamente orientate" a quelle di mercato.

3.4. In disparte il carattere meramente ellittico della tesi che sostituisce il criterio economico con quello organizzativo all'evidente fine di azzerare la rilevanza della distinzione, ritiene il Collegio che la "soluzione

organizzativa”, non sia idonea di per sé a condizionare la rilevanza economica di un impianto adibito ad un pubblico servizio, data la necessità di contemperare il benessere collettivo cui è funzionalizzata la titolarità dell’impianto con l’esigenza quantomeno di remunerarne la gestione oltre coprirne le spese di esercizio.

3.5. Più che la modalità di funzionamento rimessa alle scelte soggettive dell’ente proprietario, appare discriminante l’individuazione della rilevanza economica la capacità del servizio di generare un utile anche sociale che si riflette oggettivamente sul mercato nel senso di sopperire alla mancanza di iniziativa privata o di calmierare i prezzi dell’analoga attività privata.

3.6. Dall’insieme dei suindicati presupposti, radicati nell’utilità del servizio a fini collettivi e nella sua idoneità a produrre utili sia pure con modalità diverse da quelle del libero mercato, deve escludersi che possa discriminare la rilevanza economica dello stesso (e dell’impianto ad esso strumentale) l’influenza da parte del gestore sulla disponibilità in favore di specifiche categoria di utenti o sulla determinazione delle tariffe che costituiscono, oltre al prezzo per l’uso dell’impianto, uno degli elementi sui quali individuare l’affidatario ai sensi dell’art. 4, co. 2, della LR. n. 5/2007.

3.7. E’ perciò privo di giuridico rilievo l’assunto che, nell’impossibilità da parte di individuare con criteri sufficientemente precisi gli impianti anche con rilevanza economica e quelli privi di siffatta rilevanza, il bando debba necessariamente prevedere l’affidamento diretto in via preferenziale alle società sportive o affini come la ricorrente assume.

3.8. Siffatta conclusione oltre che difforme da principio dell’evidenza pubblica nell’affidamento dei servizi pubblici locali introdotto dall’art. 23 bis, D.L. n. 112/2008, è in aperto contrasto con la potestà dell’amministrazione di optare per la gestione diretta del servizio solo in presenza di ragionevoli valutazioni (TAR Firenze, sez. I, 6 aprile 2011, n. 593) oltre che con l’art. 2, comma 4, l. reg. n. 5/2007 che consente l’affidamento diretto degli impianti privi di rilevanza economica solo in presenza di un solo soggetto che promuove la disciplina sportiva praticabile presso l’impianto.

3.9. Nella specie, la stessa ricorrente ha ammesso nell’atto introduttivo (cfr. pag. 13) l’esistenza nella città di Terni quantomeno di altri due impianti privati, la piscina “La Romita” e la piscina della palestra “T.”: tanto basta ad escludere la possibilità dell’affidamento diretto del servizio anche a voler ammettere che l’impianto sportivo sia privo di rilevanza economica, data la presenza sul territorio di riferimento di più soggetti che promuovono la disciplina sportiva praticabile presso l’impianto, dalla quale la norma regionale trae un’evidente presunzione di rilevanza economica dello stesso, che ne giustifica la messa in gara nel rispetto dei precetti di concorrenzialità.

4. La documentazione in atti depositata dalla Provincia e dalla controinteressata comprova, d'altra parte, la legittimità del possesso dei requisiti in capo all'ATI facente capo all'aggiudicataria A. B.W., essendo la società mandante SSD I. una società sportiva senza fini di lucro, come previsto dal comma 17, lett. c) dell'art. 90, L. n. 289/2002.

4.1. In mancanza dei presupposti per l'affidamento diretto dell'impianto le censure in esame vanno conclusivamente respinte.

5. Nei successivi motivi introduttivi, secondo, terzo e quarto del ricorso e nel secondo motivo aggiunto, sono censurate, a vario titolo, le disposizioni del bando di gara e la composizione della commissione giudicatrice alla stregua del regolamento dei contratti della Provincia di Terni.

5.1. Nessuna delle censure appare meritevole di accoglimento.

6. Nel quarto motivo è criticata la conformità dei punteggi attribuiti, secondo l'art. 15 del disciplinare, ai criteri propri dell'offerta economicamente più vantaggiosa sull'assunto che i punti attribuibili avrebbero per oggetto, dal 30% a 50%, una voce economica in senso stretto, con il venir meno dell'equilibrio fra l'esperienza di settore e la proposta sportiva, propri dell'offerta economicamente più vantaggiosa, contenuti anche nella legge regionale e nelle linee guida.

6.1. Il Collegio osserva come fondante la gestione dell'impianto sportivo ai sensi dell'art. 4 della LR n. 15/2007 è la capacità dello stesso di funzionare ed erogare servizi: è perciò del tutto congruo con la finalità della legge che 30 punti su 100 siano stati riservati alla parte economica.

6.1.2. Non è poi illogico il punteggio di 20 riservato al ribasso sulle tariffe previste dalla Provincia per l'uso degli impianti: le tariffe sono infatti connesse alla proposta economica nel suo insieme e la stessa ricorrente ha formulato un ribasso del 16%, a quanto riferisce la provincia nei suoi scritti difensivi.

6.1.3. Rappresenta poi una petizione di principio che la Provincia abbia privilegiato gli elementi economici a scapito di quelli qualitativi: alla qualificazione professionale sono attribuiti 30 punti, sui 70 riservati alla parte tecnica dell'offerta mentre gli altri 40 sono ripartiti in 10 e 10 per la proposta sportiva e professionale e per il radicamento sul territorio.

6.1.4. Che poi 20 punti siano stati riservati "alle proposte tecniche di gestione, intese quali proposte di migliorie ed elementi aggiuntivi al piano di conduzione tecnica definito dalla Provincia" non implica necessariamente l'onere del gestore di apportare migliorie fisiche all'impianto: la Provincia ha chiarito al proposito che nella gestione tecnica sono comprese le attività ordinarie di funzionamento, quali la guardiania, la pulizia, la manutenzione ordinaria come chiariscono l'art. 13 e l'art.

4 del disciplinare ove il piano di conduzione tecnica è definito come la “descrizione delle attività di manutenzione, di approvvigionamento, di custodia e di vigilanza nonché la descrizione delle attività concernenti il funzionamento tecnologico dell’impianto sportivo”.

6.1.5. La censura va perciò disattesa essendo rimasta in dimostrata l'intentio della Provincia di strutturare l’offerta come “al maggior ribasso” e non come “economicamente più vantaggiosa”.

6.2. Anche privo di fondamento è il terzo motivo, nel quale si afferma l'illogicità del bando nella parte in cui prevede l'affidamento diretto di determinate strutture (palestre n. 1 e 2 annesse all'ITIS “Allievi” di Terni, palestre annesse ai licei scientifici “Donatelli e Galilei di Terni all'Istituto d'arte “Metelli” di Terni e all'IPSIA di Orvieto).

6.2.1. Nell'art. 3, punto 3 del disciplinare, la possibilità dell'affidamento è infatti prevista considerate le dimensioni, la collocazione, il prevalente utilizzo extrascolastico storicamente registrato degli impianti, senza alcuna limitazione o criterio circa la scelta dell'affidatario.

6.2.2. Era perciò onere della ricorrente dimostrare di essere l'unico soggetto sportivo operante sul territorio, come prescritto dall'art. 4, co. 4, lett. c) LR. n. 15/2007 per l'affidamento diretto del servizio.

6.2.3. La censura, oltre che infondata, e perciò anche inammissibile non avendo poi la ricorrente concorso in concreto all'affidamento diretto degli impianti suddetti.

6.3. Analogamente inammissibile è la quarta censura di violazione dei principi generali sulla concorrenza previsti dal codice dei contratti pubblici in quanto le opere previste sugli impianti sarebbero di spettanza della Provincia e non del concessionario, in quanto veri e propri “lavori pubblici”.

6.3.1. In disparte le perplessità sul carattere “pubblico” delle opere di manutenzione e di adeguamento degli impianti mattatori di proprietà di un ente locale territoriale, la ricorrente non individua l'oggetto delle opere da eseguire per l'adeguamento della piscina nè indica le ragioni in base alle quali l'individuazione del gestore tramite la procedura aperta dissimulerebbe un vero e proprio appalto di lavori pubblici.

6.4. Nel quinto motivo sono indicati una serie di sintomi di illogicità dai quali la ricorrente desume eccesso e sviamento di potere, in particolare:

- l'accollo al concessionario delle opere di messa in sicurezza della piscina che, al momento, non in è grado di essere adoperata;

- il pagamento, da parte del concessionario, dei costi di talune utenze a prescindere dal loro effettivo utilizzo;

- l'apoditticità della cifra di € 220.000 determinata per l'utilizzo degli impianti.

6.4.1. Nessuna delle anzidette circostanze è in grado di concretare

il sintomo del dedotto eccesso di potere, la cui censura deve essere conseguentemente respinta.

6.4.2. Nella memoria difensiva in data 13 gennaio 2014, la Provincia chiarito che la non agibilità della piscina concerne solo il suo uso in presenza di spettatori per cui l'impianto è agibile agli effettivi utenti, fermo restando l'adeguamento previsto nel piano di conduzione tecnica e nei relativi allegati: è pertanto garantita la condizione necessaria onde consentire al concorrente di esercitare regolarmente la propria attività non essendo il funzionamento ordinario è inibito ai comuni frequentatori ma solo al pubblico.

6.4.3. La previsione nel bando di gara delle opere necessarie al restauro dell'impianto per meglio consentire la gestione del servizio pubblico già assicurato dall'esistente, pone l'aggiudicatario in grado di formulare la propria offerta assumendone il rischio di impresa sulla scorta della propria capacità aziendale e non concreta alcuna nullità del rapporto per indeterminatezza dell'oggetto, come la ricorrente assume con richiamo all'articolo 1418 c.c.

6.4.4. Relativamente ai costi delle utenze, la provincia ha ammesso che gli impianti sportivi di Viale Trieste, causa l'attuale conformazione strutturale, non sono separati dalla complesso scolastico e che taluni servizi (gas metano ed energia elettrica) sono privi dei relativi contatori e che pertanto i relativi importi vengono calcolati come quota di rimborso forfettario delle relative utenze: si dà comunque atto della possibilità della separazione delle utenze dei servizi impianti degli sportivi dal resto del complesso scolastico, possibilità la cui valutazione è rimessa al gestore degli impianti.

6.4.5. Che nella relazione dell'Energy Manager sia riportato il metodo di contabilizzazione del riscaldamento e dell'energia elettrica distintamente per i singoli impianti sportivi tenendo conto del loro utilizzo anche da parte di altre società sportive obbligate al pagamento dei consumi di acqua calda sanitaria, è sufficiente ad escludere che il pagamento avvenga a prescindere dall'effettivo orario di utilizzo come la ricorrente suppone in altro profilo di censura che va conseguentemente rigettato.

6.4.6. Nella memoria difensiva della provincia in data 13 gennaio 2014, è infine dato atto che la somma di € 220.000,00 annui risponde ad un calcolo nel suo insieme corretto e non già apodittico mentre va considerato tale quello proposto dalla ricorrente in circa € 120.000, senza che sia data precisa contezza delle modalità e dei criteri con cui è stato effettuato.

6.4.7. Anche il suddetto aspetto di censura deve essere perciò dichiarato privo di fondamento.

6.5. Unitamente ai motivi secondo, terzo, quarto e quinto introduttivo

sinora esaminati e riportati a chiosa del quarto motivo aggiunto deve essere respinto anche quest'ultimo nella parte in cui denuncia violazione dell'art. 84 d.lgs. n. 163/2006 e del regolamento dei contratti della provincia di Terni per essere la commissione giudicatrice composta da funzionari non esperti dello specifico settore oggetto dell'appalto.

6.5.1. Dei funzionari chiamati a formare la predetta commissione, l'una riveste la qualifica di funzionario tecnico della U.O. Edilizia scolastica, è iscritta nell'elenco ministeriale per la prevenzione incendi e per la sicurezza in fase di progettazione ed esecuzione e ha esperienze in materia di sicurezza degli edifici scolastici e corpi palestra nelle scuole.

6.5.2. L'arch. S. B. è pertanto in grado di garantire ampie conoscenze ed esperienze riguardo alla valutazione degli interventi edilizi proposti e alla conoscenza delle disposizioni in materia avendo partecipato nella qualità di responsabile unico del procedimento, a numerose procedure di affidamento di appalti di servizi con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

6.5.3. L'altro funzionario è poi responsabile del servizio sviluppo economico, politiche sociali, attività turistiche, culturali e sportive ed è specialista in attività di promozione supporto ai progetti di sviluppo integrato nel territorio nell'ambito della U.O. diretta dalla presidente della commissione arch. D. V..

6.5.4. La dott.ssa T. garantisce anch'essa l'ampia esperienze competenza specifica nel merito del settore di gara provvedendo dallo stesso servizio cui risale l'appalto in esame.

6.5.6. Dovendosi interpretare normativa nel senso della professionalità sufficiente da valutare compiutamente le offerte delle partecipanti e non nel senso della necessità di un'esperienza talmente particolare da impingere lo stesso oggetto della gara, la censura va dichiarata infondata.

7. Delle residue censure aggiunte, è poi inammissibile la seconda, nella parte in cui afferma che nella *lex specialis* e nell'offerta dell'aggiudicatario relativa alla piscina sarebbe mancata la necessaria specificazione dei lavori e dei relativi importi.

7.1. In disparte la genericità della critiche sull'inesistenza del progetto di adeguamento dell'impianto, sul crono-programma e sull'indeterminatezza dei tempi di realizzazione delle opere, la ricorrente non indica le specifiche ragioni per le quali l'offerta della contro-interessata dovrebbe qualificarsi illogica o incongrua.

7.2. Analogamente, per le attività da svolgere sulla piscina indicate dall'aggiudicatario, la ricorrente ne afferma genericamente l'inattuabilità sotto il profilo tecnico, per l'impossibilità di conciliare l'apertura dell'impianto con gli spazi da dedicare alle singole attività anche in

relazione all'uso delle scuole senza indicare, però le ragioni per cui il giudizio dei commissari sarebbe viziato di irrazionalità, come necessario per un esame orientato della censura.

7.3. Analoghi rilievi di genericità possono essere formulati con riferimento alla proposta di separare i contatori delle utenze e di installare un conta calorie per il riscaldamento.

8. Nel terzo motivo aggiunto di violazione dell'art. 15 del disciplinare di gara, la ricorrente enuclea una serie di sintomi da cui inferire per un verso l'illogicità della norma e, per altro verso, l'illogicità del punteggio attribuito dalla commissione, così riassumibili:

- insufficienza dei sottopunteggi per categorie riportati nella norma e mancanza dei criteri di ripartizione dei punteggi;

- carenza dei criteri in base ai quali la commissione avrebbe attribuito il voto;

- mancanza di collegialità nell'operato della commissione;

- erronea attribuzione dei punteggi attribuiti alla voce "2" anche con riferimento alla certificazione Iso 9001;

- erronea attribuzione dei punteggi attribuiti alla voce "3"

8.1. È da disattendere che, in presenza di criteri per l'attribuzione dei sottopunteggi nella *lex specialis* della gara, la commissione sia onerata nel formulare ulteriori criteri per la ripartizione dei punteggi all'interno di ciascun sub-criterio.

8.1.1. Siffatta operazione, oltre a complicare l'operato della commissione, a scapito della trasparenza e dell'intelligibilità delle sue valutazioni, non si palesa di alcuna utilità qualora nel bando e nel disciplinare di gara l'articolazione del giudizio dei singoli commissari sia sufficientemente in linea con l'oggetto della gara.

8.2. È conseguentemente da disattendere anche l'insufficienza dei criteri per l'attribuzione dei punteggi relativi alle voci 1 e 2 inerenti rispettivamente la qualificazione professionale e la gestione degli impianti.

8.2.1. L'attribuzione dei punteggi relativa alla qualificazione professionale acquisita per il numero degli impianti gestiti e per la proposta di migliorie tecniche è oggetto di valutazione discrezionale dei singoli commissari e non richiede la preventiva formulazione di ulteriori criteri di giudizio stante la possibilità di censurarne l'illogicità.

8.3. La compilazione di schede recanti i punteggi da parte dei singoli commissari non è indice di mancanza di collegialità della commissione, essendo il punteggio finale comunque frutto di un confronto fra le singole schede da cui discende l'unitarietà del giudizio nel suo insieme.

8.4. La diversità di elementi valutati nelle schede non appare infine indice di confusione dell'operato della commissione i cui singoli giudizi sono confluiti in una valutazione globale che non appare censurabile di macroscopica erroneità.

9. Il ricorso e i motivi aggiunti devono essere conclusivamente respinti.

9.1. Le spese di giudizio seguono la soccombenza e vanno liquidate come in dispositivo. (*Omissis*)

(1-4) Brevi note in tema di affidamento della gestione degli impianti sportivi, con particolare riferimento alla nozione di rilevanza economica.

SOMMARIO: 1. *Inquadramento giuridico della disciplina dell'affidamento della gestione degli impianti sportivi e della nozione di rilevanza economica in relazione alla innovatività pronuncia in esame* – 2. *Ulteriori profili analizzati nella sentenza in commento* - 3. *Criteri di valutazione per l'affidamento della gestione degli impianti sportivi e competenza della Commissione di Gara.*

1. La sentenza in commento è degna di particolare nota in quanto inquadra, con grande chiarezza argomentativa, la tematica dell'affidamento in concessione della gestione degli impianti sportivi⁽¹⁾, fornendo interessanti elementi chiarificatori rispetto al dibattito dottrinale e giurisprudenziale in corso sul concetto di rilevanza economica degli impianti sportivi, concetto che determina appunto la modalità di affidamento della gestione di tali impianti.

Pertanto, per poter realmente apprezzare la rilevanza della sentenza in commento, appare opportuna una breve contestualizzazione normativa della tematica dell'affidamento in concessione della gestione di servizi pubblici locali, categoria nella quale rientrano anche gli impianti sportivi oggetto della pronuncia in questione⁽²⁾.

⁽¹⁾ In proposito, si ricorda che lo sport è stato inserito tra i “servizi” oggetto della Direttiva n. 92/50/CEE in materia di appalti pubblici. Per una sintetica esposizione dei rapporti tra servizio pubblico e sport, cfr. SUSTER, *Analisi delle problematiche giuridiche connesse alla gestione di impianti sportivi di proprietà pubblica* in *Quaderni del Master in Management delle organizzazioni sportive*, n. 2/2000.

⁽²⁾ In tal senso, cfr. Cons. St., sez. V, 8 settembre 2008 n. 4265, la quale sancisce che “una piscina, di proprietà comunale, è un bene che per sua natura è destinata ad essere adibita ad un uso pubblico. L'attività ad essa inerente, pertanto, ha tutte le caratteristiche per essere qualificata come un servizio pubblico. Sono, infatti, servizi pubblici non solo i servizi specificamente denominati tali dalla legge e riservati ai comuni e alle province, ma tutte le attività di produzione di servizi rispondenti a fini di utilità e di promozione sociale”. Nello stesso senso, si veda TAR Umbria, sez. I, 19 gennaio 2011, n. 12; Cons. St., sez. V, 6 dicembre 2007 n. 6276 e TAR Lazio Roma, Sezione II ter, 22 marzo 2011, nel quale è stato espressamente affermato che “Per pubblico servizio deve intendersi un'attività esercitata per erogare prestazioni volte a soddisfare bisogni collettivi ritenuti indispensabili in un determinato contesto

In particolare l'affidamento in concessione della gestione degli impianti sportivi di proprietà degli enti locali⁽³⁾ è specificatamente disciplinato nell'art. 90, comma 25, della 289/2002 (la c.d. "Legge Finanziaria 2003"), tramite il quale il legislatore nazionale ha espressamente posto il principio secondo il quale "nei casi in cui l'ente pubblico territoriale non intenda gestire direttamente gli impianti sportivi" – "la gestione è affidata in via preferenziale a società e associazioni sportive dilettantistiche, enti di promozione sportiva, discipline sportive associate e federazioni sportive nazionali, sulla base di convenzioni che ne stabiliscono i criteri generali e obiettivi per l'individuazione dei soggetti affidatari", precisando al contempo che sono le Regioni gli organi competenti a "disciplinare, con propria legge, le modalità di tale affidamento".

Ciò in quanto, come precisato dal comma 24 della previsione sopra richiamata "l'uso degli impianti sportivi in esercizio da parte degli enti locali territoriali è aperto a tutti i cittadini e deve essere garantito, sulla base di criteri obiettivi, a tutte le società e associazioni sportive".

In attuazione della riserva di competenza di cui all'art. 90 della L. R.

sociale, come, nello specifico caso, aventi ad oggetto la gestione di impianti sportivi comunali (TAR Lombardia Milano, sez. III, 20 dicembre 2005, n. 5633). In particolare la gestione di un impianto sportivo rientra, a pieno titolo, nell'area dei servizi alla persona, o dei servizi sociali (atteso che è indubbia ed universalmente riconosciuta l'importanza dello sport, inteso come pratica sportiva, ai fini dell'aggregazione sociale, della prevenzione delle malattie, della formazione dei giovani) e, ad oggi, la maggior parte degli impianti sportivi a disposizione dei cittadini è costituita da impianti di proprietà pubblica". Nello stesso senso, si veda: TAR Campania Napoli, sez. I, 10 marzo 2009, n. 1367, nel quale si precisa che "La gestione di un impianto sportivo non ha una precisa collocazione nel quadro delle norme relative agli appalti ed agli affidamenti; in quanto alla tipologia di appalto, quella di gestione di impianto sportivo viene spesso fatta rientrare in quella di servizi. Tuttavia, la fattispecie dell'affidamento a terzi della gestione di un impianto sportivo comunale deve, invece, essere inquadrata nella concessione di pubblico servizio posto che, sul piano oggettivo, per pubblico servizio deve intendersi un'attività economica esercitata per erogare prestazioni volte a soddisfare bisogni collettivi ritenuti indispensabili in un determinato contesto sociale (come nel caso in esame, avente ad oggetto la gestione di impianti sportivi comunali)".

⁽³⁾ Per un approfondimento in dottrina sul tema della concessione della gestione degli impianti sportivi, si veda, *inter alia*: ZUCCOLO, *L'affidamento della gestione degli impianti sportivi comunali quale concessione di un servizio pubblico di rilevanza economica*, in *Contratti stato enti pubblici*, 2009, 4, 532 ss.; CONTINO, *La gestione degli impianti sportivi comunali*, in *Comuni d'Italia*, 2009, 3, 53 ss.; SANTI, *La realizzazione di impianti sportivi comunali fra normativa sui lavori pubblici e modelli alternativi*, 2004, 6, 98 ss.; BERTORINO, *Riflessioni sugli impianti sportivi comunali alla luce delle recenti novità legislative*, *ivi*, 2004, 6, 90 ss.; PATRASSI, *Problemi giuridici sugli impianti sportivi e sulla loro utilizzazione*, in *Amm. it.*, 2000, 6, 922 ss.; RUSSO, *Lo sfruttamento pubblicitario degli impianti sportivi comunali da parte delle società sportive: concessione di pubblico servizio o appalto pubblico di servizio?*, in *Riv. dir. sport.*, 1997, 4, 806 ss.; GLAUCCO, *Sulle procedure di affidamento a privati della gestione di piscine comunali*, in *Nuova rass. legis., dottr. e giur.*, 1990, 2, 238 ss.

289/2002, la Regione Umbria, con legge 12 marzo 2007, n. 5 (la “l. reg. 5/2007”)⁽⁴⁾ ha espressamente normato le modalità di affidamento del servizio di gestione degli impianti sportivi di proprietà degli enti locali territoriali, prevedendo che:

a. gli affidamenti di impianti sportivi aventi rilevanza economica devono avvenire “nel rispetto delle procedure di evidenza pubblica”, secondo dei criteri stabiliti dal legislatore regionale (i.e. profili economici e tecnici della gestione, qualità proposta sportiva, qualità proposta gestionale, radicamento sul territorio dei gestori); e

b. gli affidamenti di impianti sportivi privi di rilevanza economica devono seguire la regola generale del rispetto delle procedure ad evidenza pubblica,

⁽⁴⁾ L’art. 4, rubricato “Affidamento della gestione” della l. reg. 12 marzo 2007 n. 5, contenente le “Modalità di affidamento del servizio di gestione degli impianti sportivi di proprietà degli enti locali territoriali”, pubblicata nel BUR Umbria 21 marzo 2007, n. 12, precisa quanto segue: “1. La gestione dell’impianto sportivo comprende l’insieme delle operazioni che consentono all’impianto di funzionare ed erogare servizi.

2. *L’individuazione degli affidatari del servizio di cui all’articolo 3, comma 1, per gli impianti di rilevanza economica, avviene nel rispetto delle procedure di evidenza pubblica, in base ai seguenti criteri:*

a) *valutazione dei profili economici e tecnici della gestione dell’impianto e valutazione della qualificazione professionale ed esperienza nel settore della gestione di strutture sportive;*

b) *valutazione della qualità della proposta sportiva intesa come affinità del progetto di utenza con le caratteristiche dell’impianto;*

c) *valutazione della qualità della proposta gestionale in funzione del pieno utilizzo dell’impianto e della migliore fruizione da parte di giovani, diversamente abili ed anziani;*

d) *radicamento sul territorio dei soggetti di cui all’articolo 3, comma 2.*

3. *Gli enti locali territoriali possono individuare ulteriori criteri di valutazione delle offerte oltre a quelli indicati al comma 2.*

4. *L’affidamento diretto del servizio di gestione per gli impianti privi di rilevanza economica può essere previsto nei seguenti casi:*

a) *qualora sul territorio di riferimento sia presente un solo soggetto che promuove la disciplina sportiva praticabile presso l’impianto, nel rispetto di quanto previsto dal comma 2;*

b) *qualora il servizio di gestione dell’impianto sia affidato direttamente ad una società, a capitale interamente o maggioranza pubblica, costituita nelle forme dell’articolo 90, comma 17, lettera c), della L. n. 289/2002;*

c) *qualora i soggetti sportivi operanti sul territorio su cui insiste l’impianto costituiscono un unico soggetto sportivo.*

5. In caso di impianti sportivi aventi rilevanza economica l’affidamento della gestione avviene mediante procedura ad evidenza pubblica a cui possono partecipare anche i soggetti di cui all’art. 90, comma 17, della L. n. 289/2002, e loro raggruppamenti, nel rispetto dei criteri stabiliti dal comma 2, lettere a), b) e c) e dei vincoli derivanti dalla normativa statale e comunitaria”.

ma in via derogatoria e residuale possono essere affidati in via diretta solo ed esclusivamente in presenza dei requisiti elencati alle lettere (a), (b) e (c) (e cioè quando l'impianto da affidare è l'unico impianto del territorio per quella determinata disciplina sportiva, oppure quanto l'affidamento è effettuato in favore di una società pubblica costituita nelle forme dell'articolo 90, comma 17, lettera c), della l. n. 289/2002 o se "i soggetti sportivi operanti sul territorio su cui insiste l'impianto costituiscono un unico soggetto sportivo").

In sintesi, come ribadito dal Tribunale Umbro nella pronuncia in commento "il criterio stabilito in via ordinaria dalla legge regionale n. 5 del 12 marzo 2007 è quello dell'evidenza pubblica: l'affidamento diretto rappresenta l'eccezione da applicare ai soli impianti privi di rilevanza economica e nei soli casi dell'art. 4, comma 4 (unicità di soggetto promotore l'attività sportiva, capitale interamente o maggioranza pubblica della società, accorpamento dei soggetti sportivi operanti sul territorio in un unico soggetto sportivo), in presenza dei quali è consentito prescindere dalla regola dell'affidamento tramite gara."

E tale impostazione, nell'opinione dei Giudici Umbri, è del tutto legittima e condivisibile, in quanto "sotto il profilo della prevalenza della gara sull'affidamento diretto per la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, la legislazione regionale riflette l'art. 23 bis, d.l. n. 112/2008 (convertito con l. n. 133/2008)⁽⁵⁾ che individua il modulo ordinario di confe-

⁽⁵⁾ L'art. 23 bis, rubricato "Servizi pubblici locali di rilevanza economica" del d.l. 25 giugno 2008 n. 112, convertito con legge di conversione 6 agosto 2008, n. 133, contenente le "Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria" è stato abrogato dall'art. 1, comma 1, d.p.r. 18 luglio 2011, n. 113, a decorrere dal 21 luglio 2011, ai sensi di quanto disposto dall'art. 1, comma 2, del medesimo d.p.r. 113/2011. Precisato quanto sopra, si ricorda comunque che l'art. 23 bis sopra richiamato prevedeva quanto segue: "[1. Le disposizioni del presente articolo disciplinano l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, in applicazione della disciplina comunitaria e al fine di favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse generale in ambito locale, nonché di garantire il diritto di tutti gli utenti alla universalità ed accessibilità dei servizi pubblici locali ed al livello essenziale delle prestazioni, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettere e) e m), della Costituzione, assicurando un adeguato livello di tutela degli utenti, secondo i principi di sussidiarietà, proporzionalità e leale cooperazione. Le disposizioni contenute nel presente articolo si applicano a tutti i servizi pubblici locali e prevalgono sulle relative discipline di settore con esse incompatibili. Sono fatte salve le disposizioni del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, e dell'articolo 46 bis del decreto-legge 1° ottobre 2007, n. 159, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 novembre 2007, n. 222, in materia di distribuzione di gas naturale, le disposizioni del decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79, e della legge 23 agosto 2004, n. 239, in materia di distribuzione di energia elettrica, le disposizioni della legge 2 aprile 1968, n. 475, relativamente alla gestione delle farmacie comunali, nonché quelle del decreto legislativo 19 novembre 1997, n.

rimento della gestione dei servizi pubblici locali nelle procedure competitive ad evidenza pubblica a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite, rispetto alle quali l'affidamento diretto degrada a deroga per le "situazioni che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato".

In altri termini, ciò che sembra affermare il Tribunale Umbro con l'inciso sopra riportato è che, stante dell'abrogazione in via referendaria dell'art. 23 bis del d.l. 112/2008 (con la conseguente maggiore libertà dell'ente locale nella sulle modalità di organizzazione dei servizi pubblici locali), il principio

422, relativamente alla disciplina del trasporto ferroviario regionale. Gli ambiti territoriali minimi di cui al comma 2 del citato articolo 46 bis sono determinati, entro il 31 dicembre 2012, dal Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro per i rapporti con le regioni, sentite la Conferenza unificata di cui all' articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, e l'Autorità per l'energia elettrica e il gas, tenendo anche conto delle interconnessioni degli impianti di distribuzione e con riferimento alle specificità territoriali e al numero dei clienti finali. In ogni caso l'ambito non può essere inferiore al territorio comunale.

2. Il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, in via ordinaria:

a) a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità;

b) a società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a), le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento.

3. In deroga alle modalità di affidamento ordinario di cui al comma 2, per situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato, l'affidamento può avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione cosiddetta "in house" e, comunque, nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla società e di prevalenza dell'attività svolta dalla stessa con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.

4. Nei casi di cui al comma 3, l'ente affidante deve dare adeguata pubblicità alla scelta, motivandola in base ad un'analisi del mercato e contestualmente trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato per l'espressione di un parere preventivo, da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione. Decorso il termine, il parere, se non reso, si intende espresso in senso favorevole."]

dell'evidenza pubblica nell'affidamento in concessione ⁽⁶⁾ dei servizi pubblici

⁽⁶⁾ Con riferimento all'affidamento in concessione di un servizio pubblico, occorre fare presente che in data 28 marzo 2014 è stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale Europea la "Direttiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione" (la c.d. "Direttiva Concessioni"), entrata in vigore in data 17 aprile 2014 ed alla quale gli Stati membri (tra cui l'Italia) dovranno conformarsi entro il 17 aprile 2016. Insieme alla Direttiva Concessioni sono state emanate anche altre due direttive: le Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE in tema di appalti, le quali, insieme alla Direttiva Concessioni costituiscono il c.d. "pacchetto europeo di direttive appalti e concessioni". In relazione alla Direttiva Concessioni, per quanto di interesse in questa sede, ci si limita ad evidenziare che con tale intervento il legislatore europeo ha di fatto "ridisegnato" il concetto di concessione, definendolo come un "contratto a titolo oneroso, concluso per iscritto per mezzo del quale una o più amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori affidano l'esecuzione di lavori o la fornitura e la gestione di servizi a uno o più operatori economici il cui corrispettivo consiste unicamente nel diritto di gestire i lavori o i servizi che sono oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo". In altri termini, con tale "nuova" definizione di concessione, si è proceduto a spostare sul concessionario (in maniera più significativa rispetto al passato) il rischio operativo legato alla gestione dei lavori o dei servizi, comprendente o il rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta, o entrambi, con conseguente "reale" esposizione del concessionario alle fluttuazioni del mercato. Per quanto di interesse in questa sede con riferimento agli impianti sportivi, si evidenzia che la Direttiva Concessioni, nel Considerata (75), individua la concessione della gestione degli impianti sportivi come un esempio sintomatico di concessione che può essere modificata – per quanto riguarda i reciproci diritti ed obblighi del concedente e del concessionario – "senza necessità di una nuova procedura di aggiudicazione", nella misura in cui tali modifiche appaiono "dettate dalla necessità di accogliere richieste delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatori riguardanti la sicurezza, tenuto conto delle specificità dell'attività". come quella della gestione degli impianti sportivi – soggetta ad una rilevante evoluzione delle legislazione conseguente alla necessità di "affrontare i rischi correlati".

In tal senso, infatti, il Considerata (75) della direttiva concessioni afferma quanto segue: "(75) I contratti di concessione generalmente comportano disposizioni tecniche e finanziarie complesse e di lunga durata, soggette ai mutamenti delle circostanze. È pertanto necessario precisare, tenendo conto della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea in materia, le condizioni alle quali le modifiche di una concessione durante la sua esecuzione richiedono una nuova procedura di aggiudicazione della concessione. Una nuova procedura di concessione è necessaria quando vengono apportate modifiche sostanziali alla concessione iniziale, in particolare al campo di applicazione e al contenuto dei diritti e degli obblighi reciproci delle parti, inclusa la ripartizione dei diritti di proprietà intellettuale. Tali modifiche dimostrano l'intenzione delle parti di rinegoziare termini o condizioni essenziali della concessione in questione. Ciò si verifica, in particolare, quando le condizioni modificate avrebbero inciso sull'esito della procedura nel caso in cui fossero state parte della procedura sin dall'inizio. Le modifiche della concessione comportanti una modifica minore del valore del contratto sino a un determinato livello dovrebbero essere sempre possibili senza richiedere una nuova procedura di concessione. A tal fine e allo scopo di ga-

locali (introdotto appunto dall'art. 23 bis, d.l. n. 112/2008) deve comunque imporsi nei casi in cui ad una "valutazione comparativa di tutti gli interessi pubblici e privati coinvolti"- da esplicitarsi secondo gli stretti obblighi motivazionali che legittimano l'esercizio stesso della discrezionalità tecnica - ed "alla luce individuazione del modello più efficiente ed economico" emerga che tale servizio pubblico⁽⁷⁾ "consistendo in un'attività che movimentata persone, capitali e mezzi" sia in grado di generare un utile⁽⁸⁾, ossia abbia una

rantire la certezza giuridica, la presente direttiva dovrebbe prevedere soglie minime, al di sotto delle quali non è richiesta una nuova procedura di aggiudicazione. Le modifiche della concessione al di sopra di tali soglie dovrebbero essere possibili senza necessità di una nuova procedura di aggiudicazione nella misura in cui tali modifiche soddisfino talune condizioni. Potrebbe essere il caso, per esempio, di modifiche dettate dalla necessità di accogliere richieste delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatori riguardanti la sicurezza, tenuto conto delle specificità di attività come, ad esempio, la gestione di impianti sportivi o turistici in montagna, qualora la legislazione sia suscettibile di evolversi per affrontare i rischi correlati, nella misura in cui tali modifiche soddisfino le pertinenti condizioni stabilite dalla presente direttiva".

La Direttiva sopra richiamata, tuttavia, si applicherà solamente alle concessioni successive al recepimento della stessa e superiori alla soglia di 5.186.000 euro. Per i primi commenti alla Direttiva Concessioni si veda: GRECO, *Chiarimenti sull'istituto giuridico di concessione nella Direttiva 2014/23/UE:Il rischio "operativo" nel rapporto concessorio*, nel sito www.avcp.it

⁽⁷⁾ Sulla nozione di servizio pubblico si vedano DE VALLES, *I servizi pubblici*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, ORLANDO (a cura di), VI, Milano, 1930, 377 ss.; POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964; MERUSI, (voce) *Servizio pubblico*, in *Noviss. dig. It.*, 1970, XVII, 215 ss.; CATTANEO, (voce) *Servizi pubblici*, in *Enc. dir.*, Milano, 1990, XLII, 355 ss.; D'ALBERTI, *Concessioni amministrative*, in *Enc. giur. Treccani*, 1988, VII, 2 ss.; CIRIELLO, (voce) *Servizi pubblici*, in *Enc. giur. Treccani*, 1992, XXVIII, 1 ss.; GIGLIONI, *Osservazioni sulla evoluzione della nozione di servizio pubblico*, in *Foro amm.*, 1998, 2265 ss.; CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Bari, 2000, 83 ss.; CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2000, 47 ss.; PERFETTI *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001; DE FALCO, *Il servizio pubblico tra ordinamento comunitario e diritti interni*, Padova, 2003; PIOGGIA, *Appunti per uno studio sulla nozione di pubblico servizio: i limiti e i requisiti dell'assunzione del servizio pubblico da parte dell'ente locale*, in *Quad. Plur.*, 1998, 175 ss.; SALVIA, *I servizi pubblici nella letteratura recente*, in *Nuove auton.*, 2001, 7991 ss.; COSSU-CALVISI-GINI-PIASAPIA, *Nozione di servizio pubblico*, in *Nuova rass* 1997, 1889 ss.; ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Dir. amm.*, 1991,4, 472 ss.; DE NICTOLIS, *La riforma dei servizi pubblici*, in *Urb. app.*, 2008, 10, 1109 ss.; GHILIBERTI-PERFETTI-RIZZO, *La disciplina dei servizi pubblici locali alla luce del D.L. 135/2009*, in *Urb. app.*, 2010, 3, 257 ss.; CLARICH-ZANETTINI, *Servizi pubblici*, in *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, CORSO-LOPILATO (a cura di), Milano, 2006; NAPOLITANO, *I servizi pubblici*, in *La nuova costituzione economica*, CASSESE (a cura di), Roma, 2007; FIGORILLI, *I servizi pubblici*, in *Diritto amministrativo*, SCOCA, (a cura di), Torino, 2014, 537 ss.

⁽⁸⁾ Sul punto, cfr. Cons. St., sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 762, nella quale si precisa che: "Venuto meno l'art. 23 bis, d.l. n. 112/2008 per scelta referendaria, e dunque venuto meno il criterio prioritario dell'affidamento sul mercato dei servizi pubblici

rilevanza economica⁽⁹⁾.

2. Alla luce di quanto sopra, è quindi evidente che, ai fini dell'individuazione delle modalità di conferimento della gestione degli impianti sportivi, assume carattere determinante l'identificazione della presenza o meno di una rilevanza economica di tale attività.

Il problema è che però né il legislatore nazionale, né tanto meno quello regionale della l. reg. n. 5/2007 hanno sancito espressamente il *discrimen* in base al quale individuare la presenza o meno di una rilevanza economica nell'attività di gestione degli impianti sportivi (e, in generale, nell'attività di gestione di un servizio pubblico), lasciando all'interprete la valutazione – caso per caso – della sussistenza di “*indici rilevatori*” della presenza di una rilevanza economica del servizio oggetto di affidamento.

Ed è proprio su tale tematica assai discussa in dottrina ed in giurispru-

locali di rilevanza economica e l'assoluta eccezionalità del modello in house, la scelta dell'ente locale sulle modalità di organizzazione dei servizi pubblici locali, e in particolare la opzione tra modello in house e ricorso al mercato, deve basarsi sui consueti parametri di esercizio delle scelte discrezionali, vale a dire: a) valutazione comparativa di tutti gli interessi pubblici e privati coinvolti; b) individuazione del modello più efficiente ed economico; c) adeguata istruttoria e motivazione. Trattandosi di scelta discrezionale, la stessa è sindacabile se appaia priva di istruttoria e motivazione, viziata da travisamento dei fatti, palesemente illogica o irrazionale.” Nello stesso senso, TAR Campania, Napoli, sez. I, 11 aprile 2013, n. 1925. Cfr. in dottrina, TESTELLA in Corr. mer., 2013, 8/9, 905 e ss.

⁽⁹⁾ In tema, cfr. Cons. St., sez. V, n. 911/2013, nella quale il Supremo Consesso ha tentato di tracciare il discrimine tra appalto e concessione in tema di servizi pubblici locali, precisando che: “*La nozione di servizio pubblico prescelta dal legislatore, quella oggettiva, si fonda su due elementi: 1) la preordinazione dell'attività a soddisfare in modo diretto esigenze proprie di una platea indifferenziata di utenti; 2) la sottoposizione del gestore a una serie di obblighi, tra i quali quelli di esercizio e tariffari, volti a conformare l'espletamento dell'attività a regole di continuità, regolarità, capacità tecnico professionale e qualità (sez. V, n. 6574 del 12 ottobre 2004). Ne consegue che, fermi gli elementi essenziali sopra menzionati, la configurazione del servizio pubblico è compatibile con diversi schemi giuridici e con differenti modalità di remunerazione della prestazione. A nulla può quindi rilevare che oggetto dell'affidamento sia soltanto, ad es., la raccolta dei rifiuti e non l'intero servizio dell'igiene ambientale, così come non rileva che il gestore sia remunerato dal soggetto aggiudicatore: quel che conta, infatti, è che l'attività del gestore fosse diretta a una platea indifferenziata di utenti e che esso fosse destinatario di obblighi funzionali alla destinazione al pubblico dell'attività dovuta (cfr. sentenza n. 1651 del 22 marzo 2010)*”. La sentenza in questione ribadisce il principio già espresso in giurisprudenza, (cfr. Cons. St., sez. V, n. 5409/2012) secondo il quale per qualificare un servizio pubblico come avente rilevanza economica o meno è ragionevole prendere in considerazione non solo la tipologia o caratteristica merceologica del servizio, ma anche la soluzione organizzativa che l'ente locale, quando può scegliere, sente più appropriata per rispondere alle esigenze dei cittadini (ad esempio servizi della cultura e del tempo libero da erogare, a seconda della scelta dell'ente pubblico, con o senza copertura dei costi).

denza che si apprezza il contributo nomofilattico fornito dalla sentenza in commento.

Tale pronuncia, in particolare, analizza la distinzione tra servizi pubblici con rilevanza economica e quelli privi di tale rilevanza riportandosi alla nozione comunitaria di rilevanza economica come sinonimo di attività concorrenziale, la cui tutela deve essere appunto assicurata attraverso le regole dell'evidenza pubblica.

A tal riguardo, infatti, si ricorda che l'art. 86, comma 2, del Trattato istitutivo della Comunità Europea stabilisce che *“le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme del presente Trattato, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata”*.

Di conseguenza, secondo l'orientamento comunitario, solo i servizi riconducibili ad un regime concorrenziale si caratterizzano per una propria rilevanza economica e, come tali, sono soggetti alla potestà statale ed alle regole dell'evidenza pubblica dalla stessa imposte a tutela della concorrenza.

Di contro, i servizi privi di rilevanza economica sono quelli che non rientrano in alcun mercato concorrenziale, in quanto appunto “servizi non remunerativi”, i quali però, proprio per la loro funzione sociale, devono essere garantiti con carattere di continuità, mediante l'imposizione di obblighi di servizio pubblico.

Tali servizi, essendo al di fuori del mercato concorrenziale, non devono essere disciplinati a livello statale, ma ben possono essere oggetto di regolamentazione di *“fonte regionale e anche locale”*, la quale può prevedere la modalità più opportuna per la loro gestione ed affidamento, tra cui anche la modalità di affidamento diretto.

Tuttavia, stante l'interpretazione in termini concorrenziali del concetto di rilevanza economica, neanche l'ordinamento comunitario ha fornito un'esatta definizione del *discrimen* tra attività con rilevanza economica ed attività priva di rilevanza economica, ma di contro ha evidenziato che *“la distinzione tra attività economiche e non economiche ha carattere dinamico ed evolutivo, cosicché non sarebbe possibile fissare a priori un elenco definitivo dei servizi di interesse generale di natura non economica. Pertanto al giudice nazionale valutare circostanze e condizioni in cui il servizio viene prestato, al fine di identificare la sussistenza di una rilevanza economica o meno”*. (cfr. Libro Verde sui servizi di interesse generale del 21 maggio 2003 redatto dalla Commissione Europea).

Per tale motivo, pian piano si sono formate diversi orientamenti giurisprudenziali in merito ai criteri distintivi della rilevanza economica di una attività.

Secondo la giurisprudenza dominante⁽¹⁰⁾ “*deve ritenersi di rilevanza economica il servizio che si innesta in un settore per il quale esiste, quantomeno in potenza, una redditività, e quindi una competizione sul mercato e ciò ancorché siano previste forme di finanziamento pubblico, più o meno ampie, dell’attività in questione*”.

Al contrario, invece, “*può considerarsi privo di rilevanza quello che, per sua natura o per i vincoli ai quali è sottoposta la relativa gestione, non dà luogo ad alcuna competizione e quindi appare irrilevante ai fini della concorrenza*”.

Pertanto, un impianto sportivo può essere definito “di rilevanza economica” quando è caratterizzato da fattori tecnico strutturali - quali ad esempio, la dimensione dell’impianto sportivo, il bacino e numerosità d’utenza attesa, la propensione al consumo dei servizi sportivi, la tipologia impiantistica (impianto monovalente/polivalente), la tipologia della disciplina sportiva (agonistica o attività sportiva di base), la presenza servizi aggiuntivi che consentano di incrementare l’autofinanziamento (wellness, fitness, ristorazione, vendita di prodotti sportivi, corsi di avviamento allo sport o per il benessere fisico, ecc.), la presenza o meno sul mercato di riferimento di potenziali imprese sponsor coinvolgibili..etc. – i quali garantiscono la possibilità di sviluppare attività commerciali /imprenditoriali e/o tariffarie, e, pertanto, assicurano un margine di profitto.

Di contro, in mancanza di tali caratteristiche, l’impianto non potrà che difettare di una qualsiasi rilevanza economica e, quindi, potrà essere oggetto di affidamento in via diretta.

Ebbene, la sentenza *de qua* - inserendosi nell’ambito dell’orientamento

⁽¹⁰⁾ Cfr. Per la giurisprudenza comunitaria: sentenza “Teckal” (Corte giustizia europea 18 novembre 1999 nel procedimento C - 107/98); per la giurisprudenza nazionale cfr. TAR Sardegna, sez. I, 2 agosto 2005, n. 1729, secondo la quale “*la distinzione tra servizi di rilevanza economica e servizi privi di tale rilevanza è legata all’impatto che l’attività può avere sull’assetto della concorrenza ed ai suoi caratteri di redditività; conseguentemente deve ritenersi di rilevanza economica il servizio che si innesta in un settore per il quale esiste, quantomeno in potenza, una redditività, e quindi una competizione sul mercato e ciò ancorché siano previste forme di finanziamento pubblico, più o meno ampie, dell’attività in questione; può invece considerarsi privo di rilevanza quello che, per sua natura o per i vincoli ai quali è sottoposta la relativa gestione, non dà luogo ad alcuna competizione e quindi appare irrilevante ai fini della concorrenza. In termini di sintesi, laddove il settore di attività sia economicamente competitivo e la libertà di iniziativa economica appaia in grado di conseguire anche gli obiettivi di interesse pubblico sottesi alla disciplina del settore, al servizio dovrà riconoscersi rilevanza economica, ai sensi dell’art. 113 del d. lgs. n. 267/2000, mentre, in via residuale, il servizio potrà qualificarsi come privo di rilevanza economica laddove non sia possibile riscontrare i caratteri che connotano l’altra categoria (TAR Liguria, II sez., 28/4/2005 n. 527)*”. Nello stesso senso, cfr. Cons. St., sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072. Per un commento a tale sentenza, si rinvia a BARTOLINI, in *Il risarcimento del danno tra giudice comunitario e giudice amministrativo. La nuova tutela del c.d. interesse legittimo*, Torino, 2005.

giurisprudenziale maggioritario sopra richiamato – pone in essere un’attenta e puntuale analisi sulla legittimità della qualificazione da parte dell’Amministrazione comunale di alcuni impianti sportivi come “impianti privi di rilevanza economica”.

E, del tutto correttamente, i Giudici Umbri pongono in essere tale analisi partendo dal presupposto secondo cui “*la qualificazione da parte dell’ente locale territoriale riveste carattere discrezionale e, al limite, di scelta politica*”.

In tal modo, il Collegio Umbro dimostra di condividere in pieno quell’orientamento giurisprudenziale, recentemente formatosi nella giurisprudenza di merito⁽¹¹⁾, secondo il quale la valutazione in merito alla rilevanza economica o meno di un determinato servizio pubblico è una scelta discrezionale da parte dell’Amministrazione in quanto si tratta di un giudizio basato su un “*criterio relativistico, che tenga conto delle peculiarità del caso concreto, quali la concreta struttura del servizio, le concrete modalità del suo espletamento, i suoi specifici connotati economico-organizzativi, la natura del soggetto chiamato ad espletarlo, la disciplina normativa del servizio*”⁽¹²⁾, cioè su un criterio improntato al cardine della ragionevolezza, come chiaramente indicato anche nel pertinente precedente richiamato nella pronuncia *de qua*⁽¹³⁾.

Da tale carattere discrezionale di tale scelta, discende, pertanto, come chiaramente sottolineato dalla sentenza in esame, che la qualificazione in termini di rilevanza economica o meno di un pubblico servizio (nella specie, degli impianti sportivi) è da considerarsi legittima nei termini in cui tale valutazione concreti una congrua ponderazione puntualmente motivata di tutti gli interessi pubblici e privati coinvolti nel caso di specie e del modello organizzativo ed economico che caratterizza l’attività in questione, secondo le risultanze del caso concreto.

Ed è proprio sotto tale aspetto che la sentenza in commento appare dare il suo contributo più rilevante: tra due distinti orizzonti giurisprudenziali formati in merito ai c.d. “criteri distintivi” da prendere in considerazione nella valutazione concreta della rilevanza economica o meno di una determinata attività, il Tribunale Umbro, nell’accogliere uno dei due orientamenti sopra

⁽¹¹⁾ Cfr. TAR Trieste, sez. I, 9 dicembre 2013, n. 634.

⁽¹²⁾ Si veda, sul punto, Cons. St., sez. V, 10 settembre 2010 n. 6529, citata nella stessa pronuncia richiamata dal Tribunale Umbro nella sentenza in esame (i.e. TAR Trieste, sez. I 9 dicembre 2013, n. 634). Nello specifico, nella sentenza n. 6529/2010, il Supremo Consesso afferma che: “*Ai fini della distinzione tra servizi pubblici locali di rilevanza economica e servizi pubblici locali privi di tale rilevanza, a fronte della rilevata inidoneità di criteri distintivi di natura astratta, sostanzialistica e/o ontologica, occorre far ricorso ad un criterio relativistico, che tenga conto delle peculiarità del caso concreto, quali la concreta struttura del servizio, le concrete modalità del suo espletamento, i suoi specifici connotati economico-organizzativi, la natura del soggetto chiamato ad espletarlo, la disciplina normativa del servizio*”.

⁽¹³⁾ Cfr. TAR Toscana. Firenze, sez. I, 6 aprile 2011, n. 593.

citati, giunge ad una interpretazione “innovativa” del concetto di rilevanza economica che va oltre la semplice nozione di “reddito” per qualificarsi in termini di “*un utile anche sociale che si riflette oggettivamente sul mercato nel senso di sopperire alla mancanza di iniziativa privata o di calmierare i prezzi dell’analoga attività privata*”.

Nel caso in esame, infatti, il ricorrente aveva eccepito l’illegittimità del bando di gara nella parte in cui aveva distinto “*gli impianti senza rilevanza economica soggetti alla legislazione regionale e quelli anche con rilevanza economica per il cui affidamento deve essere applicato il Codice dei contratti pubblici senza tenere conto della soluzione organizzativa*”, sposando quell’orientamento giurisprudenziale del Supremo Consesso⁽¹⁴⁾ secondo il quale il *discrimen* tra gli impianti con rilevanza economica e quelli privi di tale rilevanza sarebbe da identificarsi nella c.d. “*soluzione organizzativa*” dell’attività, cioè nella presenza di “*un’organizzazione di impresa in senso obiettivo*” la quale attribuisce di per sé al servizio la rilevanza economica.

In particolare, nel caso de qua, la *lex specialis* era stata censurata in quanto – ad avviso di parte ricorrente – l’Amministrazione Comunale non aveva riconosciuto che alcuni impianti (i.e. impianti natatori) erano privi di rilevanza economica, atteso che, sotto il profilo organizzativo, per tali impianti non era rinvenibile una “*organizzazione di impresa in senso obiet-*

⁽¹⁴⁾ Cfr. Cons. St., sez. V, 23 ottobre 2012 n. 5409, nel quale il Supremo Consesso afferma espressamente che “*la distinzione tra attività economiche e non economiche ha carattere dinamico ed evolutivo, cosicché non è possibile fissare a priori un elenco definitivo dei servizi di interesse generale di natura economica (secondo la costante giurisprudenza comunitaria spetta infatti al giudice nazionale valutare circostanze e condizioni in cui il servizio viene prestato, tenendo conto, in particolare, dell’assenza di uno scopo precipuamente lucrativo, della mancata assunzione dei rischi connessi a tale attività ed anche dell’eventuale finanziamento pubblico dell’attività in questione. In sostanza, per qualificare un servizio pubblico come avente rilevanza economica o meno si deve prendere in considerazione non solo la tipologia o caratteristica merceologica del servizio (vi sono attività meramente erogative come l’assistenza agli indigenti), ma anche la soluzione organizzativa che l’ente locale, quando può scegliere, sente più appropriata per rispondere alle esigenze dei cittadini (ad esempio servizi della cultura e del tempo libero da erogare, a seconda della scelta dell’ente pubblico, con o senza copertura dei costi). Dunque, la distinzione può anzitutto derivare da due presupposti, in quanto non solo vi può essere un servizio che ha rilevanza economica o meno in astratto ma anche uno specifico servizio che, per il modo in cui è organizzato, presenta o non presenta tale rilevanza economica. Saranno, quindi, privi di rilevanza economica i servizi che sono resi agli utenti in chiave meramente erogativa e che, inoltre, non richiedono una organizzazione di impresa in senso obiettivo (invero, la dicotomia tra servizi a rilevanza economica e quelli privi di rilevanza economica può anche essere desunta dalle norme privatistiche, coincidendo sostanzialmente con i criteri che contraddistinguono l’attività di impresa nella previsione dell’art. 2082 c.c. e, per quanto di ragione, dell’art. 2195 c.c. o, per differenza, con ciò che non vi può essere ricompreso). Per gli altri servizi, astrattamente di rilevanza economica, andrà valutato in concreto se le modalità di erogazione, ne consentano l’assimilazione a servizi pubblici privi di rilevanza economica*”. Si veda, sul punto, in dottrina, BONURA, in *Gior. dir. amm.*, 2013, 4, 398 e ss.

tivo” in quanto sottoposti ad alcuni stringenti obblighi di organizzazione da parte del Comune stesso (i.e. “*obbligo di mettere a disposizione l’impianto a determinate categorie di utenti*” e “*tariffe “vagamente orientate” a criteri di mercato imposte dall’Amministrazione con azzeramento dei ogni iniziativa del gestore*”), con la conseguenza che per tali impianti l’Amministrazione avrebbe dovuto procedere ad affidamento diretto, invece che nel rispetto delle regole dell’evidenza pubblica.

Ebbene, il Tribunale Umbro ha decisamente rigettato – definendolo addirittura “*ellittico*” - l’orientamento giurisprudenziale avanzato da parte ricorrente in quanto – ed è proprio in tale affermazione che emerge tutta l’innovatività della pronuncia in esame – “*la soluzione organizzativa non è idonea di per sé a condizionare la rilevanza economica di un impianto adibito ad un pubblico servizio*”.

Ciò in quanto il vero criterio discriminante da prendere in considerazione ai fini dell’individuazione della c.d. “rilevanza economica” di un servizio pubblico è “*la capacità del servizio di generare un utile anche sociale che si riflette oggettivamente sul mercato nel senso di sopperire alla mancanza di iniziativa privata o di calmierare i prezzi dell’analogia attività privata*”, perché è proprio la capacità del servizio di generare un utile “*anche sociale*”, che trovano il necessario equilibrio “*la necessità di temperare il benessere collettivo cui è funzionalizzata la titolarità dell’impianto con l’esigenza quantomeno di remunerarne la gestione oltre coprirne le spese di esercizio*.”

Sulla base di tale considerazione, il Giudici Umbri hanno quindi del tutto correttamente e motivatamente ritenuto che “*deve escludersi che possa discriminare la rilevanza economica di un servizio pubblico (e dell’impianto ad esso strumentale) l’influenza sulla disponibilità in favore di specifiche categoria di utenti o sulla determinazione delle tariffe che costituiscono, oltre al prezzo per l’uso dell’impianto, uno degli elementi sui quali individuare l’affidatario ai sensi dell’art. 4, comma 2, della LR. n. 5/2007*” (norma regionale che, come sopra esposto, valorizza elementi quali: a) qualità dell’offerta tecnica, b) qualità della proposta sportiva, c) qualità della proposta gestionale, d) radicamento sul territorio dei gestori ai fini dell’aggiudicazione della gestione degli impianti sportivi di rilevanza economica a mezzo di procedura ad evidenza pubblica).

Per quanto sopra esposto, dunque, la pronuncia in esame rappresenta un rilevante “*landmark case*” nella definizione del criterio distintivo tra impianti sportivi aventi rilevanza economica e privi di tale rilevanza in quanto, con tale sentenza, i Giudici Umbri, nel distaccarsi dall’orientamento del Supremo Consesso basato su una concezione prettamente organizzativa della rilevanza economica, hanno elaborato interpretazione “innovativa” del concetto di rilevanza economica, nozione che va oltre la semplice nozione di “reddito” per qualificarsi in termini di “*utile anche sociale*”, cioè di un “utile” che si apprezza all’esito di quella congrua ponderazione di tutti gli interessi pubblici e privati coinvolti nel caso concreto, cioè di quella “*valutazione delle circostanze e condizioni in cui il servizio viene prestato*”, che

rappresenta, secondo l'ordinamento comunitario, l'unica strada per definire caso per caso un concetto "dinamico e relativo" come quello della rilevanza economica di un determinato servizio pubblico in un determinato territorio ad un determinato momento storico.

E ciò in quanto è solo all'esito di una tale valutazione "relativistica" che si può individuare la modalità migliore con cui quel determinato servizio pubblico (i.e. impianto sportivo ⁽¹⁵⁾ nel caso in esame) può essere affidato dall'ente locale in gestione a terzi (i.e. se con affidamento diretto e/o con procedura di gara) ai sensi della normativa nazionale e, nel caso di specie, anche regionale.

3. La pronuncia in esame è degna inoltre di particolare nota in quanto, oltre al tema legato alla distinzione tra la concessione ⁽¹⁶⁾ di servizi pubblici aventi rilevanza economica e di servizi pubblici privi di tale rilevanza, affronta e risolve, con un chiaro *iter* argomentativo, anche ulteriori rilevanti profili, quali quello attinente al criterio di valutazione dell'offerta, alla legittimità della composizione della commissione giudicatrice e alla non necessità di formulare ulteriori criteri per la ripartizione dei punteggi all'interno di ciascun sub-criterio.

Anche sotto tali aspetti, le considerazioni dei Giudici Umbri appaiono pienamente condivisibili, in quanto logica conseguenza di quanto sopra

⁽¹⁵⁾ Cfr. sul punto, TAR Lazio Roma, sez. II *ter*, 22 marzo 2011, nella quale è affermato che: "Ai fini della definizione della rilevanza economica del servizio sportivo è necessario distinguere tra servizi che si ritiene debbano essere resi alla collettività anche al di fuori di una logica di profitto d'impresa, cioè quelli che il mercato privato non è in grado o non è interessato a fornire, da quelli che, pur essendo di pubblica utilità, rientrano in una situazione di mercato appetibile per gli imprenditori in quanto la loro gestione consente una remunerazione dei fattori di produzione e del capitale e permette all'impresa di trarre dalla gestione la fonte della remunerazione, con esclusione di interventi pubblici. Nell'ambito di tale ultima categoria rientra la gestione degli impianti sportivi".

⁽¹⁶⁾ Per una visione comunitaria della nozione di concessione di pubblici servizi: NUZZI, *Concorrenza e servizi pubblici locali: principi comunitari e spunti problematici nella prospettiva della riforma del capo VII della L. 8 giugno 1990, n. 142*, in *Dir. comm. internaz.*, 2000, 3, 615 ss; CAVALLO-PERIN, *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno ed ordinamento europeo*, in *Dir. amm.*, 2000, 1, 41 ss; TRIMARCHI-BANFI, *Considerazioni sui nuovi servizi pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.* 2002, 5, 945 ss; CLARICH, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 1, 91 ss; RANGONE, *I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 4, 433 ss; BIANDRONNI, *Quale nozione di servizio pubblico? (un nuovo indirizzo giurisprudenziale sulla centralità della qualificazione legislativa del servizio pubblico)*, in *Foro amm. TAR*, 2005, 11, 3413 ss; BASSI, *I servizi pubblici comunitari: la loro recente comparsa, i loro primi sviluppi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2006, 1, 69 ss.; GIOVAGNOLI, *È servizio pubblico solo l'attività rivolta direttamente a soddisfare le esigenze dell'utenza*, in *Urb. e app.*, 2006, 12, 1393 ss; BRAGAGNI, *Servizi ed appalti pubblici nell'ordinamento nazionale e comunitario*, *www.altalex.com*, 2007.

esposto in relazione alla definizione della nozione di rilevanza economica di un impianto sportivo.

Ed infatti, se – come motivatamente affermato dal Collegio nella pronuncia in esame – la rilevanza economica di un servizio pubblico si sostanzia nella “*capacità del servizio di generare un utile anche sociale che si riflette oggettivamente sul mercato nel senso di sopperire alla mancanza di iniziativa privata o di calmierare i prezzi dell’analoga attività privata*”, allora è del tutto legittima la previsione da parte della *lex specialis* di un punteggio rilevante (i.e. 30 su 100 punti a disposizione) da attribuire alla voce economica dell’offerta da valutare, in quanto conforme sia al disposto dell’art. 83⁽¹⁷⁾ del d. lgs. 163/2006 (che valorizza l’elemento del prezzo) sia alla previsione dell’art. 4 della l. reg. 5/2007 (la quale, appunto, prevede espressamente la valorizzazione, come criterio di valutazione dell’offerta migliore, anche la “*valutazione dei profili economici e tecnici della gestione dell’impianto*”).

Ciò in quanto, come afferma correttamente il Collegio Umbro “*fondante la gestione dell’impianto sportivo ai sensi dell’art. 4 della l.r. n. 15/2007 è la capacità dello stesso di funzionare ed erogare servizi*”.

Pienamente logica e condivisibile è pure la motivazione adottata dal Tribunale Amministrativo nel respingere le censure *ex adverso* prospettate in relazione alla (presunta) violazione dell’art. 84⁽¹⁸⁾ del d. lgs. 163/2006.

⁽¹⁷⁾ L’art. 83, rubricato “Criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa”, del d. lgs. 163/2006 (i.e. il Codice dei Contratti Pubblici) precisa quanto segue: “1. Quando il contratto è affidato con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, il bando di gara stabilisce i criteri di valutazione dell’offerta, pertinenti alla natura, all’oggetto e alle caratteristiche del contratto, quali, a titolo esemplificativo: a) il prezzo; b) la qualità; c) il pregio tecnico; d) le caratteristiche estetiche e funzionali; e) le caratteristiche ambientali e il contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali dell’opera o del prodotto; f) il costo di utilizzazione e manutenzione; g) la redditività; h) il servizio successivo alla vendita; i) l’assistenza tecnica; l) la data di consegna ovvero il termine di consegna o di esecuzione; m) l’impegno in materia di pezzi di ricambio; n) la sicurezza di approvvigionamento; o) in caso di concessioni, altresì la durata del contratto, le modalità di gestione, il livello e i criteri di aggiornamento delle tariffe da praticare agli utenti.

2. Il bando di gara ovvero, in caso di dialogo competitivo, il bando o il documento descrittivo, elencano i criteri di valutazione e precisano la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di essi, anche mediante una soglia, espressa con un valore numerico determinato, in cui lo scarto tra il punteggio della soglia e quello massimo relativo all’elemento cui si riferisce la soglia deve essere appropriato.”

⁽¹⁸⁾ L’art. 84 del d. lgs. 163/2006 (i.e. il Codice dei Contratti Pubblici) rubricato “Commissione giudicatrice nel caso di aggiudicazione con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa” precisa quanto segue: “1. Quando la scelta della migliore offerta avviene con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione è demandata ad una commissione giudicatrice, che opera secondo le norme stabilite dal regolamento.

2. La commissione, nominata dall’organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, è composta da un numero

Ed infatti, i Giudici Umbri hanno disatteso le doglianze di parte ricorrente sulla professionalità dei membri della Commissione giudicatrice mostrando di aderire pienamente al consolidato orientamento giurisprudenziale del Supremo Consesso⁽¹⁹⁾ secondo il quale l'art. 84 richiede solamente

dispari di componenti, in numero massimo di cinque, esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto.

3. La commissione è presieduta di norma da un dirigente della stazione appaltante e, in caso di mancanza in organico, da un funzionario della stazione appaltante incaricato di funzioni apicali, nominato dall'organo competente.

4. 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.

5. Coloro che nel biennio precedente hanno rivestito cariche di pubblico amministratore non possono essere nominati commissari relativamente a contratti affidati dalle amministrazioni presso le quali hanno prestato servizio.

6. Sono esclusi da successivi incarichi di commissario coloro che, in qualità di membri delle commissioni giudicatrici, abbiano concorso, con dolo o colpa grave accertati in sede giurisdizionale con sentenza non sospesa, all'approvazione di atti dichiarati illegittimi.

7. Si applicano ai commissari le cause di astensione previste dall'articolo 51 cod. proc. civ..

8. I commissari diversi dal presidente sono selezionati tra i funzionari della stazione appaltante. In caso di accertata carenza in organico di adeguate professionalità, nonché negli altri casi previsti dal regolamento in cui ricorrono esigenze oggettive e comprovate, i commissari diversi dal presidente sono scelti tra funzionari di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'art. 3, comma 25, ovvero con un criterio di rotazione tra gli appartenenti alle seguenti categorie:

a) professionisti, con almeno dieci anni di iscrizione nei rispettivi albi professionali, nell'ambito di un elenco, formato sulla base di rose di candidati fornite dagli ordini professionali;

b) professori universitari di ruolo, nell'ambito di un elenco, formato sulla base di rose di candidati fornite dalle facoltà di appartenenza.

9. Gli elenchi di cui al comma 8 sono soggetti ad aggiornamento almeno biennale.

10. La nomina dei commissari e la costituzione della commissione devono avvenire dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte.

11. Le spese relative alla commissione sono inserite nel quadro economico del progetto tra le somme a disposizione della stazione appaltante.

12. In caso di rinnovo del procedimento di gara a seguito di annullamento dell'aggiudicazione o di annullamento dell'esclusione di taluno dei concorrenti, è riconvocata la medesima commissione."

(19) Cfr. Cons. St., sez. V, 17 settembre 2012, n. 4916, nel quale si precisa che: "Il requisito dell'esperienza nello specifico settore oggetto dell'appalto, ex art. 84, c. 2 del d. lgs. n. 163/2006 (Codice degli appalti), deve essere inteso in maniera coerente con la diversità delle competenze richieste in relazione al complesso della prestazione prevista, senza necessità che la specifica competenza dei componenti della commissione di gara debba coprire ogni aspetto della procedura (trattandosi di figure idonee a garantire la competenza giuridico - amministrativa sempre necessaria nello svolgimento di procedimenti di evidenza pubblica.). Pertanto, non è

il possesso di una “professionalità sufficiente per valutare compiutamente le offerte delle partecipanti” e non “un’esperienza talmente particolare da impingere lo stesso oggetto della gara”⁽²⁰⁾.

Nel caso di specie, infatti, la commissione di gara – a motivato avviso del Tribunale Umbro – è da ritenersi composta da “soggetti dotati di competenza tecnica adeguata alle peculiarità dello specifico settore interessato dall’appalto da assegnare”, in quanto costituita da: (i) un “funzionario tecnico della U.O. Edilizia scolastica”; (ii) da un architetto “in grado di garantire ampie

necessario, che l’esperienza professionale di ciascun componente della Commissione copra tutti i possibili ambiti oggetto di gara, in quanto è la Commissione, unitariamente considerata, che deve garantire quel grado di conoscenze tecniche richiesto nella specifica fattispecie, in ossequio al principio di buon andamento della P.A.”. Nello stesso senso, cfr. Cons. St., sez. V, 28 maggio 2012, n. 3124, nel quale il Supremo Consesso conferma che “l’art. 84 del d. lgs. n. 163/2006 (Codice degli appalti), dispone che i membri della commissione di gara siano “esperti” nello specifico settore oggetto del contratto. Il requisito generale della competenza nello specifico settore al quale si riferisce l’oggetto del contratto, richiesta anche per i componenti interni, tuttavia, deve valutarsi compatibilmente con la struttura degli enti locali senza esigere, necessariamente, che l’esperienza professionale copra tutti gli aspetti oggetto della gara. Nel caso di specie, la “ratio” della norma appare rispettata, atteso che i componenti della Commissione risultano appartenenti all’area tecnico-ambientale e a quella tecnico-amministrativa.” Di senso opposto: cfr. TAR Lazio Roma, sez. III, 3 novembre 2011, n. 8414, nella quale il Tribunale Amministrativo afferma che “In materia di gare d’appalto, è illegittima la composizione di una commissione giudicatrice, nel caso in cui alcuni membri effettivi della stessa siano privi di adeguata competenza tecnica, in relazione allo specifico settore oggetto dell’appalto da affidare. La regola fissata dall’art. 84 del D.lgs. n. 163/2006 (Codice degli appalti), secondo cui i componenti della Commissione di gara vanno scelti fra soggetti dotati di competenza tecnica adeguata alle peculiarità dello specifico settore interessato dall’appalto da assegnare, costituisce espressione di principi generali, costituzionali e comunitari, volti ad assicurare il buon andamento e l’imparzialità dell’azione amministrativa, ed in quanto tale, non è suscettibile di essere derogata; la mancanza, all’interno della stazione appaltante, di funzionari competenti in relazione all’appalto oggetto di gara, non costituisce ostacolo alla corretta applicazione delle disposizioni codicistiche atteso che, ai sensi del combinato disposto dei commi 2 e 8 dell’art. 84 citato, in caso di assenza, nell’organico dell’amministrazione che ha bandito la gara, delle specifiche professionalità, i componenti della Commissione in possesso delle capacità tecniche e professionali adeguate all’importanza dell’appalto, devono essere scelti tra funzionari di altre amministrazioni, ovvero tra professionisti e professori universitari di ruolo.”

⁽²⁰⁾ Nello stesso senso, cfr. Cons. St., sez. III, 12 aprile 2011, n. 2265, nel quale è stato affermato che “Ai sensi dell’art. 84, comma 2, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, nel caso di aggiudicazione col criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, la commissione giudicatrice deve essere composta da esperti nell’area di attività in cui ricade l’oggetto del contratto, ma non necessariamente in tutte e in ciascuna delle materie tecniche o scientifiche o addirittura nelle tematiche alle quali attengono i singoli e specifici aspetti presi in considerazione dalla lex specialis di gara a fini valutativi”. Tale orientamento è stato pienamente condiviso anche dall’Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici (l’“AVCP”) nel parere n.46 del 21 marzo 2012 pubblicato sul sito www.avcp.it.

conoscenze ed esperienze riguardo alla valutazione degli interventi edilizi proposti e alla conoscenza delle disposizioni in materia avendo partecipato nella qualità di responsabile unico del procedimento, a numerose procedure di affidamento di appalti di servizi con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa"; e (iii) da un "funzionario responsabile del servizio sviluppo economico, politiche sociali, attività turistiche, culturali e sportive", con conseguente infondatezza delle censure avanzate da parte ricorrente.

Parimenti infondate sono state riconosciute dai Giudici Umbri le doglianze avanzate in relazione ad una asserita illogicità nell'attribuzione dei punteggi alle offerte in gara per mancata elaborazione di "ulteriori criteri per la ripartizione dei punteggi all'interno di ciascun sub-criterio, per mancanza, nel caso di specie, di una utilità della formulazione di tali ulteriori criteri, dato che nella *lex specialis de qua* "l'articolazione del giudizio dei singoli commissari" era da ritenersi "sufficientemente in linea con l'oggetto della gara".

In tal modo, pertanto, la pronuncia in esame si è inserita pienamente nel solco di quella consolidata giurisprudenza⁽²¹⁾ che già da tempo ha riconosciuto che "il potere della commissione giudicatrice di suddividere i criteri in dettagliati sottopunteggi è precluso dalle disposizioni innovative dell'art. 83 del codice dei contratti, il quale prevede che sia il bando a individuare i sub-criteri, i sub-pesi ed i sub-punteggi"⁽²²⁾.

In sintesi, anche nella soluzione degli ulteriori profili di doglianza sopra esaminati, emerge la grande capacità di analisi dei Giudici Umbri

⁽²¹⁾ Cfr. Cons. St., sez. V, 26 maggio 2010 n. 3359, nella quale si chiarisce che la "Commissione di Gara non può integrare il sistema di valutazione delle offerte, poiché non è consentito introdurre ulteriori elementi di valutazione delle offerte rispetto a quelli indicati nella "lex specialis", dovendo essere rispettati i principi di legalità, buon andamento, imparzialità, "par condicio" e trasparenza, rivenienti dall'art. 97 Cost.". Nello stesso senso, si veda Cons. St., sez. V, 1 ottobre 2010, n. 7256 la quale richiamata l'applicazione sulla tematica della sentenza 24 gennaio 2008 (proc. C - 532/2006) della Corte di Giustizia CE, nella quale si ribadisce che "...tutti gli elementi presi in considerazione dall'autorità aggiudicatrice per identificare l'offerta economicamente più vantaggiosa e la loro importanza relativa siano noti ai potenziali offerenti al momento in cui presentano le offerte ... infatti i potenziali offerenti devono essere messi in condizione di conoscere, al momento della presentazione delle loro offerte, l'esistenza e la portata di tali elementi ... pertanto un'amministrazione aggiudicatrice non può applicare regole di ponderazione o sottocriteri per i criteri di aggiudicazione che non abbia preventivamente portato a conoscenza degli offerenti ... gli offerenti devono essere posti su un piano di parità durante l'intera procedura, il che comporta che i criteri e le condizioni che si applicano a ciascuna gara debbano costituire oggetto di un'adeguata pubblicità da parte delle amministrazioni aggiudicatrici".

⁽²²⁾ Cfr. TAR Lazio, sez. II *quater*, 7 marzo 2012, n. 2302. Nello stesso senso, cfr., tra le tante, TAR Sicilia sez. III, 29 aprile 2011 n. 1071; TAR L'Aquila, sez. I, 7 aprile 2011 n. 182; Cons. St., sez. III, 22 marzo 2011 n. 1749; TAR Toscana, sez. I, 7 dicembre 2010 n. 6717 e TAR Lazio, sez. III *ter*, 13 giugno 11 n. 5234.

nell'“interpretare” i principi giuridici “ancorandoli”, con un chiaro iter motivazionale, agli specifici caratteri del caso di specie, al fine di trovare il miglior contemperamento di tutti gli interessi coinvolti.

Da quanto sopra esposto, discende, pertanto, la rilevanza della pronuncia oggetto della presente nota.

ALESSANDRA FANI

IL FENOMENO “ARCHEOMAFIA”

SOMMARIO: **1.** *Cenni introduttivi* – **2.** *Due casi giurisprudenziali* – **3.** *La problematica in caso di conflitti armati.*

1. Da due decenni ormai, il panorama giuridico nazionale si è arricchito di un nuovo fenomeno in perenne crescita, che soltanto negli ultimissimi anni ha incontrato forme di resistenza da parte degli apparati dello Stato, impegnati attivamente nella lotta a tale fenomeno. Ci si riferisce al fenomeno cosiddetto delle “Archeomafie”, organizzazioni criminali fortemente improntate alla realizzazione di guadagni illeciti, dedite allo scavo archeologico clandestino finalizzato al recupero di eventuali reperti di valore da rivendere poi sul mercato nero a sprovveduti collezionisti⁽¹⁾.

Questo fenomeno è divenuto, col tempo, un vero e proprio sistema criminoso alla cui base si trovano i c.d. “tombaroli”, coloro che procurano i reperti archeologici, scavando illecitamente il terreno senza una concessione di scavo e senza il benché minimo criterio scientifico, distruggendo di fatto il luogo del ritrovamento e il contesto nel quale il reperto si trova. Costoro, detenendo il controllo di vaste aree di scavo, intrattengono anche i contatti con mercanti e trafficanti di reperti, i quali acquistano da loro i reperti, provvedendo in questo modo ad un primo riciclaggio del bene, attraverso un primo passaggio di mano. Inoltre, cosa non meno importante, è il trafficante che spesso provvede a portare il reperto archeologico al di fuori dei confini nazionali, rendendosi colpevole del reato di esporre ed esportare clandestinamente, codificato dalla recente legislazione nazionale (art. 174 c.b.c.).

Il trafficante, mercante o antiquario, quando opera nel mercato nero,

⁽¹⁾ Cfr. *Diviser c'est détruire: ethical principles and legal rules in the field of return of cultural property*, par. 12 – 13, in *Rivista di Diritto Internazionale*, Vol. XCIV, Milano, 2011, pp. 370-376.

al di là dei limiti della legge che tutela il patrimonio storico-artistico dello Stato, diviene colui che, di fatto, riesce ad influenzare il mercato illecito dei reperti archeologici in base ai beni piazzati e al prezzo di partenza che richiede per essi. Inoltre, i trafficanti spesso operano all'estero in paesi che consentono una certa libertà di movimento nei commerci, come la Svizzera che ha istituito grossi centri denominati porti franchi dove chiunque può gestire i propri affari attraverso una legislazione più morbida e con un sistema fiscale meno opprimente. L'ultimo gradino di questo sistema organizzato viene occupato dal collezionista, colui che acquista dal mercante un bene che, di per sé, dovrebbe avere una provenienza certa e sicura per poter essere venduto senza il rischio di una futura rivendicazione da parte di terzi. È così che ai reperti vengono assegnate dubbie vicende collezionistiche, create *ad hoc* per mascherare la loro illecita provenienza. Il collezionista spesso può essere un privato alla ricerca di un pezzo pregiato, oppure molto più frequentemente anche un museo, come accertato negli ultimi anni da inchieste e accordi internazionali di restituzione di reperti.

Dagli anni ottanta del ventesimo secolo, l'Italia ha assistito ad una migrazione di reperti verso musei, specie americani, all'epoca non interessati ad accertarsi della lecita provenienza degli stessi oggetti. Oggi, infatti, ci si trova sempre più frequentemente di fronte a casi di oggetti che vengono rivendicati da Stati, quali la Grecia, la Turchia o l'Egitto, oltre all'Italia, mentre ci si scontra con la burocrazia e l'ostinazione dei musei a non voler restituire tali reperti, palesemente acquistati in contrasto con le leggi e i trattati in materia di tutela del patrimonio, sia nazionali che internazionali, come la Convenzione Unesco del 1970⁽²⁾.

L'Italia, grazie al decreto legislativo n. 42 del 2004⁽³⁾, ha uniformato la sua legislazione in materia di tutela del suo patrimonio culturale⁽⁴⁾ anche alla luce della problematica del traffico internazionale dei reperti, dovuto allo scavo abusivo ed incontrollato dei siti archeologici. Il varo del Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio ha costituito un importante punto di partenza nell'ottica di una maggiore tutela del patrimonio.

Tale codice prevede alcune fattispecie tipiche del fenomeno Archeomafia e provvede a disciplinarle adeguatamente, nonostante vi siano indubbiamente margini per un miglioramento della normativa stessa.

⁽²⁾ UNESCO, *Convention on the means of prohibiting and preventing the illicit import, export and transfer of ownership of cultural property*, Parigi, 14 Novembre 1970, ratificata con legge 30 ottobre 1975, n. 873.

⁽³⁾ Si consulti SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, II ed., Milano, 2012.

⁽⁴⁾ Il Decreto Legislativo n. 42 del 22 Gennaio 2004 introduce il Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio, superando, ma in molti punti integrando, la vecchia disciplina della Legge n. 1089/1939.

È sanzionato il reato di scavo archeologico abusivo (art. 175 c.b.c.)⁽⁵⁾, qualora questo venga effettuato su un sito senza la preventiva autorizzazione e concessione dell'autorità preposta. All'articolo immediatamente successivo, viene disciplinato un ulteriore reato che risulta essere quello commesso dal tombarolo contestualmente al rinvenimento di un reperto archeologico in un'area di scavo abusiva: l'illecito impossessamento di un bene culturale appartenente allo Stato (art. 176 c.b.c.)⁽⁶⁾. A titolo esemplificativo, nel momento in cui avviene il trasferimento del reperto dal tombarolo al mercante, a seguito di un'operazione di compravendita del bene stesso, quest'ultimo soggetto si rende colpevole, oltre che del reato di ricettazione, del reato previsto e punito dall'art. 176 c.b.c., ovvero l'illecito impossessamento di beni culturali appartenenti allo Stato⁽⁷⁾.

⁽⁵⁾ Art. 175 c.b.c.: Violazioni in materia di ricerche archeologiche: «È punito con l'arresto fino ad un anno e l'ammenda da euro 310 a euro 3.099: a) chiunque esegue ricerche archeologiche o, in genere, opere per il ritrovamento di cose indicate all'art. 10 senza concessione, ovvero non osserva le prescrizioni date dall'amministrazione; b) chiunque, essendovi tenuto, non denuncia nel termine prescritto dall'art. 90, comma 1, le cose indicate nell'art. 10 rinvenute fortuitamente o non provvede alla loro conservazione temporanea». La lett. a) dell'articolo va letta in combinato con gli artt. 88 ss del medesimo codice. Codesti confermano il principio della riserva allo Stato delle attività di ricerca archeologica e delle opere per il ritrovamento delle cose di cui all'art. 10, specificando questa riserva in capo al Ministero per i Beni e le Attività Culturali. Questa specificazione implica il potere in capo a questi di attribuire (art. 89 c.b.c.) a soggetti terzi, pubblici o privati, lo svolgimento di queste attività. Viene punito chi svolga opere per il ritrovamento di cose, aventi interesse culturale, in assenza del titolo concessorio. La lett. b) dell'art. 175 prevede due fattispecie di reato contravvenzionale: la prima consiste nell'obbligo di denuncia, che grava su colui che ritrova il manufatto (individuati dall'art. 10), da espletarsi entro le successive ventiquattro nei confronti del soprintendente, del sindaco o dell'autorità di P.S. La seconda consiste nell'obbligo per lo stesso di conservare temporaneamente la cosa rinvenuta, nell'attesa della presa di possesso dell'autorità. Il fine perseguito con questa disposizione è quello di scongiurare la dispersione, l'occultamento o la distruzione del patrimonio archeologico dello Stato appena scoperto.

⁽⁶⁾ Art. 176 c.b.c.: Impossessamento illecito di beni culturali appartenenti allo Stato: «Chiunque si impossessa di beni culturali indicati nell'art. 10 appartenenti allo Stato ai sensi dell'art. 91 è punito con la reclusione fino a tre anni e con la multa da euro 31 a euro 516, 50. La pena è della reclusione da uno a sei anni e della multa da euro 103 a euro 1.033 se il fatto è commesso da chi abbia ottenuto la concessione di ricerca prevista dall'art. 89». L'elemento oggettivo del delitto in commento è circoscritto all'impossessamento, mentre non viene richiesta per il suo perfezionarsi (diversamente da quanto accade per il reato di furto) la sottrazione del bene a chi lo detenga. Inoltre la norma incriminatrice non richiede, al contrario dell'art. 624 c.p., la sussistenza di un dolo specifico integrato da coscienza e volontà della condotta tipica compiuta al fine di trarne un profitto per sé o per altri, essendo sufficiente la volontà dell'impossessamento a prescindere dal fine perseguito.

⁽⁷⁾ Cfr. CARNEVALE, *Patrimonio e demanio pubblico: sull'aumento dei canoni di concessione dei relativi beni*, in *N. rass.*, 1995, 826 ss.

La *ratio* dell'art. 176 c.b.c. trova ragione nel presupposto della legge n. 1089 del 1939⁽⁸⁾, oggi non più in vigore. Tale assunto, tuttora valido, stabilisce che ogni reperto rinvenuto nel sottosuolo appartiene al patrimonio indisponibile dello Stato⁽⁹⁾ e non alla persona che lo rinviene⁽¹⁰⁾. A costui spetta non il riconoscimento della proprietà del bene ma solo un premio per il ritrovamento.

L'art. 174 c.b.c.⁽¹¹⁾ prevede espressamente il reato di esportazione illecita di bene culturale, fattispecie che viene ad integrarsi nel momento in cui il bene viene portato al di fuori dei confini nazionali senza autorizzazione. La pena prevista per tale reato va da un minimo di uno fino ad

⁽⁸⁾ Per la problematica esposta si consulti CASSESE (a cura di), *Trattato di Diritto Amministrativo, La cultura e i media, i beni, i lavori pubblici e l'ambiente, i servizi pubblici*, tomo II, Milano, 2000, pp. 1305-1320.

⁽⁹⁾ Cfr. BUSCEMA, *Patrimonio dello Stato e degli enti pubblici*, in *Dig. disc. pubbl.*, XI, Torino, 1996, 27.

⁽¹⁰⁾ V. altresì COLOMBINI, *Demanio e patrimonio dello Stato e degli enti pubblici*, in *Dig. disc. pubbl.*, V, Torino, 1990.

⁽¹¹⁾ Art. 174 c.b.c.: Uscita o esportazione illecite: «Chiunque trasferisce all'estero cose di interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, bibliografico, documentale o archivistico, nonché quelle indicate all'art. 11, comma 1, lettere f), g) e h), senza attestato di libera circolazione o licenza di esportazione, è punito con la reclusione da uno a quattro anni o con la multa da euro 258 a euro 5.165.

La pena prevista al comma 1 si applica, altresì, nei confronti di chiunque non fa rientrare nel territorio nazionale, alla scadenza del termine, beni culturali per i quali sia stata autorizzata l'uscita o l'esportazione temporanee. Il giudice dispone la confisca delle cose, salvo che queste appartengano a persona estranea al reato. La confisca ha luogo in conformità delle norme della legge doganale relative alle cose oggetto di contrabbando. Se il fatto è commesso da chi esercita attività di vendita al pubblico o di esposizione a fine di commercio di oggetti di interesse culturale, alla sentenza di condanna consegue l'interdizione ai sensi dell'art. 30 del codice penale». Questa norma incriminatrice sanziona la violazione di quanto prescritto dagli artt. 65 ss del codice, relativamente alla circolazione in ambito internazionale, e dagli artt. 68 e 74 c.b.c., disciplinanti, il primo, l'attestato di libera circolazione in caso di trasferimento entro i confini dell'Unione Europea, il secondo, la licenza di esportazione verso paesi terzi. Le disposizioni del presente art. dispongono un divieto generale di uscita dal territorio nazionale di beni culturali individuati per tipologie dall'art. 10, commi 1, 2 e 3, ammettendone solo l'uscita temporanea. Viene vietata l'esportazione definitiva dal territorio dello Stato di alcuni beni espressamente elencati. L'ambito oggettivo della fattispecie delittuosa disciplinata dalla norma è esteso sia a beni il cui interesse culturale sia dichiarato, sia a cose non ancora sottoposte a verifica. La consumazione del reato avviene allorché cose rientranti nelle categorie elencate vengono fatte uscire dal territorio nazionale senza aver richiesto o ottenuto il provvedimento autorizzatorio da parte dell'autorità competente. Giurisprudenza e dottrina ammettono anche la configurabilità del tentativo di illecita esportazione, quando gli atti aventi i requisiti di idoneità e in equivocità, abbiano la potenzialità di arrivare alla soglia della consumazione del reato (cfr. Cass., sez. III, 21 gennaio 2000, in *Cass. pen.*, 2001, 266).

un massimo di quattro anni di reclusione e comprende altresì la confisca dei reperti, purché questi non appartengano a persone estranee al reato. È previsto, nella medesima norma, il rilascio di un permesso speciale rilasciato dall'autorità - in questo caso la soprintendenza competente per territorio - che consenta una temporanea esportazione del bene per motivi particolari, quali ad esempio quelli scientifico-divulgativi, come può esserlo una mostra organizzata all'estero e per la quale venga richiesto un determinato reperto in Italia, oppure qualora un bene debba essere restaurato all'estero. Sono tutti casi che consentono una temporanea esportazione, al termine della quale i beni debbono rientrare in Italia. In caso contrario il giudice ne dispone la confisca.

2. Recentemente la giurisprudenza italiana si è pronunciata su due casi particolarmente rilevanti e in minima parte simili tra loro, riguardanti il tema del traffico internazionale dei reperti archeologici. In entrambi i casi, gli imputati vengono trovati in possesso di migliaia di reperti archeologici scavati clandestinamente in Italia e ritrovati nel loro magazzino in un porto franco svizzero. Da qui il sequestro del materiale, le accuse di esportazione illecita di beni culturali, ricettazione e impossessamento illecito di beni culturali appartenenti allo Stato, nonché associazione per delinquere, che porteranno infine alla confisca dei reperti, vista la consolidata giurisprudenza in materia⁽¹²⁾.

L'analisi del primo caso, del tombarolo Gianfranco Becchina, ci porta a soffermarci sull'art. 240 comma 1 c.p.⁽¹³⁾ che, in caso di condanna,

⁽¹²⁾ Cass., sez. III, 4 giugno 2009, n. 28508; Cass., sez. I, 24 settembre 2008, n. 38174; Cass., sez. III, 21 settembre 2007, n. 38724.

⁽¹³⁾ Art. 240 c.p.: «Nel caso di condanna, il giudice può ordinare la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato, e delle cose che ne sono il prodotto o il profitto. È sempre ordinata la confisca:

1) delle cose che costituiscono il prezzo del reato;

1 bis) dei beni e degli strumenti informatici o telematici che risultino essere stati in tutto o in parte utilizzati per la commissione dei reati di cui agli artt. 615 *ter*, 615 *quater*, 615 *quinquies*, 617 *bis*, 617 *ter*, 617 *quater*, 617 *quinquies*, 617 *sexies*, 635 *bis*, 635 *ter*, 635 *quater*, 635 *quinquies*, 640 *ter* e 640 *quinquies*;

2) delle cose, la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o l'alienazione delle quali costituisce reato, anche se non è stata pronunciata condanna.

Le disposizioni della prima parte e dei numeri 1 e 1 *bis* del capoverso precedente non si applicano se la cosa o il bene o lo strumento informatico o telematico appartiene a persona estranea al reato. La disposizione del numero 1 *bis* del capoverso precedente si applica anche nel caso di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'art. 444 del codice di procedura penale.

La disposizione del n. 2 non si applica se la cosa appartiene a persona estranea al reato e la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o l'alienazione possono essere consentiti mediante autorizzazione amministrativa». Tale misura, pur distinguendosi dalle altre misure di sicurezza, in quanto prescinde dalla pericolosità sociale

prevede il ricorso alla confisca della cosa utilizzata o, in alternativa, destinata a commettere il reato e delle cose che ne sono il prodotto o il suo profitto.

Secondo la sentenza in oggetto⁽¹⁴⁾, la confisca di reperti archeologici provenienti da un'illecita attività di contrabbando può essere ugualmente disposta, diversamente da quanto previsto dall'art. 240 comma 1 c.p., anche qualora l'imputato sia prosciolto, dichiarato non punibile o si prescinda dall'acclaramento di una responsabilità penale dello stesso.

Allo stesso modo, la confisca deve essere necessariamente disposta nel caso in cui il reato sia dichiarato estinto per prescrizione.

La difesa dell'imputato ricorre contro la sentenza del Tribunale di Roma, che lo aveva prosciolto per intervenuta prescrizione dai reati di ricettazione in concorso, omessa denuncia di detenzione di materiale archeologico, false dichiarazioni ai controlli doganali ed esportazione illecita dei predetti beni, limitatamente alla parte della sentenza riguardante la confisca degli innumerevoli reperti archeologici (oltre 4.000) acquisiti al presente procedimento tramite rogatoria diretta all'Autorità giudiziaria Elvetica. Quest'ultima aveva provveduto alla confisca dei beni in seguito a perquisizioni effettuate presso immobili dell'ex coniuge dell'imputato.

Il provvedimento di confisca in esame veniva adottato con riguardo al solo reato di esportazione illecita di beni culturali anche se il procedimento è proseguito per il reato di associazione per delinquere dedita alla esportazione dei reperti archeologici. Con il ricorso alla Suprema Corte, la difesa dell'imputato ha impugnato l'ordinanza del GUP, con la quale questi rilevava che l'elenco dei beni sottoposti a confisca, nel provvedimento ablativo, fosse parziale e perciò disponeva di allegare al provvedimento l'elenco completo dei reperti da sottoporre alla confisca⁽¹⁵⁾.

Nel caso illustrato, il provvedimento di confisca viene richiesto dall'autorità giudiziaria italiana in riferimento a reperti archeologici in

del reo, è diretta solo ad evitare che restino nella sua disponibilità cose che, per la loro natura o attinenza al reato, possono costituire stimolo a commettere ulteriori illeciti. Perciò si ritiene compresa tra le misure di sicurezza patrimoniali, tanto che deve esservi applicata la disciplina per le misure di sicurezza se non esistono ipotesi di deroga. Il principio di irretroattività della legge penale (art. 2 c.p. e art. 25 comma 2 Cost.) opera nei confronti delle norme incriminatrici e non anche per tali misure, cosicché la confisca può essere disposta anche riguardo a reati commessi nel tempo in cui non era prevista dalla legge o era diversamente disciplinata.

⁽¹⁴⁾ Cass., sez. II, 22 Febbraio 2012, n. 21889.

⁽¹⁵⁾ Si consulti PANZARASA, *Confisca senza condanna? Uno studio de lege lata e de jure condendo sui presupposti processuali dell'applicazione della confisca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, pp. 1685-1689.

possesso dell'imputato, il quale li ha illecitamente esportati al di fuori dei confini dello Stato, precisamente nella Confederazione Elvetica. Quindi si tratta di beni non più reperibili sul territorio nazionale ai quali applicare un provvedimento giudiziario.

Il quesito che si pone nel caso di specie è quello di stabilire se, sulla base delle norme del nostro ordinamento, sia possibile disporre la confisca di beni situati all'estero, anche in relazione alla particolare natura – culturale o archeologica – degli stessi. Secondo l'ordinamento italiano, l'applicazione di tale provvedimento su un bene che sia situato all'estero è possibile, oltre che legittima⁽¹⁶⁾.

Premessa la sussistenza di tale presupposto, non si può non rilevare come numerosi problemi sorgano – una volta adottato il provvedimento giudiziario - riguardo all'effettivo reperimento dei beni da sottoporre a confisca, ormai trasferiti oltre confine, aspetto cui è strettamente connessa l'ulteriore problematica della concreta eseguibilità del provvedimento una volta emanato, in considerazione del fatto che questo richiede necessariamente la collaborazione delle autorità giudiziarie dello Stato estero. Infatti negli ultimi anni, con l'aumento delle attività criminali caratterizzate da una forte impronta transnazionale, ci si è dovuti confrontare col problema del trasferimento all'estero delle ricchezze proventi di reato.

Per tale ragione, si richiede la cooperazione delle autorità giudiziarie straniere al fine di individuare tali patrimoni per assoggettarli al provvedimento di confisca. Contemporaneamente nascono e si sviluppano strumenti di cooperazione internazionale tra Stati in materia di confisca o sequestro, soprattutto quando riguardano i proventi delle attività illecite delle organizzazioni criminali transnazionali.

In precedenza, gli unici strumenti cui si poteva fare ricorso erano le rogatorie, strumenti per una cooperazione internazionale di livello interno, mentre a livello sovranazionale venivano adottate in molti casi convenzioni di assistenza giudiziaria, la cui concreta applicazione ha dimostrato tutti i loro limiti insiti in tali strumenti. Non è un caso che tra i paesi europei sia nata l'esigenza di potenziare la rete di strumenti a servizio delle autorità giudiziarie nel contrasto ai reati come quello del caso in esame.

Una naturale conseguenza di tale impostazione è stata la stipula di accordi tra gli Stati europei⁽¹⁷⁾, per una più incisiva assistenza giudi-

⁽¹⁶⁾ V. altresì NICOSIA, *La confisca, le confische. Funzioni politico - criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivi - applicativi*, Torino, 2012, pp. 154-172.

⁽¹⁷⁾ A tal proposito si rimanda alla *nota Convenzione del Consiglio d'Europa sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi del reato*, Strasburgo, 8 Novembre 1990, attraverso la quale gli stati firmatari si assumono l'onere di coope-

ziaria, finalizzati a rendere più semplice l'esecuzione di provvedimenti di confisca all'estero⁽¹⁸⁾.

Tramite la stipula di convenzioni internazionali si mira, contemporaneamente, al potenziamento delle forme di cooperazione tra le autorità appartenenti a Stati diversi, per il contrasto alle organizzazioni criminali, ivi compresa una forma di reciproca assistenza nella esecuzione all'estero di provvedimenti di confisca o sequestro.

A tal riguardo si citerà la "Convenzione del Consiglio d'Europa sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato"⁽¹⁹⁾, attraverso la quale gli stati firmatari si impegnano, reciprocamente, nell'adoperarsi per l'esecuzione di eventuali provvedimenti di confisca⁽²⁰⁾.

Recentemente, anche l'Unione Europea è intervenuta su tale materia, adottando delle decisioni mirate, nello specifico, a facilitare la cooperazione tra i vari Stati europei nella esecuzione dei provvedimenti di sequestro e confisca in altri Stati membri, grazie all'estensione del principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie. È importante rilevare come la problematica della esecuzione all'estero di tali provvedimenti risulta influenzata dalla soluzione data a monte al problema della natura giuridica dei provvedimenti in esame. Questo perché gli strumenti internazionali adottati recentemente a livello comunitario o transnazionale più in generale in tema di cooperazione e mutuo riconoscimento delle decisioni di sequestro e confisca hanno un ambito di applicazione limitato ai provvedimenti strettamente di carattere penale. Difatti stabiliscono forme semplificate di collaborazione tra autorità di Stati diversi, nell'ambito di un procedimento penale.

La seconda vicenda riguarda il caso di Giacomo Medici, un antiquario italiano che ha trafficato per molti anni in antichità provenienti da scavi abusivi in Italia e che sono stati venduti ai più svariati musei del mondo.

La storia sale alla ribalta della cronaca nel 1995, quando i Carabinieri del Comando Tutela Patrimonio Culturale, coadiuvati dalle autorità svizzere, in seguito ad una attività di investigazione fanno irruzione al porto franco di Ginevra, all'interno del quale il mercante stabilisce la sua attività. In quest'occasione vengono sequestrati al Medici oltre

rare reciprocamente nell'esecuzione di provvedimenti di confisca. Tale convenzione viene ratificata in Italia il 20 Gennaio 1994 (legge di autorizzazione alla ratifica n.328/1992).

⁽¹⁸⁾ Accordo tra Italia e Svizzera del 10 Settembre 1998, ad integrazione della Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 20 Aprile 1959.

⁽¹⁹⁾ Convenzione stipulata a Strasburgo in data 8 Novembre 1990.

⁽²⁰⁾ La Convenzione venne ratificata dal Parlamento italiano il 20 Gennaio 1994, con legge di autorizzazione alla ratifica 9 Agosto 1992 n. 328.

5000 reperti archeologici di varia natura e di provenienza presupposta italiana, molti dei quali ancora sporchi di terra e avvolti in carta di giornali italiani, indizio questo che poteva collegare Medici ad alcuni specifici tombaroli. Inoltre veniva sequestrata una enorme mole di foto e documenti, costituenti un vero e proprio archivio, che documentava la sua attività di compravendita ed esportazione dall'Italia di tutti i reperti che in numerosi anni egli aveva trattato.

Per arrivare alla confisca definitiva dei reperti in questione in favore dell'Italia, paese danneggiato dall'attività del Medici, si è dovuta attendere la fine del procedimento giudiziario che, quale ovvia conseguenza della perquisizione, è stato intentato nei suoi confronti e suddiviso poi in vari tronconi, anche venendo incontro alle esigenze della Svizzera che pretendeva chiarezza in merito alla proprietà⁽²¹⁾ dei reperti ritrovati.

Con sentenza resa in data 13/12/2004 il G.U.P. del Tribunale di Roma dichiara l'imputato Giacomo Medici responsabile dei reati di associazione per delinquere (art. 416 c.p.) come promotore ed organizzatore, di ricettazione continuata ed aggravata (art. 648 c.p.) e di esportazione illecita di reperti archeologici (art. 174 c.b.c.), unificati dal vincolo della continuazione (art. 81 comma 2 c.p.), condannandolo alla pena di dieci anni di reclusione ed € 16.000,00 di multa. Inoltre, in seguito alla costituzione di parte civile del Ministero dei Beni e le Attività Culturali, viene altresì condannato al pagamento di un risarcimento danni in favore di questi.

Contro tale pronuncia entrambe le parti propongono gravame alla Corte d'Appello di Roma, la quale, con sentenza resa in data 15/07/2009, conferma l'impianto accusatorio della sentenza di primo grado, diminuendo però la pena a otto anni di reclusione e a € 10.000,00 di multa, mantenendo il risarcimento danni in favore delle parti civili.

L'imputato ricorre alla Suprema Corte, la quale, con sentenza del 07/12/2011 emessa dalla seconda sezione penale⁽²²⁾, dichiara inammissibile il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali, nonché al versamento di € 1.000,00 alla cassa delle ammende. Inoltre, viene condannato in solido alla refusione, in favore del Ministero costituitosi parte civile, delle spese per l'ultimo grado di giudizio.

I supremi giudici hanno ritenuto manifestamente infondati i vari motivi di ricorso avanzati dai difensori del Medici e tra questi si segnalano in particolare:

⁽²¹⁾ Cfr. CORREALE, *Patrimonio dello Stato e degli enti pubblici*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1990, 1 ss.

⁽²²⁾ Cass., sez. II, 7 dicembre 2011, n. 47918.

1. Una presunta violazione di legge e vizio di motivazione riguardo all'art. 128 c.p., in relazione ad una eccepita improcedibilità dell'azione penale a causa di una tardiva richiesta di procedimento, in quanto la notizia di reato era nota fin dal 1995, anno della scoperta dei reperti al porto franco di Ginevra. Con riferimento ai reati commessi in territorio svizzero la sentenza d'appello, oggetto di gravame, sarebbe carente di motivazione circa il momento di conoscenza della notizia di reato, dovuta anche alla trasmissione degli atti da parte dell'autorità elvetica. La Cassazione ha ritenuto tale motivo di ricorso manifestamente infondato, in quanto la Corte d'Appello di Roma nel 2009 chiarisce che la questione non riguarda né il reato di associazione, né il reato di ricettazione commesso in Italia. Invece per i reati commessi per intero all'estero, la dovuta conoscenza del Ministro Guardasigilli è successiva alla richiesta del 13/03/2000 del Procuratore generale del Cantone di Ginevra, rispetto alla quale la richiesta di procedimento è tempestiva. Il termine di tre mesi entro cui il ministro può chiedere di perseguire reati, decorre dal momento in cui egli stesso ne ha avuto notizia⁽²³⁾. Ai fini della decorrenza del termine per proporre la richiesta, è necessario che l'autorità precedente abbia avuto conoscenza diretta e precisa del fatto, così da essere in possesso di tutti gli elementi di valutazione necessari. L'onere della prova del ritardo della richiesta, grava su chi la allega e non basta affidarsi a presunzioni, ma bisogna fornire prova contraria rigorosa. In ragione di ciò, non è sufficiente a provare la tardività della motivazione della sentenza impugnata, l'argomento secondo il quale vi sarebbero state rogatorie dall'estero, dato che nulla nel ricorso si dice circa la desumibilità della conoscenza dei reati da queste rogatorie.

2. La violazione di legge e vizio di motivazione, in quanto la sentenza di primo grado riteneva la responsabilità sulla base di un memoriale redatto dal correo R. Hecht, il quale muove accuse al ricorrente, sulle dichiarazioni dell'allora coimputato P. Camera che ricostruisce la struttura dell'associazione criminosa finalizzata al traffico di reperti archeologici, sui beni rinvenuti a Ginevra, molti dei quali ancora presentanti concrezioni terrose e avvolte da fogli di giornali italiani e in cassette del mercato ortofrutticolo di Cerveteri, nonché l'enorme mole di polaroid raffiguranti reperti subito dopo lo scavo e prima dei restauri oggi acquistati da importanti musei stranieri. La difesa motiva il ricorso sostenendo che siano privi di valenza accusatoria e che non sia comprovata la provenienza certa dal territorio italiano dei reperti suddetti e che siano scavati successivamente al 1939, anno di entrata in vigore della legge n.

⁽²³⁾ Cass., sez. II, 9 ottobre 1981, n. 1253, in *Mass. Uff.*, 152084.

1089 che sancisce la proprietà statale dei reperti archeologici rinvenuti nel sottosuolo e non la sanziona più come semplice contravvenzione. La Suprema Corte ritiene tale motivo di ricorso manifestamente infondato, in quanto la Corte d'appello ha giustamente ravvisato la provenienza di tali beni da scavi abusivi realizzati in Italia in epoca recente, e inoltre la Corte in sede di controllo di legittimità non stabilisce se la decisione di merito sia la ricostruzione migliore possibile dei fatti, ma si limita a verificare se tale ricostruzione sia «compatibile con i limiti di una plausibile opinabilità di apprezzamento»⁽²⁴⁾. Inoltre il vizio di motivazione addotto dai difensori del ricorrente implica o la carenza di motivazione o la manifesta illogicità. In materia di ricorso per Cassazione, affinché sia ravvisabile la manifesta illogicità della motivazione (art. 606, comma 1, lett. e) c.p.p.), la ricostruzione contrastante col procedimento operato dal giudice deve essere inconfutabile. La Suprema Corte rigetta tale vizio, in quanto «la Corte territoriale ha motivato in modo non manifestamente illogico la sussistenza degli elementi costitutivi del sodalizio criminoso e confutato gli assunti difensivi con l'argomento decisivo che non era verosimile, a fronte dell'entità, durata nel tempo e numero dei partecipi, che si fosse in presenza di singoli accordi criminosi».

3. Il fenomeno delle Archeomafie assume particolare rilevanza in caso di conflitti armati. Questa, non essendo una problematica esclusivamente italiana, avvalora l'idea di come le organizzazioni dedite al traffico internazionale di reperti archeologici abbiano valicato ormai i tradizionali confini e siano presenti in tutti i teatri internazionali, compresi quelli più difficili.

Sempre più frequentemente avviene che nei paesi scossi da stravolgimenti e conflitti interni, gruppi non identificati di persone, per motivi del tutto ovvi, quali quello dell'impossibilità materiale di procedere ad indagini sul campo, procedono a scavi abusivi in siti archeologici di rilevanza eccezionale atti ad alimentare il mercato clandestino dei reperti archeologici, grazie anche alla domanda proveniente da collezionisti poco inclini al rispetto delle regole⁽²⁵⁾. Inoltre c'è da rilevare che se tali scavi cominciano a coinvolgere anche paesi soggetti da alcuni anni a guerre e conflitti lo si deve, purtroppo, al fatto che i paesi occidentali hanno iniziato ad affrontare il fenomeno delle Archeomafie dal punto di vista giuridico e giudiziario, chiudendo di fatto le loro porte al traffico illecito. Di conseguenza, le organizzazioni criminali cercano profitti altrove, lì

⁽²⁴⁾ Cass., sez. V, 30 novembre 1999, n. 1004, in *Mass. Uff.*, 215745; Cass., sez. II, 21 dicembre 1993, n. 2436, *ivi*, 196955.

⁽²⁵⁾ Si veda VIGORITO, *Nuove tendenze della tutela internazionale dei beni culturali*, Napoli, 2013, pp. 99-112.

dove le entità statali hanno problemi più urgenti da affrontare che quello del mercato clandestino dei reperti archeologici.

Nel 2003, con la seconda guerra dell'Iraq, nei giorni della presa di Baghdad, ignoti hanno dato l'assalto al Museo Archeologico della città, saccheggiandolo, mentre le truppe della coalizione non hanno ritenuto necessario fornire protezione al luogo durante gli scontri⁽²⁶⁾. Migliaia di reperti sono stati danneggiati e altrettanti sono spariti finendo sul mercato nero anche estero, e solo una piccola parte di questi è stata recuperata successivamente⁽²⁷⁾. Il Museo di Baghdad è da sempre un'istituzione unica al mondo, unitamente al Louvre ed al British Museum, per la documentazione delle civiltà mesopotamiche (sumeri, babilonesi, assiri) e per questo risulta sorprendente il fatto che si sia potuto saccheggiare l'edificio nonostante gli scontri e che non sia stata predisposta una scorta armata per il museo.

Altro esempio, non meno desolante, è quello della guerra civile in Siria, cominciata nel marzo 2011 con dimostrazioni di popolo estese a macchia d'olio all'intero paese e dal 2012 riconosciuta come guerra civile a causa dell'intervento delle forze armate per sedare le rivolte contro il governo da parte di gruppi terroristici stranieri, infiltrati tra la popolazione in rivolta. Le cronache riferiscono di numerosi scontri avvenuti presso i siti archeologici più noti del paese come Ebla, Palmira, Apamea, Aleppo e notizie frammentarie testimoniano il serio danneggiamento in questi luoghi di siti archeologici e luoghi di culto⁽²⁸⁾.

Nello specifico della problematica qui affrontata, nell'aprile 2012 è stata diffusa una foto satellitare raffigurante lo stato del sito archeologico di Apamea in quel dato momento, confrontandola con la stessa immagine ripresa un anno prima. Ad un anno di distanza l'area risulta essere stata assaltata numerosissime volte da scavatori specializzati che hanno lasciato sul campo migliaia di buche visibili dal satellite.

In conclusione, appare chiaro come persone dedite a scavi clandestini abbiano sconvolto un sito archeologico alla ricerca di preziosi

⁽²⁶⁾ A tal proposito si rimanda MAUGERI, *La tutela dei beni culturali nel diritto internazionale penale*, cap. II, *La tutela dei beni culturali nello statuto del Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia*, Milano, 2008, pp. 136-157.

⁽²⁷⁾ V. altresì VRDOLJAK, *International law, museums and the return of cultural objects*, Cambridge, 2008, 27 ss.

⁽²⁸⁾ In riferimento alla questione del danneggiamento di siti monumentali e luoghi di culto in tempo di guerra si rimanda a BENVENUTI – SAPIENZA (a cura di), *La tutela internazionale dei beni culturali nei conflitti armati*, POLITI - GIOIA: *La responsabilità penale individuale per violazione degli obblighi posti a tutela dei beni culturali in tempo di conflitto armato*, 197 – 219; FRULLI, *Distruzione dei beni culturali e crimine di genocidio: l'evoluzione della giurisprudenza del Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia*, 253 – 274, Milano, 2007.

reperiti, approfittando di una situazione di conflitto e instabilità civile nel paese, per alimentare il mercato clandestino di tali beni, forse allo scopo non dichiarato ma facilmente intuibile di reperire fondi utili alla causa armata⁽²⁹⁾.

La questione relativa alla protezione dei beni culturali durante un conflitto armato è stata affrontata nella Convenzione dell'Aja del 1954⁽³⁰⁾, ratificata dall'Italia un anno dopo. Nel 1999 tale documento è stato soggetto ad una parziale riforma dovuta all'evolversi dei tempi⁽³¹⁾, con la firma di un "Secondo Protocollo", tenutasi sempre all'Aja⁽³²⁾. Le motivazioni che hanno spinto i paesi contraenti a stipulare la Conven-

⁽²⁹⁾ POMPILI, *Siria, il martirio dei tesori bombardati. Danni incalcolabili a edifici millenari*, in *La Repubblica*, 10 Maggio 2013. Nell'articolo il giornalista menziona espressamente il pericolo di un traffico clandestino di reperti archeologici scavati abusivamente allo scopo di finanziare la rivolta: «Un commerciante libanese di antichità ha raccontato ad un giornale locale di essere stato contattato da gruppi di scavatori clandestini assoldati dai ribelli per recuperare oggetti antichi da vendere per finanziare la rivolta. Il rapporto "Patrimonio archeologico siriano in pericolo", finanziato dall'Unione Europea - *Euromed Heritage*, sottolinea il pericolo rappresentato dagli scavi illegali. "Da molti anni gli scavi clandestini rappresentano una minaccia per il patrimonio siriano. Purtroppo, gli eventi recenti hanno moltiplicato il rischio. Molti gruppi hanno tentato di condurre scavi illegali, a partire dalle forze di sicurezza».

⁽³⁰⁾ Convenzione dell'Aja, Protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato, 14 Maggio 1954, ratificata dall'Italia con Legge n. 279 del 7 Febbraio 1958, (*G.U.* n. 87, 11 Aprile 1958). Tale Convenzione sentenziò che i danni arrecati al patrimonio culturale di un qualsiasi paese rappresentano un danno al patrimonio di tutta l'umanità, in quanto ogni popolo contribuisce ad arricchire il patrimonio mondiale. Questo principio, in Siria, è stato violato già all'inizio della rivoluzione. Già nel luglio 2011 il Premier siriano denunciava il trafugamento verso l'estero di oggetti scomparsi dai musei siriani, puntando il dito contro bande di criminali infiltratesi in Siria, come già avvenuto in Iraq e in Libia. Importanti danneggiamenti erano avvenuti anche da parte del regime siriano, tanto che nel 2012 l'UNESCO chiedeva pubblicamente alle autorità siriane una vigilanza armata sui siti interessati. Un richiamo che aveva il doppio intento di far cessare le ruberie e di chiedere al governo siriano di non distruggere il patrimonio culturale del proprio paese.

⁽³¹⁾ Si consulti ZAGATO, *La protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato all'alba del Secondo Protocollo 1999*, Torino, 2007, pp. 2-6.

⁽³²⁾ Secondo protocollo aggiuntivo alla Convenzione dell'Aja del 1954 per la protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato, L'Aja, 26 Marzo 1999. Viene ratificata dal Parlamento italiano con legge n. 45/2009, contenente anche norme di adeguamento dell'ordinamento interno. Tra queste si cita l'art. 11 che integra la disciplina preesistente nel Codice dei Beni Culturali, riguardante il commercio di beni oggetto del II Protocollo: «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque esporta (...) o trasferisce illecitamente la proprietà di beni protetti dalla Convenzione o dal Protocollo è punito con la reclusione da due a otto anni, ovvero da quattro a dieci anni se il bene culturale è sottoposto a protezione rafforzata, (...) con un aumento di pena se al fatto consegue la distruzione del bene».

zione nel 1954 sono facilmente spiegabili nel fatto che questa avvenne neanche dieci anni dopo la fine della seconda guerra mondiale, conflitto nel quale le truppe naziste avevano razzato numerosissime opere d'arte nei paesi occupati. Queste erano state ormai in buona parte recuperate dagli alleati, sebbene numerose altre erano andate distrutte o perdute, e in quegli anni si tentava di restituirle ai paesi d'origine⁽³³⁾.

Tale Convenzione obbliga le parti contraenti a non esporre i beni culturali, situati sul proprio territorio o su quello del paese con cui si è in conflitto, a pericoli di qualunque genere, come ad esempio requisizioni forzose, saccheggi, atti vandalismo o di rappresaglia⁽³⁴⁾. Come nel caso avvenuto a Baghdad, ma gli Stati Uniti in questo caso non hanno mai ratificato la Convenzione. La vicenda della Siria è, invece, più complessa in quanto riguarda un paese in uno stato di guerra civile, ove i canoni del diritto sono venuti meno. L'art. 8⁽³⁵⁾ fornirebbe una soluzione di diritto al problema, visto che il paese ha ratificato la Convenzione il 6 Marzo 1958 e quindi è Stato partecipante. In tal caso, si prevede la creazione di rifugi dove sistemare le opere a rischio distruzione e di provvedere alla difesa dei siti monumentali. Ma in una situazione di caos, come quella della Siria, una situazione di questo tipo risulta impraticabile e perciò i siti archeologici siriani risultano oggi gravemente compromessi e in mano alle bande di guerriglieri che controllano il territorio sul quale essi sorgono.

TOMMASO FIGOLI

⁽³³⁾ Secondo MAUGERI, *La tutela dei beni culturali nel diritto internazionale penale*, cit. «invece la spinta al movimento per la revisione della Convenzione dell'Aja viene data dall'urgenza dei risvolti del conflitto nella ex Jugoslavia, dal governo olandese nel 1992, con una relazione inviata al consiglio UNESCO, in occasione della 140° sessione di tale organo».

⁽³⁴⁾ Capitolo I, Disposizioni generali concernenti la protezione, art. 4 - Rispetto dei beni culturali: «le Alte Parti Contraenti si impegnano a rispettare i beni culturali, situati sia sul loro proprio territorio, che su quello delle Alte Parti Contraenti, astenendosi dall'utilizzazione di tali beni, dei loro dispositivi di protezione e delle loro immediate vicinanze, per scopi che potrebbero esporli a distruzione o a deterioramento in casi di conflitto armato, ed astenendosi da ogni atto di ostilità a loro riguardo. Le Alte Parti Contraenti si impegnano, inoltre, a proibire, a prevenire e, occorrendo, a far cessare qualsiasi atto di furto, di saccheggio o di sottrazione di beni culturali sotto qualsiasi forma, nonché qualsiasi atto di vandalismo nei riguardi di detti beni. Essi si impegnano ad astenersi dal requisire i beni culturali mobili situati nel territorio di un'altra Alta Parte Contraente.

Essi si impegnano ad astenersi da ogni misura di rappresaglia diretta contro beni culturali».

⁽³⁵⁾ Capitolo II, Della protezione speciale, Art. 8 – Concessione della protezione speciale: «Potranno venir posti sotto protezione speciale, in numero limitato, rifugi destinati a proteggere beni culturali mobili in caso di conflitto armato, centri monumentali ed altri beni culturali (...)».

Finito di stampare
nel mese di Novembre 2014
da Guerra Edizioni Edel srl - Perugia

